

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
CURSO DE DIREITO

MARIANNA CAVALCANTE DE AGUIAR

OS EFEITOS DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE

JOÃO PESSOA  
2014

MARIANNA CAVALCANTE DE AGUIAR

OS EFEITOS DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha.

JOÃO PESSOA

2014

Aguiar, Marianna Cavalcante de.

A282e Os efeitos da intervenção do Poder Judiciário na proteção do direito à saúde / Marianna Cavalcante de Aguiar – João Pessoa, 2014.

75f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.  
Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha.

1. Poder Judiciário. 2. Direito à Saúde. 3. Atuação Judicial.  
4. Efetividade. I. Cunha, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. II. Título.

BSCCJ/UFPB  
342.56

CDU –

MARIANNA CAVALCANTE DE AGUIAR

OS EFEITOS DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE

Banca Examinadora: Data de Aprovação: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha.

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

Prof. Me. Alfredo Rangel Ribeiro.

Ao meu irmão:  
Matheus Cavalcante de Aguiar.

## AGRADECIMENTOS

Sou eternamente grata, em primeiro lugar à Deus, pelas oportunidades e vitórias concedidas ao longo desse caminho. Aos meus pais, Gregório e Suely, ao meu irmão Matheus e minha avó Carminha pelo amor, carinho e compreensão, que tornaram essa trajetória mais simples. Aos meus tios (as) e primos (as) por compartilharem comigo momentos de alegrias e risadas. Aos amigos, Kathyana, Tomaz e Emanoela, por não me deixarem desistir de Administração, sabendo que ao final todos nós acabamos administradores. Aos amigos conquistados ao longo dos cinco anos de curso, em especial Sabrina, Bárbara, Márcia, Élide, Ana Karla e Gabriela, pela paciência, companheirismo e amizade constantes. Por fim, ao meu orientador Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, pela confiança no meu trabalho, pelas intervenções seguras e pelo aprendizado fornecido.

“Como se pode negar a alguém o direito à esperança?  
Ou aos cuidados médicos?”  
(Elisabeth Kübler-Ross).

## RESUMO

A proteção do direito à saúde é essencial para dá sentido ao princípio da dignidade da pessoa humana, contudo nossos governantes não o priorizam da maneira correta, colocando em risco a vida da população. No momento em que o direito à saúde é “esquecido” pelo Poder Público, ficando as pessoas carentes à mercê da vontade dos poderosos, o Poder Judiciário surge como última esperança de revitalizar tal direito e assim garantir uma vida plena a quem o procura. O tema aqui tratado não é de fácil deslinde, motivo pelo qual vários doutrinadores divergem sobre a atuação judicial na efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, logo, não se pretende esgotar todos os questionamentos nesse estudo. O presente trabalho busca analisar o papel do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, frente a omissão do Poder Público em materializá-lo, bem como seus limites e possíveis soluções para as falhas administrativas, com a finalidade de se garantir o direito à saúde e conseqüentemente o direito à vida digna.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Poder Judiciário. Atuação judicial. Efetividade.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 A SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL .....	11
2.1 Os direitos sociais. ....	12
2.2 A saúde na Constituição de 1988.....	15
2.3 Sistema Único de Saúde.....	19
3 ENTRAVES NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	24
3.1 Condutas estatais lesivas ao direito à saúde. ....	24
3.2 Princípio da separação dos poderes e discricionariedade administrativa. ....	27
3.3 Reserva do possível e restrição orçamentária .....	31
3.4 Responsabilidade estatal .....	35
4 ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	39
4.1 Efeitos positivos .....	41
4.2 Efeitos negativos .....	43
4.3 Atuação judicial na Paraíba.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	52
REFERÊNCIAS.....	56
Anexo A – Decisão monocrática sobre o direito à saúde proferida no TJPB. ....	61
Anexo B – Acórdão sobre direito à saúde proferido no TJPB. ....	67

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar os efeitos da intervenção judicial na proteção do direito à saúde. Trata-se de tema abordado pelo Direito da Seguridade Social e pelo Direito Constitucional, tendo em vista que o direito à saúde e a sua efetividade<sup>1</sup> é um assunto bastante discutido nos dias de hoje, principalmente no que se refere ao papel que o Judiciário vem assumindo nesses últimos anos, o de verdadeiro garantidor desse direito.

Como estagiária no Tribunal de Justiça da Paraíba, desde o princípio pensei em escolher um tema que fosse do meu cotidiano, no qual tivesse mais intimidade com o assunto. Observei, então, o crescente número de processos favoráveis aos pedidos dos cidadãos relacionados a essa temática. Constata-se que ainda ocorre diversos debates sobre o tema com livros e artigos publicados na área.

O direito à saúde e sua efetividade é um assunto que diz respeito a toda a sociedade, em especial, a população mais carente que sem a devida prestação dos serviços de saúde torna-se vulnerável a qualquer doença, correndo diversos riscos, inclusive o de perder a própria vida. Além disso, o prestígio do tema se deve também ao impacto das decisões judiciais no Estado e suas finanças, bem como na sociedade em geral.

O direito à saúde encontra-se no grupo de direitos fundamentais de 2ª (segunda) geração, os também chamados de direitos sociais. Nossa Constituição Federal de 1988 deu destaque a tais direitos quando colocou-os em seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Essa classificação torna-se essencial a luz do art. 5º, §1º da CF que dispõe: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entretanto, nosso Poder Público parece não admitir ainda a força normativa da Constituição Federal, já que muitas vezes ignora o preceito constitucional, afirmando que a norma do art. 196 da CF é programática, ou seja, para ter efetividade depende de norma infraconstitucional.

---

<sup>1</sup> Efetividade é a “[...] materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. (BARROSO, Luís Roberto *apud* LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003, p. 03. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.)

Diante dessa situação, na qual muitas vezes as pessoas ficam à mercê da negativa do Estado em fornecer o tratamento adequado de saúde, busca-se analisar qual o papel do Judiciário em relação à proteção do direito à saúde e quais os efeitos das decisões judiciais para as partes envolvidas nos processos, bem como para a sociedade e o próprio Estado.

Por conseguinte, a intenção desse estudo é investigar a omissão do Poder Público na concretização do direito à saúde, buscando observar se o Poder Judiciário – como órgão de proteção à Constituição Federal - poderá contribuir na efetivação desse direito, bem como seus limites e possíveis soluções.

Além disso, essa pesquisa tem natureza dogmática instrumental e empírica, pois os debates sobre o tema e as possíveis soluções foram obtidas com base no ordenamento jurídico constitucional brasileiro e foi feito um estudo interno numa instituição jurídica (Tribunal de Justiça da Paraíba). Utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem, tendo como ponto de partida uma questão geral, a efetivação dos direitos sociais, a partir da qual se chegou a uma questão particular, a concretização do direito à saúde por via do Judiciário.

Desse jeito, a primeira parte do trabalho se dedica a estudar os direitos fundamentais, em especial, os da 2ª (segunda) geração classificados como direitos sociais, no qual se enquadra o direito à saúde. Ademais, analisa os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde e discorre sobre as principais características do Sistema Único de Saúde (SUS).

Em seguida, são abordados os principais obstáculos a efetivação do direito à saúde. As condutas lesivas do Estado, a separação de poderes, a discricionariedade administrativa, a restrição orçamentária, a reserva do possível e a responsabilidade estatal são alguns argumentos utilizados pelos entes federados para justificar as falhas existentes nas prestações de saúde.

Na parte final, busca-se analisar a atuação judicial na efetivação do direito à saúde, além de expor decisões judiciais referentes a este tema, em particular, as do Tribunal de Justiça da Paraíba. Deve-se mencionar também quais os efeitos positivos da interferência do Judiciário na saúde pública, assim como os problemas decorrentes dessa intervenção, citando alguns: a falta de conhecimento técnico dos juízes; o apelo emotivo das partes e o caráter de urgência das decisões; as dificuldades operacionais, como licitação e planejamento; o risco da “discriminação

judicial”, excluindo aqueles que mais precisam da prestação jurisdicional; o conluio criminoso entre laboratórios, médicos e advogados, etc.

Por fim, defende-se a relevância e utilidade desse tema, já que visa garantir o direito à uma vida digna e plena, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2 A SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 abre espaço privilegiado para os direitos humanos fundamentais, enaltecendo dessa forma o ser humano e transformando-o no principal objetivo do Estado. Como ensinou Kant *apud* Salazar e Grou<sup>2</sup>, o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, e é essa perspectiva que nossa Constituição abraça. Dessa maneira, em seu art. 1º coloca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, ratificando a importância dada ao ser humano por nosso ordenamento jurídico.

Nas palavras do Dr. George M. Lima<sup>3</sup>:

Os direitos fundamentais são todas as normas previstas expressa ou implicitamente na Constituição Federal que densificam (complementam) o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tornando mais preciso o seu significado e que gozam de uma especial proteção jurídico processual.

Vale ressaltar a ideia, como já mencionado pelo autor acima, que considerar um direito como fundamental garante um aumento significativo na sua força normativa, gozando assim de uma proteção jurídica especial, não apenas moral<sup>4</sup>. Dessa forma, a fundamentalidade de um direito assegura que ele esteja protegido da arbitrariedade dos órgãos estatais e das pessoas constituídas de poderes, o que torna mais denso o Estado Democrático de Direito.

O direito à saúde é considerado um direito fundamental de segunda geração<sup>5</sup>, classificado ao lado do direito à educação, moradia, lazer etc., também chamados de direitos sociais. Enquanto que os direitos de primeira geração são considerados

---

<sup>2</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 35.

<sup>3</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>4</sup> *Idem ibidem*.

<sup>5</sup> Cabe nesse momento fazer um breve esclarecimento sobre as “gerações” dos direitos fundamentais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho coloca que as “gerações são grandes momentos de conscientização em que se reconhecem ‘famílias’ de direitos”. A primeira geração surge aproximadamente no fim do século XVII, as chamadas liberdades públicas; a segunda geração, após a primeira Guerra Mundial: os direitos sociais; o de terceira geração: direitos de solidariedade. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 06). Bonavides *apud* Cunha reconhece a existência de uma quarta geração, resultado da globalização dos direitos fundamentais: direito à democracia direta, ao pluralismo, à informação e direitos relacionados à biotecnologia. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 594).

negativos, os de segunda geração são denominados positivos, porque dependem diretamente de ações do Estado para sua concretização. Assim,

[...] o que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere* [...]; os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material ou fática* em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o *mínimo existencial* [...]. (grifos do autor).<sup>6</sup>

Dispõe nossa Carta Magna:

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.

Defende-se muitas vezes que essa é uma norma programática, devendo normas infraconstitucionais estabelecer como se dará a prestação da saúde pelos entes públicos. Ocorre que por ser direito fundamental essa norma tem aplicação imediata (art.5º, §1º da CF), não havendo motivos para sua inaplicabilidade.

É evidente que para analisar a temática da saúde, faz-se necessário estudar a dimensão na qual esse direito é agrupado, bem como sua condição de direito fundamental e efetividade. Lembre-se também do elo existente entre o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, sendo inconcebível estudar este último, sem fazer referência aos primeiros.

## 2.1 Os direitos sociais.

Os direitos sociais surgem com o objetivo maior de reduzir as desigualdades sociais, tendo como postulados a justiça social<sup>7</sup>, o princípio da solidariedade humana e o princípio da dignidade humana.

A Revolução Industrial, em meados do século XIX, tinha como cenário um capitalismo sem limites, no qual o Estado estava totalmente alheio as desigualdades

<sup>6</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 720.

<sup>7</sup> Segundo Barzotto a justiça social tem como objeto o bem comum, isso significa: “o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai em todos”. O exemplo dado por esse autor é justamente o direito à saúde, o qual ele coloca que do ponto de vista jurídico todos possuem esse direito, seja rico ou pobre, criança ou adulto. Logo, o sujeito na justiça social é a pessoa humana. (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social. Gênese. Estrutura e aplicação de um conceito. **Direito & Justiça-Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS**, vol. 18. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em: 26 dez 2013).

sociais. Nesse período, os trabalhadores sofriam grande opressão, trabalho esgotante e condições de vida subumanas, sendo submetidos a jornadas diárias de até 16 horas e ambientes sem nenhuma segurança ou higiene.<sup>8</sup> Decididos a mudar essa realidade penosa, a classe operária passou a se organizar e lutar por melhores condições. Era necessário que o Estado garantisse outros direitos, além das liberdades públicas, nascendo assim o Estado Social.<sup>9</sup>

A Constituição de Weimar (Constituição alemã de 1919) foi fonte de inspiração para a Constituição de outros países, inclusive a do Brasil, pois foi uma das primeiras a positivar os direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>10</sup> Após a primeira Guerra Mundial, a Alemanha estava devastada e sua situação social era caótica. A Assembleia Constituinte teve que se reunir em Weimar para elaborar a Constituição, a qual devemos destacar seu caráter social, porquanto tratou de temas como: instrução escolar obrigatória, reforma agrária, proteção ao trabalho, direito de sindicalização, previdência social etc.<sup>11</sup>

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar os direitos sociais, influenciada pela Constituição Mexicana de 1917, mas principalmente pela Constituição de Weimar de 1919. A partir de então, todas as Constituições Brasileiras abordaram os direitos sociais, sendo consagrados definitivamente como direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Desde já, ressalte-se o nobre papel da nossa atual CF que garantiu formalmente a fundamentalidade dos direitos sociais, bem como sua aplicabilidade direta e *status* de normas de eficácia plena (art. 5º, § 1º, da CF). O problema, agora já superado pelo Constituinte, dizia respeito a divergência doutrinária em relação a fundamentalidade material desses direitos, ou seja, alguns doutrinadores negavam a fundamentalidade dos direitos sociais. Entretanto, como nosso Constituinte optou por sediar tais direitos no Título II da CF (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)<sup>12</sup>,

---

<sup>8</sup> ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a história: história geral e história do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2003.

<sup>9</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>10</sup> *Idem ibidem*.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

pode-se afirmar que “[...] os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do *mínimo existencial*” (grifo do autor).<sup>13</sup>

O mínimo existencial possui forte conexão com os direitos sociais. O primeiro nome a defender que era necessário recursos mínimos para a existência digna da pessoa, foi o jurista alemão Otto Bachof. Ele afirmou que o princípio da dignidade humana “não reclama apenas a garantia de liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”.<sup>14</sup> Note-se que há uma preocupação não só em garantir a vida de uma pessoa, mas também a dignidade e qualidade desta.

A doutrina alemã acredita que o mínimo existencial garante que o indivíduo possa levar uma vida de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o princípio do Estado Social de Direito. Assim, registre-se a ideia de Heinrich Scholler *apud* Ingo Wolfgang Sarlet: a dignidade da pessoa humana estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição de direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”<sup>15</sup>.

Portanto, chega-se à conclusão que o mínimo existencial deve ser garantido, independentemente de previsão constitucional, visto que esse direito deriva do próprio princípio da dignidade da pessoa humana (sendo inconcebível uma vida digna sem recursos mínimos para mantê-la).<sup>16</sup>

“O direito constitucional brasileiro, entretanto, não padece dessa omissão, na medida em que a nossa Constituição reconhece expressamente os direitos fundamentais sociais, pelo menos os mais importantes à garantia do mínimo existencial”.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> CUNHA, op. cit., nota 6, p.722.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana**: fundamentos e critérios interpretativos. Malheiros Editores, 2010, p. 387.

<sup>15</sup> *Idem ibidem*, p. 389.

<sup>16</sup> *Idem ibidem*.

<sup>17</sup> CUNHA, op. cit., nota 6, p. 720.

Para Luís Roberto Barroso o mínimo existencial pode ser definido como “às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.<sup>18</sup> Nesse cenário que ocorreu a expansão dos serviços públicos, posto o Estado como responsável pela efetividade dos direitos sociais, e consequentemente do mínimo existencial.

Note-se que os direitos sociais surgiram em um momento de crise, no qual grande parcela da sociedade era privada de condições básicas para manter uma vida digna. Na Revolução Industrial eram os operários que mais sofriam com as desigualdades sociais e falta de estrutura; como também, após a Primeira Guerra Mundial, a Alemanha ficou devastada, sendo nesses dois casos essencial a ajuda do Estado para reerguer as pessoas mais pobres.

Conclui-se então que o fundamento para os direitos sociais é a vida em sociedade, além da cooperação e ajuda mútua, com a intervenção do Estado para minimizar as desigualdades e garantir a efetividade de tais direitos, através de prestações positivas.

## 2.2 A saúde na Constituição de 1988.

Começamos este tópico com a difícil tarefa de conceituar o termo saúde, já que inúmeros doutrinadores foram formulando seus próprios conceitos e até mesmo complementando os já existentes, porém de forma insuficiente.

A Constituição da Organização Mundial da Saúde<sup>19</sup> afirma que a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 27 ago 2013.

<sup>19</sup> Nessa Constituição “foi sedimentada a noção da saúde como um direito humano universal, passo fundamental para que progressivamente fosse grassando constitucionalização em boa parte dos países do mundo” (DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR., Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 67).

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição Da Organização Mundial Da Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitos-humanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 02 jan 2014.

Pode-se dizer que a saúde é um bem individual, mas também coletivo e em desenvolvimento, conseqüentemente envolve o equilíbrio interno do ser humano, suas relações com o ambiente externo e a sociedade.

No meu ponto de vista, o direito à saúde é algo inerente ao ser humano, devendo sua manutenção ser garantida pelo Estado já que é pressuposto para o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. É, portanto, um bem fundamental.

O direito sanitário é a disciplina autônoma que trata das atividades relacionadas a saúde, entretanto possui interface com outros ramos do direito, dentre os principais podemos citar: direito ambiental, a qualidade do meio ambiente é essencial para preservação da saúde; direito do consumidor, visto que a iniciativa privada tem competência para atuar na área da saúde; entre outros.

A Constituição de 1988 foi a primeira a declarar a importância do direito à saúde, porquanto colocou-o no Título II, denominado: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no qual o art. 6º declara expressamente: “são direitos sociais a educação, **saúde**, a alimentação (...)” (grifo nosso). Além disso, vem disposto no art. 7º, incisos IV e XXII que o salário-mínimo deve atender as necessidades básicas de uma família, inclusive a saúde e é direito do trabalhador redução de riscos no trabalho que possam prejudicar sua saúde.

Ao mencionar esses artigos, far-se-á um breve comentário sobre a fundamentalidade desse direito, trazendo consigo os seguintes aspectos: evolução histórica relacionada aos direitos sociais, principalmente ao direito à saúde; caráter supranacional, sendo protegido também pelo direito internacional já que se trata de um direito humano; universalidade, destinado a todos os seres humanos, independente de grupos, classes ou etnias; maior eficácia e aplicação imediata (art.5º, §1º da CF); rigidez constitucional, a mudança das normas constitucionais passam por um processo mais complexo, a fim de garantir a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Conforme o art. 23, inciso II é competência de todos os entes federativos cuidar da saúde. Desse artigo já podemos destacar o caráter solidário existente entre os entes, quando o assunto é direito à saúde. Também estes possuem competência para legislar sobre a saúde, preceito retirado do art. 24, XII c/c art. 30 I e VII.

Outro ponto a ser ressaltado na nossa Constituição à respeito desse tema, encontra-se no art. 34, VII que permite a intervenção federal para assegurar

“aplicação do mínimo exigido de receita resultante de impostos estaduais, [...] nas ações e serviços públicos de saúde”.

O Título VIII trata da Ordem Social, a qual possui como objetivo o bem-estar e a justiça social. O art. 194 *caput* traz a seguinte redação: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à previdência e à assistência social” (grifos nossos).

Apenas no art. 196 da Constituição, encontra-se quatro princípios do direito à saúde. O primeiro deles, a universalidade, quando afirma que a saúde é direito de todos. Em seguida, a gratuidade, já que é dever do Estado garantir a proteção do direito à saúde, através de políticas públicas. Logo após, o acesso universal e igualitário.

O comando normativo, entretanto, costuma gerar algumas polêmicas, sobretudo quando confrontado à possibilidade de pessoas de maior poder aquisitivo terem acesso ao sistema. [...] Trata-se, contudo, de um falso dilema [...] Logo, uma pessoa que possua condição econômica pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições de igualdade com os demais cidadãos [...].<sup>21</sup>

E por fim, a integralidade, porque a assistência dada pelo Estado deve ser integral/completa, assim, prevenção, tratamento e recuperação fazem parte do dever do Estado com o intuito de proteger o bem fundamental, a saúde.

O art. 197 dispõe que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, e cabe ao Poder Público, através de lei, regulamentar, fiscalizar e controlar as atividades relacionadas à saúde por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Os artigos. 198 e 200 traçaram as diretrizes para o Sistema Único de Saúde, o qual será abordado no próximo tópico deste capítulo.

No art. 199 a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, atuando de forma complementar ao Sistema Único de Saúde. Observa-se que o caráter da iniciativa privada nesse caso é residual/subsidiária, ressaltando as unidades públicas de atendimento, seguidas, apenas se necessário, da iniciativa privada. Outrossim, o gestor do SUS não possui poder discricionário ao escolher as instituições privadas que irão complementar a atividade dos SUS, visto que a norma constitucional afirma ter preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

---

<sup>21</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR., Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 73.

Ainda sobre o mesmo artigo, o §3º veda a participação direta e até mesmo a indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, salvo em casos previstos na lei.

O art. 227 determina que é dever da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, entre outros. Além disso, o art. 230 determina ser dever do Estado, sociedade e família amparar as pessoas idosas, assegurando sua dignidade, bem-estar e direito à vida. Cabe lembrar que o direito à saúde é requisito para se ter uma vida digna, logo, garantindo a saúde e bem-estar de um indivíduo, estar-se-á assegurando sua dignidade e direito à vida.

Essas normas constitucionais apenas confirmam a importância dada pelo Constituinte ao direito à saúde, conseqüentemente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Tal direito não possui relevância apenas nacional, mas tem caráter supranacional, pois trata-se de direito humano fundamental.

As normas aqui citadas são muitas vezes levadas através de um caso concreto para apreciação do Judiciário, devido a omissão ou divergência na interpretação das mesmas pelo Legislativo e Executivo. Como exemplo, decisão proferida pelo STF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - **DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO** (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz 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 idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando

justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (grifos nossos).**<sup>22</sup>

As prestações não satisfeitas pelo Estado, faz com que seus destinatários recorram ao Judiciário a fim de concretizar seus direitos por meio da demanda judicial, de acordo com o art. 5º, XXXV da CF “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O grande desafio do Judiciário é proteger o direito à saúde e garantir sua efetividade, obedecendo as normas constitucionais e infraconstitucionais, sem ultrapassar os limites impostos à sua atividade jurisdicional. Ou melhor, a atividade do intérprete é agir em meio as omissões do Legislativo e Executivo, para garantir a saúde e a vida dos cidadãos, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

### 2.3 Sistema Único de Saúde

A Constituição Federal faz referência ao Sistema Único de Saúde (SUS) em seus artigos 198 e 200, além de ser regulamentado por leis infraconstitucionais: Lei Orgânica da Saúde nº 8080/90 – trata da promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços de saúde – e Lei nº 8142/90, trata da participação da comunidade na gestão do SUS, bem como dos recursos financeiros nessa área.

Ao longo do tempo, os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, sofreram resistência quanto à sua eficácia e efetividade. Tal problema foi uma preocupação

<sup>22</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo regimental no recurso extraordinário 271286/ RS.** Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dxqvpew>>. Acesso em: 03 jan 2014.

para o constituinte, que por sua vez, procurou dar concretude as normas de direito à saúde, estabelecendo algumas disposições para atender esse objetivo. Dentre elas: responsabilidade solidária entre os entes federados; integralidade dos serviços públicos em saúde; criação do SUS etc.

O art. 4º da Lei 8080/90 traz que o SUS é composto por “ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público[...]”.

A ideia de organizar a saúde em sistema possibilita uma integração harmônica entre os entes federados, para que estes possam realizar os objetivos contidos na Constituição. Nesse caso, todos os recursos públicos (equipamentos, medicamentos, pessoas etc) ligados à saúde fazem parte do SUS, o que permite a cooperação entre os entes para atingir as diretrizes traçadas em relação ao direito à saúde.

Então, quais são os objetivos desse sistema (SUS)? Identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; formular políticas de saúde destinadas a promover, nos campos econômico e social, a redução de doenças e outros agravos; assistir às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações assistenciais e atividades preventivas<sup>23</sup>.

Além disso, suas atribuições podem ser encontradas no art. 200 da CF e no art. 6º da Lei Orgânica da Saúde, as quais destacamos: controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; execução das ações de vigilância sanitária, epidemiológica e as de saúde do trabalhador; ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; execução de políticas de saneamento básico; vigilância nutricional e orientação alimentar; entre outras.

Lembre-se ainda que o art. 198 *caput* da CF traz a seguinte redação: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede **regionalizada e hierarquizada** e constituem um sistema único[...]” (grifos nossos). “A regionalização, [...], é entendida como a distribuição espacial de serviços de saúde, organizados para atender à população de uma região”.<sup>24</sup> Como exemplo, o Hospital Estadual de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena, localizado na cidade de João Pessoa-PB, que atende na área de traumatologia, queimados e outros serviços de

---

<sup>23</sup> Art. 5º da Lei 8080/90.

<sup>24</sup> SALAZAR e GROU, op. cit., nota 2, p.46.

urgência e emergência a população dessa cidade e das microrregiões da Zona da Mata e do Brejo. No caso narrado, observa-se a organização da saúde por circunscrição territorial, sendo esta unidade de saúde referência para população das regiões já citadas.

A expressão **hierarquizada** não indica uma ordem funcional, apenas supõe níveis distintos de complexidade de atenção integral à saúde, a fim de otimizar os recursos. São três os níveis de atenção: primário, pequena complexidade (consulta, por exemplo); secundário, complexidade intermediária (engessamento de um pé, por exemplo); terciário, alta complexidade (tratamento de câncer, por exemplo). Desse jeito, ficou estabelecido um sistema de referências e contra-referências.

Assim, em princípio, as pessoas são atendidas nas unidades primárias, que verificando que a situação clínica requer um nível maior de complexidade na atenção, referencia (encaminha) o interessado a outra unidade de atendimento (secundária ou terciária, conforme o caso). Uma vez realizado o atendimento mais complexo [...] promova a contra-referência do paciente à unidade primária de onde partiu o encaminhamento.<sup>25</sup>

A regionalização e hierarquização do sistema permite uma otimização dos recursos, como ainda eficácia e eficiência nos atendimentos e atividades ligadas à saúde.

A descentralização com direção única em cada esfera de governo permite que cada ente tenha um órgão responsável pela gestão da saúde. Na União, o Ministério da Saúde; nos Estados, Distrito Federal e Municípios, as Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. Com relação a essa diretriz, defende-se muitas vezes o processo de municipalização, onde o Município teria como responsabilidade gerir os serviços de saúde, mesmo em relação a equipamentos e instituições de outros entes federados e da iniciativa privada. Pressupõe que o Município conheça de perto a realidade da sua população, o que facilitaria o atendimento às suas necessidades. Entretanto, cabe dizer que permanece a responsabilidade solidária de todos os entes públicos, pois o dever de assistência à saúde é competência comum. Nesse entendimento, decisão do STF:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. **Incumbe ao Estado (gênero)**

---

<sup>25</sup> DALLARI e NUNES JR., op. cit., nota 21, p.84.

**proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.**<sup>26</sup> (grifos nossos).

Outra diretriz do SUS é a assistência integral, ou seja, o sistema envolve todas as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde das pessoas, porém traz como prioridade as atividades preventivas. A integralidade, nada mais é do que o conjunto de ações que visam de forma universal e igualitária proteger o direito à saúde dos indivíduos e conseqüentemente o direito à vida.

Por fim, o art. 198, III da CF estabelece a participação da comunidade na gestão do SUS. A Lei nº 8142/90 regulamenta essa participação, permitindo a criação das instâncias colegiadas: Conferência de Saúde e Conselho de Saúde, em cada esfera de governo.

A Conferência de Saúde<sup>27</sup> tem uma reunião com representantes sociais a cada quatro anos com o intuito de avaliar as condições da saúde, bem como propor melhorias. A Conferência é convocada pelo Poder Executivo, ou extraordinariamente, pelo Conselho de Saúde. Essas reuniões ajudam a construir uma opinião pública sobre a saúde e é determinante na forma que a comunidade passa a enxergar o sistema.

Já o Conselho de Saúde<sup>28</sup> é órgão permanente e deliberativo, isto é, age de forma constante junto ao gestor do SUS e possui caráter de instância decisória, desde que tais decisões estejam ligadas a formulação de estratégias e controle da execução de políticas públicas. Esse órgão colegiado é formado por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários.

O Sistema Único de Saúde foi criado pela Constituição de 1988 com a finalidade de assegurar o direito à saúde a todos os indivíduos, facilitando a operacionalização dos serviços de saúde. Essa foi uma excelente proposta do Constituinte que permitiu o acesso universal e igualitário a todos os cidadãos e dessa maneira garantiu também melhores condições de vida. Resta saber, o SUS

---

<sup>26</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 195192/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28195192%2E%2E+OU+195192%2EACMS%2E%29+%28%28MARCO+AUR%2E%2E+C9LIO%2E%2E+OU+%28MARCO+AUR%2E%2E+C9LIO%2E%2E+NORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%2E%2E+C9LIO%2E%2E+NORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%2E%2E+C9LIO%2E%2E+OU+%28SESS%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mxlslrt>>. Acesso em: 05 jan 2014.

<sup>27</sup> Art. 1º, § 1º da Lei 8142/1990.

<sup>28</sup> Art. 1º, § 2º da Lei 8142/1990.

está cumprindo sua missão? Ademais, os governantes estão colocando em prática políticas públicas que dão efetividade à saúde?

### 3 ENTRAVES NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Apesar de ser um direito fundamental constitucionalmente garantido e estar interligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde enfrenta alguns obstáculos para sua efetivação. Quando reivindicado nos processos judiciais, os entes públicos apresentam uma série de argumentos com a finalidade de desencorajar o julgador a tomar uma posição contrária a eles, estabelecendo verdadeiras barreiras a concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário.

Afirma-se que os principais obstáculos para assegurar o direito à saúde são: ações ou omissões do próprio Estado que possam prejudicar ou impedir o acesso à saúde pela população; o respeito a separação de poderes, defendendo a não interferência do Judiciário; a discricionariedade administrativa, quando a escolha dos administradores públicos em relação a medicamentos e demais tratamentos de saúde passam a restringir o acesso à saúde; uso equivocado da teoria da reserva do possível e dos princípios orçamentários para impedir o acesso à determinados tratamentos de saúde; utilização do argumento da irresponsabilidade estatal, a fim de “empurrar” para outro ente público a responsabilidade frente a prestação positiva relacionada a saúde; entre outros.

Esse capítulo se dedica ao estudo desses entraves a efetivação do direito à saúde, trazendo exemplos de casos concretos, além de decisões judiciais e suas construções argumentativas.

#### 3.1 Condutas estatais lesivas ao direito à saúde.

Assegurar o direito à saúde ao povo brasileiro foi um importante passo dado pela nossa Constituição de 1988. No entanto, apesar de sua constitucionalização, existem ainda diversas formas do Estado violar tal direito, e por isso a crescente judicialização da saúde, a fim de corrigir determinados atos ou omissões do Executivo ou Legislativo que possam obstar a concretização desse direito.

Se o Poder Público adota uma conduta que prejudique a saúde de uma coletividade, o depósito de resíduos sólidos, por exemplo, em local inapropriado, deve o Judiciário intervir caso seja acionado.

Assim, pode-se citar o antigo lixão do Roger – hoje já desativado – na cidade de João Pessoa-PB como clara ofensa por parte do Poder Público ao direito à saúde. Antes de 2003, os resíduos sólidos da Grande João Pessoa eram jogados nesse espaço de 17 hectares, onde inclusive viviam várias famílias. Sobre os riscos à saúde nessa área, afirma o professor Gilson Barbosa Athayde Júnior: “detectamos uma concentração intensa de metais pesados nessa área, como alumínio, chumbo e mercúrio. Os riscos podem provocar diversas doenças, desde problemas neurológicos, passando pelo câncer e outros problemas de saúde”.<sup>29</sup>

Outrossim, o exemplo acima citado configurava uma conduta ativa do Estado, resultando em uma violação ao direito à saúde e à vida daqueles moradores. Neste norte, o próprio Poder Público reconheceu sua falha e determinou a cessação do depósito de resíduos sólidos naquele local. Aliás, a lei federal 12305/2010 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos prevê que até esse ano de 2014 todos os lixões dos 5.565 municípios brasileiros deverão ser extintos.<sup>30</sup>

Logo, “a violação do direito à saúde por conduta direta do Estado impõe, além da imediata cessação da atividade nociva, a devida reparação dos danos causados, com base na conhecida teoria da responsabilidade civil”.<sup>31</sup>

Além disso, o Estado pode violar o direito à saúde através da edição de normas que dificultem o exercício desse direito ou mesmo que o protejam insuficientemente. Ocorreu isso quando Collor decidiu bloquear as cadernetas de poupanças dos cidadãos, fazendo com que muitos fossem ao Judiciário para conseguir a liberação dessas contas e assim utilizá-las em tratamentos de saúde. O Poder Público ainda editou normas que fornecem benefícios a portadores de determinadas doenças (isenção no imposto de renda, saque do FGTS, etc), porém essas normas muitas vezes mostram-se insuficientes, tendo o Judiciário que agir como verdadeiro legislador positivo.<sup>32</sup>

Quando as violações do Poder Público ao direito à saúde são decorrentes de condutas positivas, a resposta dada pelo Judiciário para correção destas é

---

<sup>29</sup> MAGALHÃES, Marina. Resquícios do lixão. **Jornal da Paraíba**. Disponível em: <[http://www.espacoecologicoanoar.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=8813&Itemid=1](http://www.espacoecologicoanoar.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=8813&Itemid=1)>. Acesso em: 25 jan 2014.

<sup>30</sup> LIXÕES devem ser extintos até 2014 nos municípios. Disponível em: <<http://al-pb.jusbrasil.com.br/noticias/2891235/lixoes-devem-ser-extintos-ate-2014-nos-municipios>>. Acesso em: 25 jan 2014.

<sup>31</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003. P. 55. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>32</sup> *Idem ibidem*.

relativamente simples: determina a abstenção do Estado, isto é, que ele deixe de praticar o ato que está dificultando o exercício do direito à saúde.

Todavia, pode-se dizer que o Judiciário enfrenta maior dificuldade quando constatado que a ofensa ao direito à saúde decorre de uma omissão estatal, ou seja, um *non facere*. A atuação judicial nesse caso é conflitante, pois o juiz enfrenta diversos desafios para dar uma resposta satisfatória ao caso, sem ultrapassar seus limites jurisdicionais.

Nesses casos, o Poder Judiciário exige uma prestação positiva por meio do Estado, dentre as principais: fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares, realização de exames, realização de determinado procedimento cirúrgico, internações, entre outros tratamentos de saúde. Sobre esse tema, trecho de antigo acórdão do STF sob a relatoria do Ministro Celso de Mello:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.<sup>33</sup>

Quanto a inércia estatal, destaca-se a omissão de editar normas que regulamentem o exercício do direito à saúde. Dessa forma os entes públicos utilizam em suas defesas o argumento de que a norma constitucional do art. 196 é programática, necessitando de regulamentação infraconstitucional para torná-la eficaz. Porém, como já mencionado, tal norma tem aplicação imediata por se tratar de direito fundamental. Então, sua regulamentação apenas iria facilitar seu emprego e adequação a sociedade, isto é, não configura assim requisito essencial para sua aplicabilidade.

---

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 1458/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281458%2ENUME%2E+OU+1458%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dx3qsrn>>. Acesso em: 26 jan 2014.

Ainda sobre inércia estatal, tem-se a omissão da prestação positiva por parte do Estado, no qual inclui-se a precária infra-estrutura dos locais onde são prestados os serviços de saúde.

A maioria dos Tribunais decidem em favor das partes que pleiteiam algum tipo de prestação positiva em relação a saúde contra o Estado. A postura adotada pelos julgadores é digna de aplausos, mas observa-se que muitas decisões limitam-se a afirmar a fundamentalidade do direito à saúde e não enfrentam os obstáculos fáticos para a concretização de tal direito. Logo, defende-se uma maior consistência nas decisões, principalmente porque estão atreladas as finanças do Poder Público. O juiz deve decidir preocupado com as implicações e efeitos de sua sentença, julgando com razoabilidade e proporcionalidade frente ao caso concreto.<sup>34</sup>

Em relação a infra-estrutura para prestação dos serviços de saúde, a maioria dos doutrinadores defendem a não interferência do Judiciário, já que a construção de unidades de saúde dependem de grandes quantias de dinheiro e de questões referentes a oportunidade e conveniência da Administração Pública. Entretanto, o Judiciário é guardião da ordem jurídica brasileira, e se necessário for, ordenará que o Poder Público realize determinada construção, a fim de zelar pelos objetivos constitucionais.<sup>35</sup>

Finalmente, ressalte-se que em determinadas ocasiões em vez do Estado agir em prol dos cidadãos, fornecendo a eles mecanismos de proteção, acaba por lesionar determinados direitos. Assim ocorre com o direito à saúde, o qual é violado pelo Estado através de determinadas ações ou omissões, dificultando a efetivação desse direito.

### 3.2 Princípio da separação dos poderes e discricionariedade administrativa.

A separação de poderes e a discricionariedade administrativa aparecem muitas vezes como argumentos contrários a atuação do Poder Judiciário em demandas judiciais que exigem determinados comportamentos do Executivo ou do Legislativo.

---

<sup>34</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.georgelimaxpg.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013

<sup>35</sup> *Idem ibidem*.

Quando o indivíduo não consegue certo medicamento ou procedimento médico na rede pública de saúde, recorre ao Judiciário para que este possa garantir seu tratamento o mais rápido possível. Ocorre que o ente público ao fazer sua defesa no processo afirma que o Poder Judiciário não pode intervir no âmbito de atuação do Executivo, em respeito ao princípio da separação e harmonia entre os poderes e a discricionariedade administrativa.

Sobre o princípio da separação dos poderes, cabe algumas explicações. O filósofo inglês John Locke pode ser considerado o autor original da separação dos poderes. Sua divisão era dual, isto é, considerava apenas o Poder Legislativo – poder supremo – e o Poder Executivo, subordinado àquele. Todavia, o filósofo francês Montesquieu firmou uma divisão tríplice: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, e estabeleceu uma ideia de recíproca limitação dos poderes, em outras palavras, um poder limita o outro poder.<sup>36</sup>

“A ideia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder [...]. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação dos Poderes é [...] uma das principais garantias das liberdades públicas”.<sup>37</sup>

O princípio da separação de poderes foi consagrado em todas as Constituições brasileiras, a começar pela do Império, de 1824. Essa adotava uma separação quadripartida, afirmando que eram quatro os poderes políticos: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador (este último delegado apenas ao Imperador). Já a Constituição de 1891 seguiu os ditames de Montesquieu, propondo uma divisão tríplice. A Constituição de 1934 estabeleceu a independência entre os poderes e previu em seu art. 3º, § 2º “o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”. A Constituição autoritária de 1937 não trouxe de forma expressa o dogma da separação de poderes. A Constituição de 1946, de 1967 e a de 1988 estabeleceram que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si.<sup>38</sup>

Vale ressaltar, o que ocorre na verdade é uma divisão de funções e não de poderes, visto que o poder é uno e indivisível, bem melhor então considerar uma tripartição de funções. Outrossim, cada órgão do Estado é responsável,

---

<sup>36</sup> CUNHA, op. cit., nota 6.

<sup>37</sup> *Idem ibidem*, p. 522.

<sup>38</sup> *Idem ibidem*.

predominantemente, por uma função, podendo ainda exercer de forma subsidiária a função de outro órgão. Dessa forma, o Legislativo que tem como função típica legislar, exerce as funções atípicas de julgar (ex.: o Presidente da República) e administrar (ex.: seus servidores); o Judiciário que tem como função típica julgar, exerce função atípica de legislar (ex.: elaborar regimento interno dos tribunais) e administrar (ex.: seus próprios órgãos); e por fim, o Executivo que tem como função típica administrar, exerce ainda as funções atípicas de legislar (ex.: medidas provisórias) e julgar (ex.: decidir processos administrativos).

Assim, nossa Constituição de 1988 estabelece em seu art. 2º a independência e harmonia entre os poderes, ditando um sistema de “freios e contrapesos”, no qual ficou estabelecido a competência de cada poder, bem como seus limites.

Todavia, os governantes defendem a ilegalidade do controle judicial das políticas públicas, cabendo aos administradores públicos a análise da conveniência e oportunidade de determinada conduta. Esse argumento é construído sobre o prisma da separação e harmonia entre os poderes. Entretanto, o Judiciário não pode deixar de apreciar atos do Executivo ou mesmo do Legislativo que venham violar direitos fundamentais, e conseqüentemente nossa Constituição.

[...] o Poder Judiciário não deve interferir em esfera de nenhum dos dois outros poderes com o intuito de simplesmente substituir seus juízos de conveniência e oportunidade. Mas, quando houver uma violação à imposição constitucional por parte do legislador ou do administrador, deverá exercer seu papel de julgador, impedindo ofensa à Carta Magna.<sup>39</sup>

Diante da incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo de garantir o cumprimento de alguns direitos, a atuação do Poder Judiciário torna-se essencial a fim de conferir consistência aos dispositivos constitucionais que abrigam os direitos humanos. Outrossim, age como poder subsidiário, última alternativa para correção das falhas administrativas e legislativas relacionadas ao direito à vida e à saúde.

A discricionariedade administrativa anda ao lado da separação de poderes, por isso são tratadas no mesmo tópico. Pode-se dizer que a discricionariedade é a margem de liberdade da qual goza o administrador público, e para alguns, um obstáculo ao controle judicial. Os atos discricionários são aqueles que o administrador analisa a conveniência e oportunidade de determinadas ações, estabelecendo qual a melhor forma, tempo e local para agir. Assim, alguns autores

---

<sup>39</sup> SALAZAR e GROU, op. cit., nota 2, p. 82.

acreditam que o aspecto político desses atos não devem ser analisados pelo Judiciário, apenas seu aspecto legal.

“Portanto, dentro da área legalmente aberta da ‘conveniência’ e ‘oportunidade’, o administrador seria livre para agir da forma como bem entendesse, desde que, obviamente, não ultrapassasse a barreira imposta pela lei”.<sup>40</sup> Aliás, apesar de ser considerado discricionário, todo ato administrativo deve estar pautado na lei, em obediência ao princípio da legalidade, encontrado no art. 37, *caput* da Constituição.

A maior parte da doutrina e a jurisprudência entendem que o juiz não deve usurpar a função do administrador público e interferir irrestritamente na tomada de decisão. Entretanto, sabe-se que o administrador tem o dever de buscar a melhor decisão para a sociedade, colocando o interesse público em primeiro lugar, sem se afastar das diretrizes constitucionais. Não agindo dessa forma, defende-se a intervenção do Judiciário. Logo, o administrador não é livre para concretizar ou não direito fundamental, a omissão não é tolerada.

Não cabe aqui o total desprezo pelas escolhas administrativas, o que se defende é a execução de políticas públicas eficientes, com capacidade de garantir o mínimo vital para seus indivíduos.

Outrossim, existe uma lista de medicamentos que são disponibilizados, prioritariamente, pela rede pública de saúde, porém frente a um caso concreto no qual a parte precise de tratamento não disposto nessa lista, esta não pode ser usada como empecilho a concretização do direito à saúde. Ocorre que a lista de medicamentos disponibilizados pelo SUS busca facilitar o planejamento, a organização e administração do sistema, além de avaliar se as escolhas administrativas são de fato as mais abrangentes. Então, os medicamentos listados geralmente são aqueles que a população mais utiliza, todavia, isso não impede que diante de um caso peculiar a parte possa pleitear tratamento fora do disponibilizado pela rede pública. Dessa forma, conclui-se que “a discricionariedade administrativa encontra-se limitada tanto pela lei como pela ideia de justiça”.<sup>41</sup>

Essa postura vem sendo adotada por nossos tribunais superiores, observa-se trecho de decisão no STJ:

---

<sup>40</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003, p. 32. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>41</sup> SALAZAR e GROU, op. cit., nota 2, p. 85.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle.<sup>42</sup>

A separação de poderes e a discricionariedade administrativa não podem ser barreiras a concretização dos direitos sociais. Ao contrário, a separação de poderes visa coibir o excesso de poder nas mãos de um só órgão, fazendo com que cada poder possa fiscalizar o outro e assim estabelecer um equilíbrio de forças. Além disso, a discricionariedade administrativa proporciona ao administrador certa maleabilidade na tomada de decisão, já que o “engessamento” completo da atuação do Poder Público não permitiria que este se adaptasse rapidamente as mudanças sociais. Dessa maneira, tais argumentos são trazidos pela Constituição como instrumentos de proteção a determinados direitos, e por isso não devem ser usados para impedir a atuação judicial frente a inércia estatal que viole o direito à saúde, ou os demais direitos humanos.

### 3.3 Reserva do possível e restrição orçamentária

O direito à saúde, por se enquadrar nos direitos sociais, isto é, em direitos prestacionais, tem sua efetividade condicionada a ações do Estado e a uma situação econômica relevante. Já os direitos de defesa, como se refere à omissão estatal, são independentes em relação a circunstância econômica, podendo ser assegurados sem o mínimo de recursos. Em outras palavras, deve-se alocar certos recursos para que o direito à saúde possa ter eficácia e efetividade, logo, paga-se um preço para isso. Daí a reserva do possível ser entendida como a disponibilidade de recursos econômicos para as prestações do Estado.

O conceito de reserva do possível foi criado em meados de 1970 pela doutrina e jurisprudência alemã, entendendo essas que a efetividade dos direitos sociais está condicionada a real presença de recursos públicos nos cofres do Estado. Tal teoria foi “importada” pelo nosso país, utilizada pelos entes públicos para justificar suas omissões em relação a população e a garantia dos direitos sociais e

---

<sup>42</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 429.570/GO**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=429570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 20 jan 2014.

ainda como argumento para obstar a intervenção judicial nesses casos. Sabe-se que ao trazer teorias de outros países para nossa realidade, deve haver ao menos uma adaptação, pois estas vêm de bases culturais, econômicas e jurídicas totalmente diferentes das do Brasil. A Alemanha é um país desenvolvido, onde existe um padrão mínimo vital para sua população, realidade incompatível com a do Brasil, país em desenvolvimento, onde milhões de pessoas são classificadas como pobres. Sobre esse tema se pronuncia um jurista alemão que vive no Brasil há muitos anos:

Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola [...]. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores de Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social [...], passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário [...].<sup>43</sup>

Por conseguinte, em um país que ainda não é capaz de garantir o mínimo vital para seu povo, privando-o muitas vezes de uma vida digna, não pode utilizar de maneira irrestrita a reserva do possível como óbice a concretude dos direitos sociais.

A reserva do possível apresenta duas espécies: fática e a jurídica. A fática se refere a inexistência de fato de recursos financeiros nos cofres públicos, enquanto que a jurídica corresponde a não autorização das despesas relacionadas à saúde no orçamento público.<sup>44</sup>

A falta de previsão orçamentária para despesas com à saúde, em meio a demanda judicial, é um dos principais argumentos utilizados pelos entes públicos, com a finalidade de se eximirem da responsabilidade descrita pela própria Constituição. Cabe falar que os princípios orçamentários são diretrizes para que o Estado desempenhe uma administração pública planejada e transparente, alocando seus recursos da melhor forma possível. Logo, deve o Estado fazer a previsão orçamentária dos gastos com os serviços de saúde, educação, moradia, etc.

Ocorre que nem sempre o Estado faz essa previsão orçamentária, não podendo os indivíduos serem prejudicados pela inércia estatal. Quando se trata de saúde, deve o ente público fazer as alterações no orçamento, sem ofender a Constituição. Aliás, a própria Carta Magna determina como prioridade a promoção da dignidade da pessoa humana, garantida também pelo direito à saúde e à vida, o

---

<sup>43</sup> KRELL, Andrea J (2002, p.108-109) *apud* CUNHA JR., op. cit., nota 6, p.740.

<sup>44</sup> SALAZAR e GROU, op. cit., nota 2.

que corrobora nossa afirmação anterior. Outrossim, afirma o Supremo Tribunal Federal, por meio do Min. Celso de Mello:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.<sup>45</sup>

Em relação a reserva do possível fática, sabe-se que não basta a mera afirmação do ente público sem que exista qualquer comprovação da falta de recursos econômicos nos cofres públicos. Vale salientar, o que ocorre no Brasil não é simplesmente a falta de recursos, mas o descompromisso dos governantes e a má gestão. Difícil acreditar que o país com a sexta maior economia do mundo<sup>46</sup> e com uma carga tributária tão pesada – chega a superar a do Japão e Estados Unidos, além da maioria dos países emergentes<sup>47</sup> – tenha levantado a tese de escassez de recursos econômicos. É visível que o grande problema do Brasil está na corrupção<sup>48</sup>, fraudes, desperdício do dinheiro público e a má administração pública. Em 2008, o Banco Mundial (Bird) fez um estudo sobre o desempenho hospitalar brasileiro e concluiu que o sistema é ineficiente, gasta mal os recursos, encarecendo os custos hospitalares. Além disso, os hospitais gastam com internações desnecessárias e falta informação sobre a produtividade *versus* custo.<sup>49</sup>

Diante dessa situação, observa-se que um ponto essencial a ser enfrentado pelo Estado é a decisão sobre suas prioridades orçamentárias, isto é, em que investir? A melhoria da saúde está diretamente relacionada as escolhas políticas e administrativas feitas pelos governantes, principalmente no que diz respeito sobre a alocação de recursos econômicos. Lembre-se que o direito à vida e à saúde devem

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>. Acesso em: 07 jan de 2014.

<sup>46</sup> BRASIL deve recuperar posto de 6ª maior economia em 2013, mostra FMI. **G1 Economia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/04/brasil-deve-recuperar-posto-de-6-maior-economia-em-2013-mostra-fmi.html>>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>47</sup> DESAFIOS brasileiros: carga tributária. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>>. Acesso em: 07 jan 2014.

<sup>48</sup> Corrupção no Brasil gera prejuízo de R\$ 61, 9 bilhões por ano, de acordo com a Agência Brasil. (CORRUPÇÃO no Brasil custa até R\$ 69,1 bilhões por ano. **Brasil Econômico**. Disponível em: <[http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano\\_82676.html](http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.html)>. Acesso em: 07 jan 2014.)

<sup>49</sup> BANCO Mundial reprova hospitais brasileiros por ineficiência e má gestão. **O Globo**. Disponível em: <<http://www.inovarh.ufba.br/noticias/121>>. Acesso em: 07 jan 2014.

ser encarados como áreas prioritárias, pois se estas não forem inicialmente garantidas, como poderão as pessoas usufruírem dos demais direitos trazidos pela Constituição?

Nessa direção, já houve julgados em que frente ao caso de omissão do Estado em garantir o direito à saúde do indivíduo, o juiz *a quo* determinou que os gastos com determinadas áreas, ex.: publicidade institucional, fossem suspensos e aplicados prioritariamente na área de saúde.

Como exemplo, cite-se a decisão recente (14/02/2014) proferida por Antônio Carneiro de Paiva Júnior, juiz titular da 4ª Vara da Fazenda Pública de João Pessoa que determinou a suspensão de pagamentos relacionados a propaganda e publicidade da prefeitura, além da suspensão de pagamentos dos eventos festivos, até que seja providenciado os medicamentos para pacientes com câncer. Trata-se de ação civil pública do Ministério Público contra o Estado da Paraíba e o Município de João Pessoa-PB.<sup>50</sup>

Outro exemplo a ser citado é o do juiz Marcus Vinícius Pereira Júnior da Vara Cível da Comarca de Currais Novos-RN que bloqueou os recursos do Rio Grande do Norte destinados a publicidade, e determinou que o dinheiro fosse usado na Saúde Pública, nesse caso a autora da ação precisava realizar um tratamento de câncer. O magistrado ainda determinou multa pessoal para governadora no valor de R\$ 1 milhão, em caso de descumprimento da decisão – prazo de cinco dias para determinar a data e o local do tratamento – a ser depositado no Fundo Estadual de Saúde.<sup>51</sup> Em entrevista ao site *Conversa Afiada*, o juiz afirmou

Como fundamentação da decisão, foi usado um relatório do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, analisando as contas de 2011 – que tem se repetido nos anos seguintes. Nesse relatório se chegou à conclusão de que o Estado gastou no ano R\$ 11 milhões com Saúde e, por outro lado, gastou R\$ 16 milhões em propaganda institucional. [...] e o direito à saúde está acima do direito de fazer propaganda institucional”.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> JUIZ manda prefeitura de João Pessoa parar de pagar publicidade e festas. **G1 Paraíba**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2014/02/juiz-manda-prefeitura-de-joao-pessoa-parar-de-pagar-publicidade-e-festas.html>>. Acesso em: 15 fev 2014.

<sup>51</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Juiz suspende imediatamente todos os serviços de propaganda/publicidade do Estado**. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/comunicacao/noticias/3492-juiz-suspende-imediatamente-todos-os-servicos-de-propagandapublicidade-do-estado>>. Acesso em: 10 jan 2014.

<sup>52</sup> JUIZ suspende publicidade oficial e dá dinheiro à saúde. Disponível em: <<http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/07/31/juiz-suspende-publicidade-oficial-e-da-dinheiro-a-saude/>>. Acesso em: 10 jan 2014.

Entretanto, os julgadores ainda divergem sobre esse tema. Observa-se abaixo parte da decisão do Agravo de Instrumento nº 2013.017525-9, sob a relatoria do Des. Cláudio Santos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Aliás, a decisão de 1º grau agravada assemelha-se a anteriormente aqui narrada.

Num exame perfunctório, próprio desta fase, verifico que as diversas determinações judiciais, contidas no aludido decisum de primeiro grau, extravasaram o âmbito de atuação jurisdicional.

No que concerne à suspensão da publicidade do Governo, em cognição sumária, vislumbro ter havido excesso na decisão combatida [...].

O Poder Judiciário não pode – por impedimento em balizas constitucionais – se arvorar do poder-dever de melhorar a gestão dos serviços públicos essenciais, assumindo a administração e o exercício de atribuições alheias, mas apenas corrigir eventuais ilegalidades ou desvios, repondo a paz social, na medida do possível.<sup>53</sup>

Por fim, o Desembargador determinou que o Secretário de Saúde Estadual, no prazo de 15 (quinze) dias adotasse as medidas necessárias para realização da cirurgia pretendida pela parte. Porém, revogou a suspensão de todas as propagandas pagas pelo Estado do Rio Grande do Norte, bem como a multa pessoal cominada em caso de descumprimento.<sup>54</sup>

Ocorre que muitas vezes o Estado deixa de cumprir seu papel, e cabe ao Judiciário, quando procurado, assumir uma postura ativa a fim de assegurar os direitos fundamentais. No entanto, o julgador deve sempre agir com proporcionalidade e razoabilidade, respeitando os limites jurisdicionais.

### 3.4 Responsabilidade estatal

Ainda usada como alegação no meio judicial, a questão da responsabilidade estatal, ou seja, da competência dos entes federados gera confusão na concretização do direito à saúde. Além disso, tal decisão interfere também no âmbito de competência do órgão julgador. Logo, se responsável a União, a justiça competente será a Federal; se o responsável for o Estado ou Município, a justiça competente será a Estadual.

---

<sup>53</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Agravo de instrumento nº 2013.017525-9**. Relator: Des. Cláudio Santos. Natal, 2013. Disponível em: < <http://www.tjrn.jus.br/comunicacao/noticias/4324-decisao-determina-realizacao-de-cirurgia-e-restabelece-propaganda-do-governo>>. Acesso em: 11 jan 2014.

<sup>54</sup> *Idem ibidem*.

A Constituição de 1988 traz em seu art. 1º o princípio federativo que diz respeito a forma de Estado. A República Federativa do Brasil é formada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Trata-se de uma escolha política fundamental que se contrapõe ao Estado Unitário (governo único; centralizado).

O federalismo brasileiro teve sua formação por segregação – ao contrário do norte-americano, que foi por agregação – através do decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, com o intuito de liberar as províncias do poder centralizado no Imperador. A Federação – forma de Estado escolhida pelo Brasil – nada mais é que a divisão do poder político por mais de uma organização política, onde cada uma possui autonomia para se auto-organizar, auto-administrar, e competências distintas bem definidas na Carta Magna.

Ademais, a característica principal a ser discutida nesse tópico é a repartição de competência, cujo princípio norteador é o da predominância de interesses. Destarte, cabe a União matérias de predominante interesse geral; aos Estados, assuntos de predominante interesse regional; e aos Municípios, matérias de interesse local.

Aliás, competências “são faculdades ou poderes de agir dos quais se servem as entidades federadas para tratar de temas que lhe dizem respeito e orientados para realização do bem comum”<sup>55</sup>. Ainda, se dividem em competência legislativa – capacidade de elaborar suas próprias leis – e competência material, atribuição administrativa.

Vale acrescentar, quando determinada competência material é estipulada para todos os entes federados, trata-se de competência comum (art. 23 da CF), a qual se aplica a responsabilidade solidária para seu cumprimento. Já em relação as competências legislativas simultâneas aos entes federados, essas são denominadas de concorrentes (art. 24 da CF).

O tema saúde aparece em nossa Constituição quando se faz referências as competências materiais, mas também nas competências legislativas. O art. 23 afirma ser competência comum dos entes federativos “cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (II); e o art. 24 dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde” (XII).

---

<sup>55</sup> CUNHA, op. cit., nota 6, p.862.

Os comandos constitucionais são claros ao admitir à responsabilidade conjunta dos entes federativos quando se trata da saúde. Desse jeito, o cidadão ao demandar judicialmente poderá acionar qualquer dos entes, já que são responsáveis solidários pela prestação da saúde.

“[...] sempre que estiver em jogo a promoção da saúde, [...] todos os entes federativos poderão ser cobrados judicialmente. A intenção da Constituição é forçar que todos os entes federativos sejam responsáveis solidários pela implementação desses direitos.”<sup>56</sup>

Apesar da jurisprudência pacífica a respeito da responsabilidade solidária entres os entes federativos na promoção da saúde, a justificativa da irresponsabilidade estatal é bastante usada na contestação dos processos judiciais sobre saúde. Destarte, os entes públicos acabam por passar a responsabilidade uns para os outros, na tentativa de evadir-se. Por exemplo, o Estado alega que é dever do Município, este, porém, alega ser responsabilidade da União o fornecimento de determinado medicamento. As preliminares levantadas no processo são as seguintes: a ilegitimidade *ad causam* ou chamamento ao processo dos demais entes.

Observa-se as ementas de decisões do Tribunal de Justiça da Paraíba:

REMESSA OFICIAL SENTENÇA ILÍQUIDA CONHECIMENTO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL À SAÚDE E À VIDA PRELIMINAR **CHAMAMENTO AO PROCESSO DO ESTADO REJEIÇÃO** MÉRITO ART 196 DA CARTA MAGNA DIREITO FUNDAMENTAL MANUTENÇÃO DA SENTENÇA APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC SEGUIMENTO NEGADO. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, nos casos de iliquidez do título judicial, não é possível a adoção do valor atualizado da causa como parâmetro para se aferir a incidência ou não da excepcionalidade da regra estabelecida no art. 475, § 2.º, do Código de Processo Civil. AgRg no Ag 1254476/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010. **O SUS é composto pela União, Estados e Municípios, neste sentido todos são devedores solidários da obrigação.** O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** A interpretação da norma programática não pode

---

<sup>56</sup> LIMA, George M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza, 2005, p. 201. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

transformá-la em promessa constitucional incoseqüente. STF - RE 271-286 AgR Rel. Min. Celso de Melo.(grifos nossos).<sup>57</sup>

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL SENTENÇA ILÍQUIDA CONHECIMENTO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL À SAÚDE E À VIDA PROCEDÊNCIA IRRESIGNAÇÃO **PRELIMINAR ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEIÇÃO** MÉRITO ART. 196 DA CARTA MAGNA DIREITO FUNDAMENTAL MANUTENÇÃO DA SENTENÇA APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC SEGUIMENTO NEGADO A AMBOS OS RECURSOS. (grifos nossos).<sup>58</sup>

Muito embora todos os entes federativos sejam responsáveis pela saúde, o sistema nacional segue uma lógica. Enquanto a União teria suas atividades mais voltadas aos aspectos normativos, os Estados e principalmente os Municípios seriam prioritariamente responsáveis pelas funções de execução e implementação dos serviços de saúde. Isso ocorre devido ao maior conhecimento obtido pelos governos locais a respeito das reais necessidades de sua população.

À vista disso, um ente federativo pode até cobrar do outro uma compensação por determinada prestação de saúde que ultrapasse os limites de sua esfera. No entanto, nunca deverá alegar irresponsabilidade quando se trata de saúde.

---

<sup>57</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Processo 00120120037245001**. Relator: Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=201353&p=sau%e201e saulo e benevides>>. Acesso em: 28 jan 2014.

<sup>58</sup> *Idem*. **Processo 00120120052491001**. Relator: Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=201352&p=sau%e201e saulo e benevides>>. Acesso em: 28 jan 2014.

#### 4 ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O processo de judicialização da saúde é a possibilidade de buscar a efetividade do direito à saúde por meio do Poder Judiciário, reivindicando-o através de mecanismos jurídicos. Observa-se um alto número de demandas em relação à saúde, sendo constatado que sua prioridade é muitas vezes “esquecida” pelos entes públicos. Desse modo, o acesso ao Judiciário passa a ser um caminho eficiente para a concretização do direito à saúde.

A crescente nas demandas de saúde ocorrem devido as falhas administrativas existentes que impedem a efetivação de tal direito. Então, quando as prestações deixam de ser satisfeitas pelo Estado, cabe ao Judiciário, quando procurado, intervir para dar efetividade aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Dessa maneira, os tribunais estão conseguindo impor uma série de obrigações ao Poder Público.

Não há dúvidas que o direito à saúde compõe o núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, que segundo Barroso “é o centro de irradiação dos direitos fundamentais sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.”<sup>59</sup>. Logo, proteger o direito à saúde dos indivíduos seria o mesmo que assegurar a dignidade da pessoa humana, tamanha a importância desse direito.

Cabe aos três Poderes realizar da melhor forma possível o direito à saúde e à vida, contudo é papel do Judiciário resolver os conflitos decorrentes da má aplicação dos direitos sociais, interpretando as leis conforme as normas constitucionais.

Destarte, pode o magistrado intervir na execução das políticas públicas? Sim, desde que seja para assegurar que um direito fundamental vai ser preservado. Afirma o ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.<sup>60</sup>

Como já dito, o Judiciário é essencial instrumento de proteção aos direitos fundamentais, e dessa forma, as minorias socialmente discriminadas recorrem a

---

<sup>59</sup> BARROSO, op. cit., nota 18.

<sup>60</sup> *Idem ibidem*.

esse poder, como última alternativa e esperança de terem seus direitos respeitados. Infelizmente, os que mais precisam do acesso ao Judiciário são os que menos o procuram, devido à falta de consciência de seus direitos, de fé na instituição, e por fim, à falta de recursos financeiros. Sem Judiciário não há concretização de direitos fundamentais, ficando estabelecido o seguinte dilema: quem procura o Judiciário, não necessita tanto de sua ajuda, enquanto que quem mais necessita não tem oportunidade de acioná-lo.<sup>61</sup>

Vale lembrar que apesar da importância que a justiça tem na concretização dos direitos fundamentais, o excesso de judicialização torna ineficiente a melhoria das prestações sociais, visto que atendem apenas as necessidades individuais, isto é, o Judiciário socorre quem o procura.

Outrossim, os magistrados devem agir com cautela e responsabilidade ao determinar alguma prestação social, respeitando os limites das leis e da Constituição. Ao concretizar determinado direito, o juiz tem por obrigação mensurar quais as consequências de sua decisão, analisando se aquela prestação é necessária e suficiente ao caso concreto.

Ainda sobre o papel do Estado-Juiz, cumpre a este fiscalizar a produção das provas trazidas pelas partes, bem como o cumprimento da decisão judicial. O magistrado tem que observar a prescrição médica, os exames juntados e as alegações nas defesas dos entes públicos. A verificação do requerimento prévio administrativo, a depender dos fatos, pode acusar a inoportunidade da urgência do pleito, e nunca ser considerado obstáculo ao acesso à justiça. Essa atuação judicial é exigível para que haja um controle no cumprimento da decisão, se a parte de fato conseguiu o medicamento ou procedimento médico pleiteado.<sup>62</sup>

Em suma, na sociedade atual, para que o direito à saúde seja efetivado exige-se a ampla participação do legislador, administrador, juiz e cidadão para juntos

---

<sup>61</sup> LIMA, George M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In Revista da Defensoria do Estado de São Paulo*. Vol 1. 2008. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumento%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C\\_kQeTtIDACQ&usq=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumento%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C_kQeTtIDACQ&usq=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ)>. Acesso em: 04 fev 2014.

desenvolverem políticas suficientes com objetivo de preservar, manter e recuperar à saúde.

#### 4.1 Efeitos positivos

O efeito positivo da intervenção judicial em demandas envolvendo o direito à saúde é a sua própria concretização. Diante da incapacidade da Administração Pública de garantir o mínimo vital para seus cidadãos – nisso inclui-se o direito à saúde e o direito à vida – o Judiciário aparece diversas vezes como a última esperança de algumas pessoas verem seus direitos assegurados.

O caso emblemático que evidencia a importância da participação do Judiciário na proteção do direito à saúde refere-se ao coquetel da AIDS. As políticas públicas brasileiras ligadas ao combate e prevenção do vírus HIV são reconhecidas e premiadas em nível internacional. Entretanto, o que muitos não sabem é que o desenvolvimento desse programa ocorreu devido ao Poder Judiciário e a sua atuação.<sup>63</sup>

Na década de 90, os juízes de 1º grau começaram a reconhecer o direito dos portadores do vírus HIV de receberem a medicação para tratamento da doença pelos órgãos públicos. Após a consolidação da jurisprudência a respeito desse tema, em 1996 foi publicada a lei nº 9313 que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos para o combate da AIDS.<sup>64</sup>

Assim, é evidente que foram os ganhos individuais na Justiça que trouxeram um impacto social positivo, visto que o Poder Público trouxe a resposta para o problema através de lei que garante o tratamento dos enfermos. Por fim, o objetivo da lei “é assegurar o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao(à) enfermo(a) maior dignidade e menor sofrimento.”<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> LIMA, George M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>64</sup> *Idem ibidem*.

<sup>65</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In Revista da Defensoria do Estado de São Paulo*. Vol 1. 2008, p. 172. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumento%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C\\_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumento%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ)>. Acesso em: 04 fev 2014.

Importa salientar que esses julgados em relação aos medicamentos da AIDS foram essenciais também para quebra de patentes em relação aos novos medicamentos no âmbito da Organização Mundial de Comércio, facilitando assim o acesso a novos tratamentos pelos cidadãos brasileiros.

Além disso, o mesmo fundamento utilizado para a concessão do tratamento a aidéticos está sendo usado para o tratamento de outras doenças, principalmente quando quem pleiteia é pessoa carente, sem recursos financeiros suficientes para investir em sua cura. Dessa forma, pessoas com tuberculose, malária, câncer, hipertensão, diabetes etc. quando não assistidas de forma correta pelo Poder Público podem e devem procurar o Judiciário a fim de garantir um tratamento digno a sua mazela.

Outrossim, caso recente ocorrido já neste ano de 2014 refere-se ao decreto de calamidade pública na saúde dado pelo município de Natal-RN. As unidades de saúde encontravam-se superlotadas e com poucos profissionais de saúde para o atendimento, inclusive algumas foram fechadas por falta de estrutura. Até exames de urgência os pacientes teriam que esperar mais de um ano para que fossem realizados.<sup>66</sup>

Para piorar a situação foram suspensas cirurgias cardiológicas no único hospital do estado que fazia atendimento as crianças. Em meio ao desespero, a Associação Amigos do Coração da Criança pediu a intervenção do Judiciário e já conseguiu uma resposta positiva a fim de resguardar a vida das crianças cardiopatas. Assim afirmou Madson Vidal, presidente da associação:

Os recém-nascidos que estavam dentro dos hospitais públicos, eles não estavam conseguindo tratamento fora do Rio Grande do Norte. Então, através de medidas judiciais, a gente tem encaminhado essas crianças para São Paulo, com todo o custo de responsabilidade do estado.<sup>67</sup>

O que seria dessas crianças sem a atuação judicial? Certamente nem todas teriam chances de buscar tratamento fora do estado do Rio Grande do Norte. Ademais, daqui que o hospital voltasse a realizar as cirurgias (suspensas devido a uma dívida de mais de um milhão de reais do município), muitas não sobreviveriam a espera.

---

<sup>66</sup> DECRETO de calamidade chega ao fim, mas caos na saúde de Natal continua. **Bom Dia Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/01/decreto-de-calamidade-chega-ao-fim-mas-caos-na-saude-de-natal-continua.html>>. Acesso em: 04 fev 2014.

<sup>67</sup> *Idem ibidem*.

Em razão disso, é notório que o Judiciário tornou-se a última alternativa para que pessoas carentes e doentes pudessem fazer seu tratamento de saúde, prorrogando assim o tempo de vida delas. Aliás, cabe aqui falar que o direito à saúde não está ligado apenas ao tempo de vida, porém refere-se também a dignidade e a qualidade desta.

As soluções dadas acima são extremamente progressivas e positivas, pois dão oportunidade e esperança às pessoas de efetivarem seus direitos. Porém, o Judiciário algumas vezes mostra-se receoso ao conceder determinado medicamento ou procedimento médico a parte que assim pleiteia. À vista disso, quando a demanda se refere a medicamentos ou tratamentos experimentais, o julgador entende que o Estado não é obrigado a fornecê-los, já que a eficácia não é ainda cientificamente comprovada. Na demanda, o ônus de provar a eficácia do medicamento ou tratamento experimental é da parte que o pleiteia.

À exceção disso, observa-se claramente a importância de um Judiciário atuante, preocupado com as demandas sociais e a proteção da Lei Maior, assegurando não só o direito à saúde, como também o direito à vida e dando sentido ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, o juiz assume o papel de garantidor de direitos, o qual deixa de ser apenas a “boca da lei” e passa a ser criativo e engajado com a realidade, avaliando e buscando a melhor solução para os conflitos sociais.

#### 4.2 Efeitos negativos

Como visto no item anterior, um Judiciário atuante é essencial em um Estado Democrático de Direito, pois permite que os cidadãos possam usufruir plenamente de seus direitos garantidos constitucionalmente. Contudo, o excesso de judicialização das questões sociais e à procura desenfreada pelas soluções impostas pelo Judiciário nem sempre trazem saldos positivos à coletividade. Nesse tópico, nosso trabalho é discorrer sobre os efeitos negativos da intervenção judicial nas demandas envolvendo a saúde pública, bem como os principais desafios enfrentados pelos juízes.

Pode-se dizer que uma das dificuldades que atrapalha a tomada de decisão e torna tendenciosa a sentença ou acórdão é o apelo emotivo das partes. Os julgadores são seres humanos e trazem consigo impressões psicológicas e sociais,

decorridas de suas histórias pessoais. Assim, é consideravelmente difícil um juiz negar a um doente com rosto, ou seja, individualizado e identificado no processo um tratamento médico por considerá-lo custoso, sabendo que este pode curar sua doença.

Além disso, as demandas de saúde envolvem valores extremamente importantes, como o próprio direito à vida, por isso o fator emotivo prevalece em determinadas decisões. A condição em que se encontra o demandante doente também interfere bastante na tomada de decisão.

Outrossim, poderíamos pensar em se determinar um mínimo de tratamento de saúde concedido pelos juízes, porém nesse tipo de demanda muitas vezes não se admite graduações.

Ou faz-se um determinado tratamento e obtém-se (ou não) a cura, ou o indivíduo simplesmente morrerá. O que seria o mínimo para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula?<sup>68</sup>

Observa-se que o trabalho do julgador não é nada fácil. O poder de decidir sobre a vida de alguém traz enormes responsabilidades, principalmente quando o que está em jogo diz respeito a vida e a saúde de determinada pessoa. Assim, decidir sobre o direito à saúde já é por si só um grande desafio para o juiz, se acrescentar o apelo emotivo das partes, além da pressão dos advogados, dificilmente o magistrado julgará com clareza.

Outro problema enfrentado pelos juízes tem relação com o caráter de urgência dessas decisões. A prestação muitas vezes precisa ser imediata, devido a condição que se encontra o demandante, o que obriga ao magistrado julgar em sede de liminar. A pressa se torna uma grande inimiga da melhor decisão, inclusive porque o magistrado não possui conhecimento técnico na área de saúde. Isso pode prejudicar o paciente ou mesmo a coletividade.

Então, de que forma a sentença poderia ser equivocada? Isso aconteceria, por exemplo, em uma concessão de liminar deferindo ao autor uma prótese no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Sabe-se, porém, que existem outras próteses mais baratas e tão eficientes quanto a concedida, mas a falta de conhecimento especializado do magistrado, além da emergência na decisão acabam por distorcer sua percepção.

---

<sup>68</sup>BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 308.

Um exemplo real acompanhando o entendimento anterior, refere-se as liminares concedidas por juízes e tribunais para o tratamento da retinose pigmentar realizado em Cuba às custas do Poder Público brasileiro. Entretanto, depois de um certo tempo o Superior Tribunal de Justiça não permitiu mais que o procedimento médico fosse realizado em Cuba, alegando: (I) não haver certeza na eficácia do tratamento, o qual trazia inclusive riscos a visão dos pacientes; (II) e existir tratamento para doença aqui mesmo no Brasil, o que reduzia os custos para Administração Pública.<sup>69</sup>

Note-se que caso a concessão de liminares deferindo a realização do procedimento médico em Cuba tivesse continuado, haveria maiores prejuízos tanto para os pacientes – devido aos riscos existentes em tratamentos experimentais – quanto para coletividade que estaria sacrificada, devido aos altos custos arcados pelo Poder Público.

Outro problema a ser considerado é o risco da “discriminação judicial”, isto é, a exclusão dos que mais precisam da intervenção judicial. Ocorre que a população de maior poder aquisitivo é, em sua maioria, que está sendo beneficiada pelo Poder Judiciário, com o chamado tratamento privilegiado. Dessa forma, “[...] decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma distribuição de renda muito pouco equitativa no âmbito da sociedade brasileira [...]”<sup>70</sup>.

A priori, com base no princípio da isonomia – tratar os desiguais na medida de suas desigualdades - o Judiciário deveria ter mais atenção com os que não possuem poder econômico para realizar o tratamento médico pleiteado, devendo o magistrado exigir essa comprovação no curso do processo. Assim, o que se quer dar ênfase é que como a prestação de saúde pública é limitada, por insuficiência de recursos e profissionais da área, é injusto que pessoas que possam pagar perfeitamente por um bom tratamento de saúde particular, sem interferir na subsistência de sua família, ocupe o lugar de outra que não possui os mesmos recursos nem as mesmas oportunidades.

Outro efeito negativo da judicialização da saúde é o estabelecimento de uma falsa crença, no qual as pessoas acreditam que a única forma de conseguir alguma

---

<sup>69</sup>LIMA, George M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

<sup>70</sup> BARCELLOS, op. cit., nota 68, p. 307.

prestação na área da saúde pública é através do Judiciário. Fica estabelecido um ciclo vicioso, onde a autoridade pública deixa de cumprir espontaneamente seu dever, à espera da ordem do magistrado.

Ademais, o excesso de judicialização dá brecha para formação de conluíus criminosos entre laboratórios, médicos e advogados. Então, a indicação de certo medicamento no processo pode ser apenas para favorecer financeiramente determinada indústria farmacêutica, usando a demanda para burlar leis e procedimentos administrativos, como a licitação.

Indiretamente, estas demandas individuais fomentam um conjunto de agentes interessados, como a indústria farmacêutica, fornecedores, distribuidores e vendedores de medicamentos e material médico, profissionais da área da saúde, e outros. É visivelmente comum a prescrição sazonal de determinados medicamentos, em detrimento de outros que, contendo os mesmos princípios ativos, seriam suficientes ao tratamento de determinadas enfermidades.<sup>71</sup>

Ainda, diversos aspectos negativos do ativismo judicial podem ser destacados, tais como: as dificuldades operacionais para execução das ordens judiciais (licitação, planejamento, etc.); transferência de poderes decisórios do eixo Legislativo-Executivo para o Poder judiciário (enfraquecimento dos poderes eleitos); perda da soberania popular (desmobilização popular); anulações frequentes pelo Judiciário de ações de outros poderes (decisões políticas via tribunais); e exclusivismo moral do Judiciário.

Logo, “o judiciário passou [...] a influenciar as decisões políticas, ocupando um espaço que, originariamente, deveria ser exercido pelo executivo”.<sup>72</sup>

Ao analisar todos os aspectos apresentados, deve-se refletir: a atuação judicial no direito à saúde traz mais vantagens ou desvantagens? A resposta não é simples, nem mesmo única, por isso cabe ao magistrado diante do caso concreto julgar com proporcionalidade, observando quais os efeitos de determinada decisão para as partes e para coletividade, para que com prudência e clareza possa resolver o conflito que lhe foi apresentado.

---

<sup>71</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Amiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *In Revista da Defensoria do Estado de São Paulo*. Vol 1. 2008, p. 240. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsesp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumento%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C\\_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsesp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumento%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ)>. Acesso em: 04 fev 2014.

<sup>72</sup> *Idem ibidem*, p.235.

### 4.3 Atuação judicial na Paraíba

A realidade da Paraíba não diverge muito da realidade dos demais estados brasileiros, isto é, diversos paraibanos sofrem com a má prestação do serviço público de saúde e com a incerteza de que suas pretensões serão de fato atendidas. Diante da inatividade do Poder Público em garantir medicamentos e determinados tratamentos de saúde, resta a esses cidadãos procurar a justiça para garantir a proteção de seus direitos. Dessa forma, este tópico faz uma análise das decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça da Paraíba nos casos em quem os demandantes buscam a proteção do seu direito à saúde.

Na pesquisa realizada, verifica-se que nessas demandas, as partes vêm ao juízo requerer: medicamentos, realização de exames médicos; procedimentos cirúrgicos; internações; fraldas descartáveis; suplementos alimentares (*vide anexos*), sendo que entre estes a maioria dos processos referem-se ao requerimento de medicamentos. A seguir, vemos duas ementas que se referem ao fornecimento de medicamentos:

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - **FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO** - IRRESIGNAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA PELO ESTADO - INAPLICABILIDADE - AUSÊNCIA DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA - ESCUSA DESARRAZOADA - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO FORNECIMENTO - DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. (...). (grifos nossos).<sup>73</sup>

CONSTITUCIONAL Agravo de instrumento **Fornecimento de medicamento Direito à saúde Art. 196 da CF Norma de eficácia plena e imediata** Precedentes do STF, STJ e TJPB Obrigação estatal Ausência de previsão orçamentária reserva do possível Direito à saúde e a vida digna Mínimo existencial Preponderância Seguimento negado. Em uma interpretação mais apressada, poder-se-ia concluir que o art. 196 da CF seria norma de eficácia limitada programática, indicando um projeto que, em um dia aleatório, seria alcançado. Ocorre que o Estado lato sensu deve, efetivamente, proporcionar a prevenção de doenças, bem como oferecer os meios necessários para que os cidadãos possam restabelecer sua saúde. É inconcebível que entes públicos se esquivem de fornecer meios e instrumentos necessários à sobrevivência de enfermo, em virtude de sua **obrigação constitucional em fornecer medicamentos vitais às pessoas**

<sup>73</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Processo 00120110094370001**. Relator: Des. Leandro dos Santos. Órgão julgador: 1ª Câmara Cível. João Pessoa, 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=145561&p=direito e saúde e medicamentos](http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=145561&p=direito+e+saude+e+medicamentos)>. Acesso em: 10 fev 2014.

**enfermas e carentes**, as quais não possuem capacidade financeira de comprá-los. [...] (grifos nossos).<sup>74</sup>

Além disso, observa-se que não só o Estado da Paraíba é acionado para executar políticas públicas na área da saúde, mas também os municípios são colocados como legitimados passivos dessas demandas. Ocorre que nenhum quer de fato assumir essa responsabilidade e dentre as principais preliminares de defesas levantadas por esses entes federados estão: a ilegitimidade passiva *ad causam* e o chamamento ao processo dos demais entes (*vide* anexos), sendo sempre rejeitadas pelo Tribunal diante da responsabilidade solidária dos entes federados. Em outras palavras, a parte pode exigir de qualquer um deles o cumprimento da prestação de saúde.

PRELIMINAR. **ILEGITIMIDADE PASSIVA**. CUSTEIO DE CIRURGIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. **REJEIÇÃO**. - Diante da sistemática estabelecida pela Constituição sobre o direito à saúde, é solidária a responsabilidade entre os entes federados no custeio de medicamentos e de procedimentos cirúrgicos. [...] (grifos nossos).<sup>75</sup>

PRELIMINARES. **ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE**. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA A ANÁLISE DA INCLUSÃO DO ENTE FEDERAL NA DEMANDA. SERVIÇO DE SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL. **OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA**. IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE QUALQUER UM DELES. REJEIÇÃO DAS QUESTÕES PREAMBULARES. - As ações e serviços públicos de saúde competem, de forma solidária, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Logo, **não há que se falar em ilegitimidade passiva da Unidade da Federação** que, por força do art. 196, da Constituição Federal, tem o dever de zelar pela saúde pública mediante ações de proteção e recuperação. - Tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. - **Sendo o Estado parte legítima para figurar, sozinho, no pólo passivo da demanda, não há que se falar no chamamento dos outros entes federados**. [...] (grifos nossos).<sup>76</sup>

<sup>74</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Processo 00120120236516001**. Relator: Des. Abraham Lincoln Da Cunha Ramos. Órgão julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=145823&p=direito e saúde e medicamentos](http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=145823&p=direito+e+saude+e+medicamentos)>. Acesso em: 10 fev 2014.

<sup>75</sup> *Idem*. **Processo 00120110017793001**. Relatora: Des<sup>a</sup> Maria Das Neves Do Egito De A. D. Ferreira. Órgão julgador: 1ª Câmara Cível. João Pessoa, 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=201690&p=direito e saúde e medicamentos](http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=201690&p=direito+e+saude+e+medicamentos)>. Acesso em: 10 fev 2014.

<sup>76</sup> *Idem*. **Processo 00120110162227001**. Relator: Des. José Ricardo Porto. Órgão julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=200824&p=direito e saúde e e chamamento e processo e união](http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=200824&p=direito+e+saude+e+chamamento+e+processo+e+união)>. Acesso em: 10 fev 2014.

Outro ponto relevante a ser mencionado referente as decisões do TJPB é a possibilidade do ente federado, condenado a fornecer algum medicamento ou procedimento médico à parte autora, substituir o remédio por similar (genérico) ou por outro procedimento menos oneroso ao Estado, desde que não prejudique a saúde do (a) paciente e tenha a mesma eficácia daquele que foi pedido na petição.

Isso já demonstra que o Judiciário está preocupado com as consequências das suas decisões no orçamento do Estado, e de forma coerente busca solucionar esse conflito sem sobrecarregar financeiramente o legitimado passivo da demanda. Contudo, ainda é possível identificar algumas divergências em relação a substituição dos medicamentos. Lembre-se que em casos mais graves, devido a fragilidade do paciente é desaconselhável a substituição dos medicamentos ou qualquer outro procedimento (*vide anexos*). Observe-se as ementas:

AGRAVO INTERNO MANDADO DE SEGURANÇA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO IRRESIGNAÇÃO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE **SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO PLEITEADO POR GENÉRICO OU SIMILAR QUE PRODUZA O MESMO EFEITO POSSIBILIDADE** PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO. **Assim, ao Estado deve ser garantida a possibilidade de substituir o medicamento por genérico, de mesmo princípio ativo; ou por outro que o Estado já forneça, desde que autorizado pelo médico e não comprometa o tratamento da autora.** (grifos nossos).<sup>77</sup>

EMENTA AGRAVO INTERNO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. PROVA PERICIAL. CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO ATRAVÉS DAS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS. DESNECESSIDADE. **PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE MEDICAMENTO POR GENÉRICO. AUSÊNCIA DE PROVA NO SENTIDO DA EXISTÊNCIA DE MEDICAMENTO COM O MESMO PRINCÍPIO ATIVO E QUE PRODUZA O MESMO EFEITO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.** [...] (grifos nossos).<sup>78</sup>

Ainda, é comum nos processos o pedido, feito pelo ente público, de realização de perícia por médico conveniado ao SUS no (a) paciente, para que determine com exatidão qual pretensão deverá ser fornecida pelo Estado. Entretanto, esse requerimento vem sempre sendo negado, pois o julgador acha desnecessário a perícia, já que a parte acostua aos autos laudos médicos que

<sup>77</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Processo 00120120003056001**. Relator: Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Órgão Julgador: 2ª Seção Especializada Cível. João Pessoa, 2013. Disponível em: < <http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=145023&p=direito e saude e substituição e medicamento>>. Acesso em: 10 fev 2014.

<sup>78</sup> *Idem*. **Processo 20020110206063001**. Relator: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 2013. Disponível em: < <http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=142926&p=direito e saude e substituição e medicamento>>. Acesso em: 10 fev 2014.

comprovam sua situação. “A declaração firmada por médico particular constitui prova suficiente para atestar a enfermidade e o tratamento adequado para o paciente, mostrando-se desnecessária a realização de perícia para averiguar a condição clínica da promovente.”<sup>79</sup>

Outrossim, devido a essa negativa o ente público recorre da decisão, alegando violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Porém, o Tribunal não conhece essa violação, e afirma a autoridade do juiz *a quo* de julgar antecipadamente a lide quando não há necessidade da produção de provas na audiência (art. 330 CPC), já que a parte acosta o laudo médico à petição inicial.

Ademais, há decisões e acórdãos no TJPB que determinam o bloqueio de valores para a realização da ordem judicial que assegura o direito à vida e à saúde do (a) demandante, frente a desídia do Estado. Nota-se que esse tipo de ordem é dada nos casos mais graves, quando o caso é de vida ou morte e mesmo assim o Poder Público permanece indiferente. Dessa forma, o julgador determina que se oficie o Banco para que efetue o bloqueio do valor correspondente ao tratamento médico requerido na conta do promovido, e após a confirmação do bloqueio realize a transferência dos valores para a conta informada pelo (a) demandante. Após o prazo estabelecido pelo julgador, o autor (a) da demanda deve comprovar através de notas fiscais e recibos que àquele dinheiro foi destinado ao cumprimento da decisão judicial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE LIMINAR. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PELO ESTADO DA PARAÍBA. **DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO PROCEDIMENTO.** POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À IRRESIGNAÇÃO. [...] (grifos nossos).<sup>80</sup>

É evidente que as decisões do TJPB são semelhantes às dos demais tribunais do país, já que sobre esse tema existem algumas questões pacificadas. Pode-se citar: a responsabilidade solidária de todos os entes da federação

<sup>79</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Processo 00120120077050001**. Relator: Des. João Alves da Silva. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < [http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=200934&p=direito e saúde e medicamento e perícia](http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=200934&p=direito+e+saude+e+medicamento+e+pericia)>. Acesso em: 10 fev 2014.

<sup>80</sup> *Idem*. **Processo 20020120902693002**. Relator: Des. José Ricardo Porto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < [http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=200801&p=direito e saúde e bloqueio e valores e medicamentos](http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detail.aspx?id=200801&p=direito+e+saude+e+bloqueio+e+valores+e+medicamentos)>. Acesso em: 10 fev 2014.

(legitimidade passiva concorrente); medicamentos fornecidos devem ter registro na ANVISA (excluindo, de início, os experimentais); obrigação do Poder Público de implementar políticas públicas já regulamentadas; entre outras.

Por fim, vale salientar que o apresentado nesse tópico refere-se as questões gerais, encontradas na maior parte dos processos que envolvem o direito à saúde, por isso os apontamentos não se esgotam aqui, sendo distintos a depender do caso concreto em análise.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso Constituinte destacou a importância dos direitos sociais quando os posicionou no Título II da CF que trata especificamente dos direitos fundamentais. Com tais direitos, as normas constitucionais buscam melhorar a qualidade de vida dos cidadãos brasileiros, além de garantir o pleno desenvolvimento humano. Contudo, é evidente a desarmonia entre o texto da lei e a realidade social brasileira. Desse modo, observa-se que a simples dicção dos direitos sociais na Carta Magna não é capaz de concretizá-los, é preciso ir além para garantir que todos possam usufruir de forma plena de seus direitos já constitucionalmente assegurados.

Muitos governantes ainda não tomaram consciência de que os direitos sociais são instrumentos essenciais para o desenvolvimento econômico e social de um país. Aliás, ainda não perceberam que são deveres constitucionais, não existindo liberdade para a escolha administrativa de concretizá-los ou não. Enquanto tais direitos não forem levados a sério, o Brasil estará longe de alcançar os objetivos fundamentais dispostos no art. 3º da CF.

Dentre tais direitos, destaca-se em especial o direito à saúde intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. O constituinte se preocupou de tal forma com o direito à saúde que criou o Sistema Único de Saúde (SUS) com a intenção de dar efetividade a esse direito, facilitando sua administração. Porém, nota-se que esse sistema não está sendo capaz de suprir as necessidades da população no que diz respeito as prestações sociais de saúde; assim, somos “reféns” do descaso dos governantes que não implementam as políticas públicas de saúde necessárias ao bom funcionamento do SUS.

Neste cenário, no qual é possível detectar falhas do Poder Público na materialização do direito à saúde, o Judiciário vem como Poder subsidiário garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Diante a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em garantir o mínimo de recursos para preservar, manter e restabelecer a saúde de seus cidadãos, exige-se uma postura ativa dos nossos julgadores a fim de proteger esse direito fundamental, bem como certificar a aplicação das normas constitucionais, velando pela supremacia de nossa Carta Magna.

O direito à saúde para ser materializado precisa vencer obstáculos, alguns destes utilizados nas demandas judiciais como argumentos contrários a

concretização desse direito. O primeiro que podemos citar, refere-se as ações e omissões lesivas do Estado que prejudicam a efetivação de tal direito. O Poder Público pode através de uma ação violar o direito à saúde, intervindo o Judiciário para que determine a cessação da conduta lesiva. Contudo, encontra o julgador maior dificuldade quando frente a uma omissão estatal precisa determinar que o Poder Público adote alguma medida para tornar “concreto” àquele direito discutido nos autos, pois a prestação positiva requer recursos financeiros para sua realização.

Frente a esse problema, os entes federados argumentam não ser razoável a realização de algum procedimento médico ou mesmo o fornecimento de certo medicamento, visto que a soma de dinheiro utilizado num tratamento individual (no do demandante) poderia ajudar toda a coletividade em outros procedimentos médicos. Além disso, alegam que deve existir previsão orçamentária para essa nova despesa.

Ocorre que a reserva do possível deve ser cuidadosamente aplicada a realidade brasileira, visto que não pode o Estado negar um direito fundamental ao cidadão por considerá-lo custoso. Aliás, a meu ver, o direito à saúde deve ser garantido prioritariamente já que não existe possibilidade do ser humano usufruir de outros direitos se perder o seus bens mais essenciais, quais sejam, a saúde e a vida.

Outrossim, acho válido, se o sistema de saúde não está sendo perfeitamente atendido e é mal administrado por falta de recursos financeiros, que o juiz ordene a aplicação de recursos de outras áreas de menor importância (ex.: festas populares) para a saúde. Acredito, ainda, que a previsão orçamentária é instrumento para uma administração pública transparente e honesta, não devendo tal formalismo obstar a materialização de um direito social tão importante como é o caso da saúde.

O mesmo ocorre com o princípio da separação de poderes, pois este surge com a intenção de equilibrar os três poderes sendo ferramenta para assegurar a aplicação das normas constitucionais e dessa forma garantir também a aplicação dos direitos fundamentais. Não pode tal princípio trabalhar contra sua própria essência, qual seja a de colaborar com a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde. Ademais, a discricionariedade administrativa não pode ser um óbice a concretização de tal direito, o Judiciário não deve “fechar os olhos” para as más escolhas dos administradores públicos.

Observa-se ainda que nenhum ente federado invoca para si a responsabilidade de implementar políticas públicas relacionadas à saúde. Ao contrário, quando acionados judicialmente buscam “empurrar” uns para os outros essa responsabilidade. Bem fez o constituinte que devido a importância do tema determinou que a responsabilidade de proteger o direito à saúde é solidária de todos os entes, ou seja, não há desculpas para as omissões do Poder Público.

Sabe-se que a atuação judicial traz efeitos positivos para coletividade, porém essa intervenção não se dá de forma perfeita, trazendo também efeitos negativos. O que deve ser feito é maximizar os efeitos positivos dessas decisões, bem como arranjar mecanismos para anular os efeitos negativos decorrentes delas.

Dessa forma, pode-se afirmar que o efeito positivo da atuação judicial é a própria materialização do direito à saúde, colocando o bem-estar do ser humano como principal objetivo do Estado. O maior cuidado que os julgadores passam a ter com pessoas enfermas parece despertar a atenção dos governantes, fazendo com que eles mesmos passem a buscar a melhoria do sistema de saúde.

Ocorre que não há simplicidade quando nos referimos a esse tema. Inúmeros desafios devem ser enfrentados pelos juízes, que atentos à situação escolhem a melhor maneira de se garantir tal direito sem onerar excessivamente o Poder Público. Assim, quando afirma existir a possibilidade de substituição do tratamento por outro de igual eficácia, porém menos oneroso ao Estado, o juiz dá alternativas que este possa cumprir sua obrigação sem causar maiores prejuízos a suas finanças.

Além disso, defende-se aqui a criação de comissões técnicas formadas por profissionais de saúde para auxiliar a tomada de decisão do julgador, que por não ter conhecimento especializado na área de saúde acaba, muitas vezes, se “curvando” a vontade das partes e de seus advogados sem saber se a ordem judicial proferida foi a melhor solução ao caso concreto.

Lembre-se, o Judiciário só deve ser procurado como última alternativa para garantir um direito fundamental, logo, acredita-se que uma parceria entre as Defensorias Públicas e as Secretarias de Saúde poderia reduzir o excesso de judicialização da saúde, sem reduzir, no entanto, a garantia desse direito. Quando procurada, a Defensoria poderia encaminhar o pedido da prestação à Secretaria de Saúde no intuito de resolver o conflito extrajudicialmente. O ingresso com a

demanda no Judiciário ocorreria se a Secretaria negasse o pedido, dessa forma, espera-se que o número de demandas relacionadas a saúde diminua.

Ressalte-se também que por existir limitações financeiras para executar certas ações de saúde, deve-se priorizar algumas – as preventivas, por exemplo – no sentido de alcançar toda população e nos casos das prestações de saúde excessivamente onerosas, deve o juiz com cautela determinar que a parte apresente a sua impossibilidade de arcar com o tratamento de saúde.

Na verdade, o correto seria que o Poder Público atendesse as necessidades de todos quando o assunto é saúde, entretanto não é o que acontece nos dias de hoje. Se o Estado muitas vezes se furta de fornecer os mais básicos serviços de saúde a uma população, alegando falta de recursos financeiros e de profissionais na área, o que falar então das prestações mais caras? Não se defende aqui a negativa da concretização do direito à saúde, porém devido as limitações que hoje enfrentamos, deve o Estado priorizar a atenção aos mais necessitados, àqueles que não possuem nenhuma outra alternativa ou esperança que não seja apelar para boa vontade dos governantes. Dessa forma, busca-se aplicar a igualdade material, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, isto é, igualar desigualando, fornecendo oportunidades àqueles que jamais as tiveram.

Conclui-se que a judicialização é instrumento essencial para concretização do direito à saúde frente às omissões do Poder Público, sendo o Poder Judiciário órgão de proteção à Constituição Federal. Em outras palavras, a intervenção do Judiciário gera externalidade positiva na proteção do direito à saúde, tendo em vista que torna-se muitas vezes última alternativa para revitalizar tal direito.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a história: história geral e história do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2003.

BANCO Mundial reprova hospitais brasileiros por ineficiência e má gestão. **O Globo**. Disponível em: <<http://www.inovarh.ufba.br/noticias/121>>. Acesso em: 07 jan 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 27 ago 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social. Gênese. Estrutura e aplicação de um conceito. **Direito & Justiça-Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS**, vol. 18. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em: 26 dez 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 ago 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 8080/1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 03 jan 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8142/1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)>. Acesso em: 03 jan 2014.

BRASIL deve recuperar posto de 6ª maior economia em 2013, mostra FMI. **G1 Economia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/04/brasil-deve-recuperar-posto-de-6-maior-economia-em-2013-mostra-fmi.html>>. Acesso em: 07 jan 2014.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Amiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *In Revista da Defensoria do Estado de São Paulo*. Vol 1. 2008. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdesp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumentos%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C\\_kQeTtIDACQ&usq=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdesp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumentos%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKUrPGE5C_kQeTtIDACQ&usq=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ)>. Acesso em: 04 fev 2014.

CORRUPÇÃO no Brasil custa até R\$ 69,1 bilhões por ano. **Brasil Econômico**. Disponível em: <[http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano\\_82676.html](http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.html)>. Acesso em: 07 jan 2014

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR., Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DECRETO de calamidade chega ao fim, mas caos na saúde de Natal continua. **Bom Dia Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/01/decreto-de-calamidade-chega-ao-fim-mas-caos-na-saude-de-natal-continua.html>>. Acesso em: 04 fev 2014.

DESAFIOS brasileiros: carga tributária. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>>. Acesso em: 07 jan 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUIZ manda prefeitura de João Pessoa parar de pagar publicidade e festas. **G1 Paraíba**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2014/02/juiz-manda-prefeitura-de-joao-pessoa-parar-de-pagar-publicidade-e-festas.html>>. Acesso em: 15 fev 2014.

JUIZ suspende publicidade oficial e dá dinheiro à saúde. Disponível em: <<http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/07/31/juiz-suspende-publicidade-oficial-e-da-dinheiro-a-saude/>>. Acesso em: 10 jan 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

\_\_\_\_\_. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2013.

LIXÕES devem ser extintos até 2014 nos municípios. Disponível em: <<http://alpb.jusbrasil.com.br/noticias/2891235/lixoes-devem-ser-extintos-ate-2014-nos-municipios>>. Acesso em: 25 jan 2014.

MAGALHÃES, Marina. Resquícios do lixão. **Jornal da Paraíba**. Disponível em: <[http://www.espacoecologicoanoar.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=8813&Itemid=1](http://www.espacoecologicoanoar.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=8813&Itemid=1)>. Acesso em: 25 jan 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição Da Organização Mundial Da Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS->

Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 02 jan 2014.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In Revista da Defensoria do Estado de São Paulo*. Vol 1. 2008. Disponível em: < [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumentos%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKURPGE5C\\_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumentos%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKURPGE5C_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ)>. Acesso em: 04 fev 2014.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In Revista da Defensoria do Estado de São Paulo*. Vol 1. 2008. Disponível em: < [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumentos%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKURPGE5C\\_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpsp%2Frepositorio%2F20%2Fdocumentos%2Foutros%2FRevista%2520n%25C2%25BA%25201%2520Volume%25201.pdf&ei=C-vKURPGE5C_kQeTtIDACQ&usg=AFQjCNFkdj0-sjbVpg-iPUzfnSmmswltPQ)>. Acesso em: 04 fev 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 429.570/GO**. Rel. Min. Eliana Calmon. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=429570&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 20 jan 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 1458/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281458%2ENUME%2E+OU+1458%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dx3qsrn>>. Acesso em: 26 jan de 2014.

\_\_\_\_\_. **Agravo regimental do recurso extraordinário 271286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS>>



/Detalhe.aspx?id=145023&p=direito e saúde e substituição e medicamento>. Acesso em: 10 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo 20020110206063001**. Relator: Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 2013. Disponível em: < <http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detalhe.aspx?id=142926&p=direito e saúde e substituição e medicamento>>. Acesso em: 10 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo 00120120077050001**. Relator: Des. João Alves da Silva. Órgão julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: < <http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detalhe.aspx?id=200934&p=direito e saúde e medicamento e perícia>>. Acesso em: 10 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo 20020120902693002**. Relator: Des. José Ricardo Porto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: < <http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detalhe.aspx?id=200801&p=direito e saúde e bloqueio e valores e medicamentos>>. Acesso em: 10 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo 20020110281140001**. Relator: Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. João Pessoa, 2013. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/>>. Acesso em: 10 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo 00120120058035001**. Relator: Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. João Pessoa, 2013. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/>>. Acesso em: 10 fev 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Agravo de instrumento nº 2013.017525-9**. Relator: Des. Cláudio Santos. Natal, 2013. Disponível em: < <http://www.tjrn.jus.br/comunicacao/noticias/4324-decisao-determina-realizacao-de-cirurgia-e-restabelece-propaganda-do-governo> >. Acesso em: 11 jan 2014.

\_\_\_\_\_. **Juiz suspende imediatamente todos os serviços de propaganda/publicidade do Estado**. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/comunicacao/noticias/3492-juiz-suspende-imediatamente-todos-os-servicos-de-propagandapublicidade-do-estado>>. Acesso em: 10 jan 2014.

Anexo A – Decisão monocrática sobre o direito à saúde proferida no TJPB.



ESTADO DA PARAÍBA  
PODER JUDICIÁRIO  
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

**DECISÃO TERMINATIVA**

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL Nº 200.2011.028114-0/001 – 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital**

**Relator** : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides  
**Apelante** : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Paulo Barbosa de Almeida Filho  
**Apelado** : Jean Bento de Sousa  
**Advogada** : Sandra Regina Pires  
**Remetente** : Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital

**AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA — FORNECIMENTO DE FRALDAS, MEDICAMENTOS E ALIMENTOS — OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO — PROCEDÊNCIA DO PEDIDO — IRRESIGNAÇÃO — CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO — REJEIÇÃO — VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL — IRRELEVÂNCIA — DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE — ART. 196 DA CARTA MAGNA — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA — SEGUIMENTO NEGADO À APELAÇÃO E À REMESSA.**

— ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - Remessa Oficial - Fornecimento de medicamento - Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam - Rejeitada - Portadora de CID Z-35 Gravidez de Alto Risco -Necessidade regular do medicamento CLEXANE 40mg para manter a gravidez -Medicamento de alto custo - Paciente sem condições financeiras - Direito à Vida e à Saúde - Dever do Estado Município -Garantia Constitucional - Manutenção da sentença a quo - Desprovisão da remessa oficial. - É obrigação do Estado UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves RESP 656979/RS, Relator Ministro Castro Meira, 2 Turma, DJU 07/03/2005, p. 230. (TJPB - 001.2008.023536-7/001 - Rel.Des. Genésio Gomes Pereira Filho - Terceira Câmara Cível - 24/04/2010)

**Vistos etc.**

Trata-se de Remessa Necessária e Apelação Cível interposta pelo Estado da Paraíba, em razão da sentença de fls.37/43, proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Antecipação de Tutela proposta por **Jean Bento de Sousa**, que julgou procedente o pedido inicial para confirmar a tutela antecipada e determinar que o promovido forneça o alimento, as fraldas e medicamentos prescritos pelo profissional médico que acompanha o tratamento.

Irresignado, o Estado da Paraíba interpôs apelação cível às fls.46/56, sustentando o chamamento ao processo da União e do Município de João Pessoa. No mérito, alega

que foi violado o princípio do devido processo legal, pois o juiz julgou antecipadamente a lide, sem consultar as partes acerca da intenção de produzir provas.

Não foi apresentada contrarrazões (fls. 61/62).

Em parecer de fls. 68/81, a Procuradoria de Justiça opinou pelo total desprovimento dos recursos.

**É o relatório.**

**Decido.**

Cuida-se de **Apelação Cível** interposta pelo promovido e **Remessa Oficial** oriunda de Sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital que julgou procedente o pedido autoral, confirmando a tutela antecipada e determinando que o Secretário de Saúde do Estado da Paraíba forneça o medicamento necessário para seu tratamento de saúde, sob pena de aplicação de multa de responsabilidade pessoal no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais)/dia. Condenou ainda, o promovido em honorários advocatícios os quais fixou em R\$ 1.000,00 (hum mil reais).



**Chamamento ao processo da União e do Município de João Pessoa**

O Estado da Paraíba suscita a possibilidade do chamamento ao processo da União e do Município, sendo a Justiça Estadual incompetente para realizar esse chamamento.

No entanto, como se sabe, o SUS é composto pela União, Estados e Municípios. Embora tal premissa soe um tanto simplória, a sua observação se mostra de grande valia, pois nos conduz à conclusão de que a referida tríade federativa conforma a ideia de solidariedade diante da obrigação de materializar o fornecimento de medicamentos indispensáveis à manutenção da integridade física do cidadão, sobretudo daqueles que possuem maiores necessidades, não havendo, pois, a necessidade de chamar ao processo a União e/ou o Município de João Pessoa.

Sendo assim, **diante da responsabilidade solidária, a parte pode pleitear de qualquer dos entes o tratamento de que necessita, irrelevante, portanto o pedido do chamamento ao processo dos outros entes federativos (União e Município). Nesse sentido:**

**ADMINISTRATIVO – REPERCUSSÃO GERAL – DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – DEVER DO ESTADO – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.**

1. "Conforme orientação firmada na QO no REsp 1.002.932/SP, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça não precisa paralisar a análise de matéria que vem sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral." (AgRg no Ag 907820/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15.4.2010, Dje 5.5.2010).

2. A Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece que é dever do Poder Público, sem distinção de esfera administrativa, fornecer remédios ou tratamentos essenciais à vida.

3. Ademais, o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população.

Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no Resp 1121659/PR – Rel.Min. Humberto Martins – Segunda Turma – Dje 01.07.2010).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.  
 2. O acórdão a quo determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação.  
 3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.

4. Agravo regimental não-provido. (STJ – AgRg no Ag 858899/RS – Rel. José Delgado – Primeira Turma – 30/08/2007).

Esta Corte assim vem decidindo acerca da ilegitimidade:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - - Remessa Oficial - Fornecimento de medicamento - Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam - Rejeitada - Portadora de CID Z-35 Gravidez de Alto Risco -Necessidade regular do medicamento CLEXANE 40mg para manter a gravidez -Medicamento de alto custo - Paciente sem condições financeiras - Direito à Vida e à Saúde - Dever do Estado Município -Garantia Constitucional - Manutenção da sentença a quo - Desprovimento da remessa oficial. - É obrigação do Estado UNLÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves RESP 656979/RS, Relator Ministro Castro Meira, 2 Turma, DJU 07/03/2005, p. 230. (TJPB – 001.2008.023536-7/001 – Rel. Des. Genésio Gomes Pereira Filho – Terceira Câmara Cível – 24/04/2010).

Sendo assim, rejeito a preliminar aventada.

### Mérito

No caso em exame, o apelado, portador de "*Sequela de Paralisia Cerebral por Icterícia grave (Kernicterus) CID-10: G80; H50.9*", busca obter o suplemento alimentar Nutri Enteral Soya Fiber (fls.59/60) para o tratamento da sua doença, além de fraldas e medicamentos (fls.03/04).

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial, para confirmar a tutela antecipada e determinar que o promovido forneça o suplemento alimentar requerido sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Quando a Constituição Federal reza que "**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" (art. 196), não está emitindo uma recomendação moral ou meramente ética.

Como um subtipo de direito social de segunda geração (ou dimensão), o

direito à saúde possui um sentido material, com o matiz teleológico de realizar o princípio da justiça social. Revela, ainda, uma dimensão positiva, vez que cuida de propiciar o que CELSO LAFER (em “*A Reconstrução dos Direitos Humanos*”, 1991, p. 127) chama de “direito de participar do bem-estar social”.

Como bem observa INGO WOLFGANG SARLET (“*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, 2005, 5ª ed., p. 56), o reconhecimento dos direitos sociais (de segunda geração) pelas diversas Constituições das nações revela “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.

Consigne-se que é cada vez mais evidente a necessidade de uma releitura da Constituição a partir de uma visão material (teoria material da Constituição), desapegada ao rigor formal do positivismo jurídico kelseniano e associada às novas tendências do neoconstitucionalismo. Este reflexo, por sua vez, implica justamente em rever certas concepções, notadamente quando se está diante de caso em que, em última instância, acaba por negar vigência a um determinado direito fundamental.

Por outro lado, afigura-se necessário socorrer-se do princípio da proporcionalidade para, mediante a técnica da ponderação de interesses, aferir-se qual o princípio que prepondera à luz da teoria constitucional para fins de formar juízo decisório seguro sobre a pretensão recursal. Segundo TEORI ALBINO ZAVASCKI, o postulado da proporcionalidade abrange os seguintes aspectos ou subprincípios: necessidade, adequação, menor restrição possível e salva guarda do núcleo essencial.

*In casu*, salta à evidência que a medida adotada pelo Juízo *a quo* afigura-se adequada para fins de resguardar o núcleo essencial do direito à saúde, dignidade e vida do mesmo; por fim, entendo que a medida é a menos restritiva da liberdade de conformação da Administração Pública, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Nesse sentido, cite-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:



PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. CÂNCER. DIGNIDADE HUMANA. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Precedentes: RMS 17449/MG DJ 13.02.2006; RMS 17425/MG, DJ 22.11.2004; RMS 13452/MG, DJ 07.10.2002. 2. *In casu*, a impetrante demonstrou necessitar de medicamento para tratamento de câncer, nos termos do atestado médico acostado às fls. 11, o qual prescreve uso interno de Agrilyb. 3. Extrai-se do parecer ministerial de fls. 146, *litteris*: ainda que não tenha havido recusa formal ao fornecimento do medicamento pela autoridade impetrada, o cunho impositivo da norma insculpida no art. 196, da Carta Magna, aliado ao caráter de urgência e à efetiva distribuição da droga pela Secretaria de Saúde, determinam a obrigatoriedade do fornecimento, pelo Estado do Paraná, da medicação requerida. 4. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico. Precedente: RMS 17903/MG Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ 20.09.2004. 5. Recurso ordinário provido. (RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 20335; DJ DATA:07/05/2007; Rel.Min. LUIZ FUX)

De outra feita, o **Supremo Tribunal Federal**, sob a relatoria do Eminentíssimo Ministro **CELSO DE MELLO**, já entendeu que a interpretação de norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional, e que a distribuição gratuita, a pessoas carentes, de medicamentos essenciais à preservação de sua vida e saúde, significa um dever constitucional que o Estado *lato sensu* não pode se furtar de cumprir:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVÍDO. DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz hem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Além disso, o apelante alegou em suas razões que foi ferido o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, pois o juiz *a quo* sustentou a desnecessidade de dilação probatória, julgando antecipadamente a lide, sem sequer consultar as partes acerca da intenção de produzir provas.

O devido processo legal possui a vertente processual e material. A vertente processual refere-se ao regular trâmite do processo como condição para restrição de direitos, enquanto que a material prima que as decisões sejam justas, equilibradas, adequadas e necessárias.

Já o princípio da ampla defesa garante que a parte possa se defender de uma imputação que lhe é feita, apresentando assim as provas necessárias (CUNHA, Curso de Direito Constitucional, 2010).

Salta a evidência que ao juiz é concedido conhecer diretamente do pedido, julgando antecipadamente a lide, quando não houver necessidade de produzir prova em audiência (art. 330 do CPC). Ocorre que neste caso os documentos trazidos pela parte autora são mais do que suficientes para provar o fato, não havendo nenhuma violação ao devido processo legal, nem mesmo a ampla defesa.

O Estado da Paraíba suscita ainda a possibilidade de substituição do tratamento médico pleiteado por outro já disponibilizado pelo ente público, desde que com igual eficácia. Porém, pelas provas acostadas aos autos, observa-se que a saúde do apelado é bastante frágil não podendo fazer uso de qualquer suplemento alimentar. Não se pode ignorar que o alimento similar fornecido pelo Estado inicialmente, não estava sendo eficaz para o apelado, inclusive causando efeitos colaterais prejudiciais a sua saúde.

Da mesma forma, até o suplemento alimentar indicado anteriormente pelo médico (Nutranon 1.2 Soy) deve ser substituído por um novo (Nutri Enteral Soya Fiber), visto que o anterior estava causando refluxo gastro-esofágico e perda de peso, agravando ainda mais a situação do apelado (fls. 59). Sendo assim, a substituição do produto por outro similar pode causar prejuízos a saúde do apelado, não devendo ser feita.

Pelo exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, **NEGO SEGUIMENTO** a ambos os recursos, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos.

**Publique-se. Intime-se.**

João Pessoa, 19 de fevereiro de 2013.

*Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides*  
*Relator*

Anexo B – Acórdão sobre direito à saúde proferido no TJPB.

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001



ESTADO DA PARAÍBA  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Gabinete do Desembargador  
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

### Acórdão

**Agravo Interno** nº. 001.2012.005.803-5/001

**Relator:** Desembargador: Marcos Cavalcanti de Albuquerque

**Agravante:** Estado da Paraíba – Procurador Gustavo Nunes Mesquita.

**Agravado:** Maria Estelina Barbosa Mendes – ADV.: José Alípio Bezerra de Melo.

**EMENTA:** AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS/ TRATAMENTO MÉDICO.

PRELIMINAR. **substituição do tratamento/medicamento por outro disponibilizado pelo Estado.** Rejeição.

-O Estado da Paraíba, não tem interesse de agir quanto a esta preliminar, haja vista que a liminar às fls. 13/14 e a sentença (às fls. 64/68) obriga o Estado a fornecer o medicamento LIBIBLOCK 120 ou outro equivalente com o mesmo princípio ativo. Dessa forma, sua insurgência quanto a esse ponto é desnecessária.

PRELIMINAR. **Ilegitimidade Passiva do Estado.** Alegação de competência do gestor Municipal do SUS. Impossibilidade. Responsabilidade solidária dos entes da Federação. Rejeição.

-O autor não é obrigado a pleitear a todos os entes da federação, podendo se dirigir apenas a um deles, o que mais lhe convier, considerando ainda a urgência em receber o medicamento.

*Marcos Cavalcanti de Albuquerque*  
Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

MÉRITO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA E DO SEU ALTO CUSTO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

- Segundo entendimento dos nossos Tribunais Superiores, o direito à vida e à saúde engloba o mínimo existencial para uma vida digna. Por esta razão, deve ser prestado pelo Estado o medicamento ou tratamento necessário ao restabelecimento da saúde de seus cidadãos, não se podendo opor a cláusula da reserva do possível.

- Alega ainda que houve cerceamento de defesa pela falta de oportunidade de um médico do SUS avaliar o quadro clínico da paciente. Todavia, devidamente intimado para falar se tinha intenção em produzir provas, nada acrescentou, requerendo o julgamento antecipado da lide. Conforme sua própria petição às (fls. 55) dos autos, razão pela qual não acolho a presente preliminar.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em REJEITAR as preliminares. No mérito, por igual votação, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

### RELATÓRIO

Trata-se de **Agravo Interno** interposto pelo **Estado da Paraíba** hostilizando decisão monocrática de fls. 116/124 que negou seguimento a Apelação e a Remessa Oficial, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, em razão da jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores sobre a responsabilidade dos entes públicos fornecerem medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde dos administrados.

  
Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

Insatisfeito, o recorrente interpôs o presente Agravo Interno (fls. 127/136) suscitando, preliminarmente, a possibilidade de substituição do tratamento médico pleiteado por outro já disponibilizado pelo Estado, não atentando que todas decisões facultaram-lhe a substituição do medicamento por outro equivalente. Ainda em sede de preliminar, suscitou a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que o STJ teria modificado o seu entendimento, passando a prever que a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento seria do Município.

No mérito, afirma a inexistência de prova inequívoca que demonstre o alto custo do tratamento pleiteado, a falta de análise do quadro clínico da agravada, cerceamento de defesa por falta de intimação para julgamento antecipado da lide. Pede, ao final, o provimento do presente recurso, a fim de reformar a decisão monocrática vergastada.

É o relatório.

#### **V O T O**

#### **1ª PRELIMINAR: Substituição do tratamento por outro disponibilizado pelo Estado.**

O Estado da Paraíba suscita, preliminarmente, a substituição do tratamento médico pleiteado pelo agravado por outro que já seja disponibilizado nas redes públicas de saúde e tenha custo mais acessível.

A liminar às fls. 13/14 e a sentença (às fls. 64/68) obrigam o Estado a fornecer o medicamento LIBIBLOCK 120 ou outro equivalente com o mesmo princípio ativo. A decisão monocrática ora vergastada, apenas confirmou a sentença por todos os seus termos, motivo pelo qual, sua insurgência quanto a esse ponto é desnecessária, faltando-lhe interesse de agir.

Ante o exposto, **rejeito a preliminar suscitada.**

#### **2ª PRELIMINAR: Ilegitimidade Passiva *ad causam***

O Estado da Paraíba suscitou, em sede preliminar, a sua



Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

exclusão do pólo passivo da demanda uma vez que não seria ele o responsável pelo fornecimento dos medicamentos pretendidos pela apelada.

Entretanto, reza o art. 196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo este o sentido de Poder Público, sendo obrigados os entes federativos. Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão obrigados solidariamente a garantir a saúde da população carente.

Ademais, ao instituir o Sistema Único de Saúde, o art. 198 da Constituição Federal instituiu uma forma de competência concorrente das entidades políticas da Federação.

Nestes termos, **rejeito essa preliminar**, para declarar o Estado da Paraíba como parte legítima para figurar no pólo passivo do presente processo.

### **MÉRITO**

A pretensão do agravante é reformar a decisão monocrática que negou seguimento à Apelação e à Remessa Oficial.

Alega em síntese que não houve atenção ao Princípio da Cooperação e o Devido Processo Legal pela suposta falta de intimação quanto ao julgamento antecipado da lide.

Compulsando os autos, mostra-se que às (fls. 46) a parte foi devidamente intimada para falar se queria produzir provas em audiência e às fls. 55 o agravante informa que não tem mais provas a produzir, além de requerer o julgamento antecipado da lide. Dessa forma, tal argumento sobre falha do devido processo legal não tem como prosperar.

Alega ainda que houve cerceamento de defesa pela falta de oportunidade de um médico do SUS avaliar o quadro clínico da paciente, todavia, o fundamento é igual ao tópico anterior, sua oportunidade foi oferecida e o mesmo a dispensou. Conforme sua própria petição às (fls. 55) dos autos.

  
Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

Alega ainda que a agravada deveria provar o alto custo do medicamento e que o tratamento do Estado é ineficaz, valendo-se o juiz apenas de prova da receita médica emitida por médico particular. Todas as alegações são questionamentos sobre provas, onde a parte teve seu momento e não usufruiu, peticionando, inclusive, requerendo o julgamento antecipado da lide pela matéria ser de direito.

Adentrando no cerne da questão, vê-se, pela leitura dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, que é dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito a saúde, o qual é tido por Fundamental.

As medidas necessárias para a conservação da saúde são um direito natural, inalienável, irrenunciável e impostergável, compondo-se um dos aspectos indispensáveis para a dignidade da pessoa humana, a qual constitui objetivos fundamentais estatuidos na nossa Carta Política.

Compete ao Estado zelar pelo respeito ao direito à vida e à saúde, direitos esses constitucionalmente assegurados, cabendo-lhe, inclusive, e para o desempenho dessa tarefa, o fornecimento de remédios e tratamento adequado àqueles portadores de doenças crônicas, como forma de assegurar seu bem estar.

É o que dispõe a Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196:

*"Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."*

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



Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

O Estado tem, portanto, obrigação de fornecer medicamentos e tratamentos de forma gratuita aos mais carentes. Não o fazendo, fere o disposto nas normas supramencionadas.

A propósito, O Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição, de igual forma se posiciona. Vejamos:

"O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz 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 idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, [...]" (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, DJ de 24-11-00)

O Pretório Excelso assim se manifestou:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento." AI-AgR

  
Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

632670 / RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG.NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. EROS  
GRAU. Julgamento:12/06/2007. Órgão Julgador:  
Segunda Turma. Publicação: DJ 29-06-2007.

Além disso, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o direito à saúde deve ser visto como garantia do mínimo existencial, de modo que a sua violação afetaria o princípio constitucional maior da dignidade da pessoa humana. Desta forma, não se mostra correta a oposição do princípio da reserva do possível frente àquilo que é considerado como mínimo existencial. Vejamos o seguinte precedente:

"ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

  
Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Ellana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005)." (grifos nossos) (STJ, AgRg no Resp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

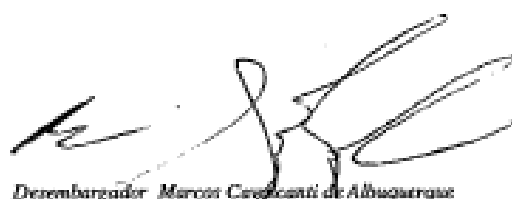
A Fazenda Pública Estadual, por outro lado, não obstante suas alegações, não comprova a impossibilidade de fornecer os medicamentos e tratamento de imediato. A mera alegação de que se tratam de remédios de "alto custo" não caracteriza extrapolação das dotações orçamentárias.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO**, mantendo a decisão monocrática de fls. 116/124 em todos os seus termos.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Marcos Cavalcanti de Albuquerque – Relator, Maria das Neves do Egito A D Ferreira e Abraham Lincoln da Cunha Ramos.

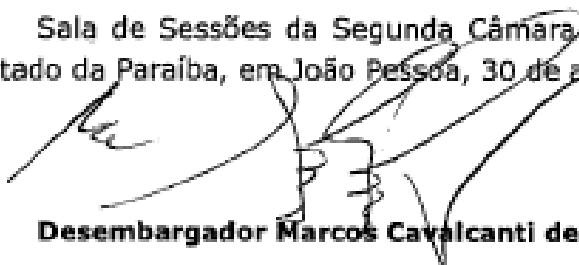
Presente ao julgamento a Excelentíssima Senhora Doutora Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.



Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Agravo Interno nº. 001.2012.005.803-5/001

Sala de Sessões da Segunda Câmara Cível do Tribunal  
de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 30 de abril de 2013.



**Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque**

**R e l a t o r**

GBF