

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA OMISSÃO ESTATAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.**

**THE INTERVENTION OF THE JUDICIAL POWER BEFORE THE STATE OMISSION IN THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO HEALTH: THE JUDICIALIZATION OF HEALTH.**

**LA INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL ANTE EL ESTADO OMISIÓN EN LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD: LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD**

Vanessa Castro<sup>1</sup>  <https://orcid.org/0000-0002-4623-6938>

Márcia Beatriz Santos<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Subcoordenadora de Educação Permanente em Saúde da Regional de Saúde Pireneus do Estado de Goiás, Brasil

<sup>2</sup> Faculdade Fibra, Anápolis, Brasil

Vanessa Castro - [vanessa.assistente@gmail.com](mailto:vanessa.assistente@gmail.com) | Márcia Beatriz Santos - [mbmarciabeatriz@gmail.com](mailto:mbmarciabeatriz@gmail.com)



**Autor Correspondente**

*Vanessa Carvalho Barros de Castro*

Avenida Maranhão Qd. 67 Lt. 12

Residencial Solar do Bosque Apto. 1901 Setor Jundiá

Anápolis - Goiás – Brasil

[vanessa.assistente@gmail.com](mailto:vanessa.assistente@gmail.com)

RECEBIDO: 02 de novembro de 2020

ACEITE: 21 de fevereiro de 2021

## RESUMO

**Introdução:** Este artigo ressalta a Intervenção do Poder Judiciário diante da omissão estatal na garantia do direito à saúde: a judicialização da saúde, é o tema do presente artigo, resultante de pesquisa explicativa crítico dialética aplicada na saúde pública brasileira.

**Objetivos:** O objetivo geral visa avaliar a importância e a eficácia da tutela de urgência na garantia do direito à saúde; Identificar as causas que levam à omissão estatal na garantia do direito à saúde; Analisar de forma crítica a judicialização da saúde; Desmistificar a função do Poder Judiciário diante da inércia dos entes federados; Relacionar a teoria material com a prática, com o intuito de apresentar essa dicotomia e propor que a mesma ser superada.

**Métodos:** Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, indutiva – dedutiva, com o intuito de demonstrar os requisitos de concessão da tutela provisória, sua importância no cenário da política de saúde, além de analisar de forma crítica a judicialização da saúde no Estado de Goiás.

**Resultados:** A judicialização ainda é problema que precisa ser revisto, entre os três poderes, já que as atitudes adversas em relação às concessões de medicamentos estão sendo inconstitucionais, uma vez que a própria Constituição traz na letra da lei as competências de cada poder, e neste contexto o que estamos vivenciando ao longo dos anos é exatamente uma inversão de papéis, uma vez que a responsabilidade de execução do serviço e do medicamento é do poder executivo, sendo que o judiciário muitas vezes deixa de exercer seu papel para fazer o papel do poder executivo.

**Conclusão:** O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana estão intimamente ligados, visto que na falta de um, não há possibilidade de exercer os outros. Neste contexto e para finalizar esta análise, de acordo com as fontes do direito, é preciso definir de forma precisa o que tem mais força junto ao ordenamento jurídico: princípios, as leis, as jurisprudências, os costumes.

**Palavras-chave:** saúde; judicialização; omissão estatal; direitos

## ABSTRACT

**Introduction:** This article highlights the Intervention of the Judiciary Power in the face of state omission in guaranteeing the right to health: the judicialization of health, is the theme of this article, resulting from critical dialectical explanatory research applied in Brazilian public health.

**Objectives:** To evaluate the importance and effectiveness of urgent protection in guaranteeing the right to health; To identify the causes that lead to state omission in guaranteeing the right to health; Critically analyzing the judicialization of health; Demystifying the role of the Judiciary in the face of the inertia of federated entities; To relate material theory with practice, in order to present this dichotomy and overcome it.

**Methods:** This is a bibliographic, inductive - deductive research, in order to demonstrate the requirements for granting provisional guardianship, its importance in the health policy scenario, in addition to critically analyzing the judicialization of health in the State of Goiás.

**Results:** Judicialization is still a problem that needs to be reviewed, among the three branches of government, since adverse attitudes towards drug concessions are being unconstitutional, since the Constitution itself provides the powers of each power in the letter of the law, and In this context, what we are experiencing over the years is exactly a reversal of roles, since the responsibility for executing the service and the medication lies with the executive, and the judiciary often fails to exercise its role to play the role of executive power.

**Conclusion:** The right to life, health and the dignity of the human person are closely linked, since in the absence of one, there is no possibility of exercising the others. In this context and to conclude this analysis, according to the sources of the law, it is necessary to define precisely what has more strength in the legal system: principles, laws, jurisprudence, customs.

**Keywords:** health; judicialization; state omission; rights

## RESUMEN

**Introducción:** Este artículo destaca la Intervención del Poder Judicial ante la falta de garantía estatal del derecho a la salud: la judicialización de la salud, es el tema de este artículo, resultado de una investigación dialéctica crítica explicativa aplicada a la salud pública brasileña.

**Objetivos:** Evaluar la importancia y efectividad de la protección urgente en la garantía del derecho a la salud; Identificar las causas que llevan a la omisión estatal en la garantía del derecho a la salud; Analizar críticamente la judicialización de la salud; Desmitificar la función de el Poder Judicial ante la inercia de las entidades federativas; Relacionar la teoría material con la práctica, para presentar esta dicotomía y proponer que sea superada.

**Métodos:** Se trata de una investigación bibliográfica, inductivo - deductiva, con el fin de demostrar los requisitos para el otorgamiento de la tutela provisional, su importancia en el escenario de la política de salud, además de analizar críticamente la judicialización de la salud en el Estado de Goiás.

**Resultados:** La judicialización sigue siendo un problema que debe ser revisado, entre los tres poderes de gobierno, ya que las actitudes adversas hacia las concesiones de drogas están siendo inconstitucionales, ya que la propia Constitución establece las competencias de cada poder en la letra de la ley, y en este En este contexto, lo que estamos viviendo a lo largo de los años es exactamente una inversión de roles, ya que la responsabilidad de ejecutar el servicio y la medicación recae en el ejecutivo, y el Poder Judicial muchas veces falla en ejercer su rol de poder ejecutivo.

**Conclusión:** El derecho a la vida, la salud y la dignidad de la persona humana están íntimamente ligados, ya que en ausencia de uno no hay posibilidad de ejercer los demás. En este contexto y para concluir este análisis, según las fuentes del derecho, es necesario definir con precisión qué tiene más fuerza en el ordenamiento jurídico: principios, leyes, jurisprudencia, costumbres.

**Palabras clave:** salud; judicialización; omisión del estado; derechos

## 1. SAÚDE COMO DIREITO

A Carta Magna de 1988 foi um marco significativo na garantia dos direitos fundamentais de sobrevivência do ser humano, foi através dela que houve a redemocratização do regime administrativo do Brasil, além de trazer a institucionalização dos direitos à Seguridade Social, conforme prevê o art. 193 à 204 da CF/1988.

A abordagem realizada neste artigo é exatamente compreendida no art. 196 da CF, que prevê:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Em razão disso, deve haver competência solidária dos entes para a garantia do direito a saúde, ou seja, cabe as estes fornecerem o que for necessário para a saúde e bem-estar do indivíduo, conforme prevê a Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, que estabeleceu a obrigatoriedade da aplicação, anualmente, de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde. (BONTEMPO, 2005)

O direito a saúde possui dupla funcionalidade, de proteção e de direito positivo, a primeira concerne a proteção do Estado junto a integridade do indivíduo, do próprio ser humano e o segundo quanto ao Estado da realização de políticas públicas buscando sua efetivação e lembrando que ambos demandam recursos para sua garantia.

Partindo disso, mediante a falta de ação do Estado para garantir o direito à saúde, observa-se que por estes feitos, podemos ter sinais de avisos apontando para um colapso social, como já se verificou na história, provocado por um grande enfraquecimento da garantia dos Direitos Sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Um Estado forte se constrói com a participação cidadã, aquele que em sua formação, aprendeu a respeitar e exigir seus direitos estabelecidos no direito material, através da intervenção judicial quando necessário. Essa formação para exigir dos entes federados o direito violado, é cultural e necessita ser fortalecida pela comunidade, visto que não estaremos violando nenhum princípio legal, ou invadindo um âmbito alheio ao direito; na verdade exercendo a função cidadã, estaremos construindo uma sociedade mais justa, igualitária e com acesso aos direitos previstos nas legislações brasileiras.

Para o Ministro (Min.) Celso de Mello, o direito social à saúde se caracteriza como direito subjetivo inalienável, tornando-se indispensável para a vida humana: 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 e art. 196 da CF), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entende uma vez configurado esse dilema que as razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (Agravado Regimento no Recurso Extraordinário n393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado em 02/02/2007).

Destarte, denota-se que no momento vivenciado atualmente não se trata de discutir as declarações dos direitos, ou a legislação que ampara os direitos humanos, mas acima de tudo a sua efetivação de forma concreta a todos que deles necessitam ou seja, toda população brasileira.

Nesse sentido é necessária a utilização de mecanismos legais para a intervenção junto ao poder executivo para o cumprimento de seu dever legal, através da tutela provisória, preenchidos os seguintes requisitos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, que serão abordados no presente artigo.

### 1.1. O Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores

O Sistema Único de Saúde (SUS) nasce na década de 80, aclamado e reivindicado pela sociedade através de movimentos que cobravam uma reforma sanitária. Em que pese, o SUS surge para integrar e organizar as ações da política de saúde nas três esferas de governo.

Regulamentado pela lei n. 8.080/90, essa tem por finalidade prever um conjunto de 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, constituindo o Sistema Único de Saúde – SUS. Em sua concepção, é importante apontar que o SUS não se trata de um sistema de serviços assistencialistas, mas que visa articular e coordenar ações promocionais e de prevenção, como as de cura e reabilitação.

O SUS suscitaria um novo juízo de saúde agora ampliada, estariam associados aspectos econômicos, sociais, culturais e biotecnológicos. Este supera a visão saúde – doença para uma visão de contexto biopsicossocial, buscando a garantia da universalidade, integralidade e equidade, esses conhecidos como princípios basilares do SUS.

A universalidade conecta à garantia do direito à saúde para todos, sem discriminação, de acesso aos serviços de saúde, buscando a consolidação da democracia, onde toda a população teria direito ao acesso aos serviços de saúde público. Já a integralidade, conforme apontam Vasconcelos e Pasche (2006, p. 535), “esse princípio orientou a

expansão e qualificação das ações e serviços do SUS que ofertam desde um elenco ampliado de imunizações até os serviços de reabilitação física e mental, além das ações de promoção da saúde de caráter nacional intersetorial.” Da mesma forma, a equidade “como princípio complementar ao da igualdade significa tratar as diferenças em busca da igualdade” (ELIAS, 2002).

O processo de institucionalização do SUS parte do norte oferecido pelas diretrizes, tais como a descentralização com comando único, a regionalização e hierarquização dos serviços e participação comunitária.

A descentralização desejava obter a municipalização da gestão dos serviços, quebrando paradigmas. Ao se falar da descentralização faz-se necessário pensar na regionalização. Como apontam Vasconcelos e Pasche (2006), o objetivo da regionalização é ajudar na melhor e mais racional distribuição dos recursos entre as regiões, seguindo a distribuição da população pelo território nacional. Já com relação à hierarquização, o que se almeja é ordenar o sistema por “níveis de atenção e estabelecer fluxos assistenciais entre os serviços de modo que regule o acesso aos mais especializados, considerando que os serviços básicos de saúde são os que ofertam o contato com a população e são os de uso mais frequente”.

Outra diretriz que trouxe vários avanços na democracia foi a participação comunitária nas decisões, através da criação dos conselhos, com representação da comunidade, assegurada pela lei n. 8.142/90, valorizando o contexto de uma democracia mais participativa. Nasceu a partir disso, o Pacto pela vida, o Pacto em defesa do SUS e o Pacto de Gestão do SUS. Estes Pactos surgiram através da Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, com a aprovação das Diretrizes Operacionais do Pacto pela Vida, que instituiu os pactos referenciados anteriormente, sendo possível com a existência do Sistema Único de Saúde.

Logo, identificamos que um dos maiores avanços pela construção de um país menos desigual e mais justo é a instituição do Sistema Único de Saúde, que contribuiu para o fortalecimento da cidadania, já que o direito ao atendimento à saúde é indispensável para a sobrevivência do ser humano.

## 1.2. A garantia de acesso à saúde

Apesar da garantia do direito à saúde estar prevista na Constituição Federal de 1988 e na lei que instituiu o Sistema Único de Saúde, o trivial é a acessibilidade a este direito que não tem sido ofertado de acordo com as necessidades emergenciais e urgentes da população. Infelizmente a saúde tem se tornado uma política desvinculada do direito, diferente daquilo que é expresso nas legislações que tratam do assunto.

A saúde é um direito social fundamental, ligado, juntamente com outros (assistência social, previdência social e renda mínima), ao direito à garantia de uma existência digna, no âmbito do qual se manifesta de forma mais contundente do seu objeto com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana (SARLET, 1998).

Para haver a garantia de direitos, cada ente deve assumir o seu devido papel, conforme preceitua Novellino (2014), em Direito Constitucional, aduz que esse sistema de controles recíprocos é conhecido também como “sistema de freios e contrapesos”, expressão tomada da doutrina norte-americana, cabendo ao Poder Legislativo elaborar as leis, respeitando os parâmetros da Constituição, ao Poder Executivo lhe é atribuída a função de administrar e adotar os princípios da soberania popular e da representatividade e ao Poder Judiciário lhe é destinada a obrigação de julgar quaisquer conflitos que possam surgir no País, baseando-se nas Leis em vigor.

Ao Judiciário é atribuída missão de defender a supremacia da Constituição, o qual tem um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de barreira de contenção do poder. (BARROSO, 2007)

Cabe aqui ainda estabelecer que o entendimento do sistema de freios e contrapesos pode ser também conhecido como a teoria da separação dos poderes, consagrada pelo francês Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, no seu livro “O Espírito das Leis”. Com a influência da Revolução Francesa é que Montesquieu abrange e sistematiza a divisão dos poderes (separação dos três poderes).

Doravante, falaremos da dificuldade de exercer entre os poderes esse princípio trazido expressamente pela Constituição Federal, uma vez que os poderes estão sendo exercidos por estes de forma geral e abrangente. O Estado deve pois, reorganizar a destinação do orçamento público da saúde, priorizando a aplicação em áreas que ofertem e favoreça o direito fundamental a vida.

Pedro Lenza destaca os dizeres de José Afonso da Silva para destacar a caracterização das três funções (típicas) exercidas pelos Órgãos: função legislativa: “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis”; função executiva: “resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, legislativas e de decisão, e função

administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público”; função jurisdicional: “tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos com a finalidade de dirimir conflitos de interesse”. (LENZA, 2013)

Com efeito, o Estado usa das mais diversas formas para se furtar da obrigação de prestar assistência à saúde, conforme previsão da Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.080 que institui o Sistema Único de Saúde; utilizando argumentos desfavoráveis ao ser humano, tais como o princípio da reserva do possível, a ausência de dotação orçamentária para a aquisição do medicamento, a responsabilização de outro ente federado para se eximir de responsabilidade, dentre outras justificativas que muitas vezes viola os direitos humanos.

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem com o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminar, fenômeno esse que veio a ser denominado de judicialização da saúde. (ORDACGY, 2007)

## 2. A OMISSÃO ESTATAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

O Estado ao longo do tempo como dito anteriormente tem se furtado de suas responsabilidades como administração pública e garantidor dos direitos sociais e mínimos de sobrevivência. Em muitos casos utiliza argumentos um tanto banais e violadores dos direitos humanos e principalmente do direito fundamental à vida. Nos últimos anos o que tem mais sido destacado como justificativa de sua omissão tem sido o princípio da reserva legal.

Destarte, que a necessidade de saúde da população de acordo com a reserva legal deve estar condicionada a possibilidade do Estado, é como se estivéssemos falando do binômio necessidade x possibilidade. De acordo com Leivas (2006), a reserva do possível pode ser considerada como uma limitadora dos direitos fundamentais, possibilitando que o Estado forneça os serviços públicos seguindo os preceitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Significa informar que o Estado deve fazer uma previsão entre os danos causados e os resultados que pretende alcançar, observando o critério daquilo que é razoável e relacionar os fins e os meios. A reserva do possível possui três dimensões: a relação da necessidade com a possibilidade, a disponibilidade jurídica da conexão entre distribuição de receitas e competências tributárias e orçamentárias, proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

É claro que a administração pública não possui recursos suficientes para atender toda a população, porém ao prever os direitos sociais como fundamentais, o Estado assume uma responsabilidade para efetivamente cumprir, uma vez que o princípio da reserva do possível não pode prevalecer sobre a tutela de garantia do direito à saúde, já que esta garantia está prevista na norma constitucional brasileira, cabendo ao poder público viabilizar alternativas de oferecer assistência a todos, sob pena de não cumprir com a Constituição.

Cabe enfatizar, que nenhum trecho do texto constitucional limita o direito à saúde à falta de verba orçamentária. De forma diversa a esse direito é dada a mais ampla e absoluta guarda, prioridade.

Para que o ser humano possa ter uma vida digna e de qualidade para a sobrevivência, ele necessita do mínimo existencial para sobreviver, e nesta conjuntura o mínimo configura o conjunto de prestações indispensáveis ao cumprimento das condições básicas, devendo os direitos fundamentais serem de concretização obrigatória a ser efetivada pelo legislador e pelo administrador público.

O mínimo existencial encontra no princípio da máxima efetividade o núcleo reduzido de direitos sociais, desta forma é necessário prever uma meta prioritária no orçamento público, para elaborar políticas públicas capaz de suprir as necessidades básicas da população, sem haver a necessidade de “mendigar” por direito.

## 3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização ao longo dos anos tem se tornado uma forma da população exigir e mostrar que seus direitos não estão sendo garantidos conforme previsão legal. Os papéis estão sendo invertidos, o executivo e o legislativo tem se omitido de sua obrigação pelo que diante da omissão a intervenção do judiciário torna-se inevitável.

A previsão legal de responsabilidade dos entes federados prevê a responsabilidade solidária entre os entes federados: Municípios, Estados, União e Distrito Federal, e por ausência da atuação do poder executivo, surge a judicialização.

Ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2014)

Não havendo a garantia efetiva pelo estado de acesso das pessoas à saúde (medicamentos), o Judiciário assume a exigência do cumprimento da obrigação legal, já que o Estado se configura ineficaz na implementação de políticas públicas, na administração de recursos e, sobretudo, na concessão dos medicamentos necessários para o tratamento específico de cada paciente.

A grande problemática consiste no aumento excessivo de ações judiciais individuais, mostrando a reivindicação da garantia do direito ao Poder Judiciário, como forma mais célere de consolidar o acesso a medicamentos. Isso porque existe um verdadeiro descrédito do poder legislativo e executivo e uma expectativa de que o poder judiciário resolverá sua demanda relativa a saúde. Não se trata aqui de encontrar culpados da falta de assistência a saúde, trata-se de encontrar alternativas de intervir sobre a qualidade de vida da população e garantir o direito previsto na Constituição Federal de 1988, cabendo ao poder público a implementação de garantia e não de eximir de responsabilidades, e uma das alternativas encontradas pelo judiciário é a concessão da tutela provisória nos casos específicos e necessários.

### 3.1 Tutela provisória: alternativa eficaz ou apenas emergencial?

No atual Código de Processo Civil/ 2015 (CPC/2015), a tutela provisória está prevista nos artigos 294 a 311. Esse tipo de tutela é considerada sumária e não definitiva, a sumária é fundada em uma análise menos aprofundada da demanda. Sendo que na tutela provisória é exigido a probabilidade do dano e não um juízo de certeza.

Não se trata de uma tutela definitiva porque a qualquer momento pode ser modificada ou até mesmo revogada, podendo também ser substituída a qualquer tempo.

De acordo com Ortega (2016), a tutela provisória pode ser de duas espécies: urgência e evidência. A tutela de evidência não exige o perigo da demora (“periculum in mora”) e a tutela de urgência exige o perigo da demora (“periculum in mora”), podendo esta última ser dividida em cautelar e antecipada. A cautelar quando a tutela for conservativa e a antecipada quando tutela for satisfativa.

Nesse diapasão, de acordo com o CPC/2015, não há mais necessidade de definir a tutela de forma diferenciada, uma vez que a tutela de urgência com a tutela de evidência passa a ter os mesmos elementos, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, além da prova inequívoca e dano irreparável ou de difícil reparação, cada uma das tutelas, com objetivo próprio.

No caso específico da concessão de medicamentos e serviços de saúde, falaremos da tutela de urgência antecipada. Neste caso é feito um pedido ao juiz pelo autor (usuário dos serviços de saúde), de concessão liminar antecipada do pedido de medicação, com a alegação e o cumprimento dos requisitos previstos em lei, perigo da demora (“periculum in mora”) e indícios do bom direito (“*fumus boni iuris*”), onde o autor mostra que tem o direito garantido por lei e que a demora na concessão do medicamento pode lhe causar dano.

A tutela de urgência neste sentido, garantia o princípio da isonomia, reequilíbrio de forças, porque o ônus do tempo recai sobre a pessoa que não tem o direito (Estado) e que geralmente neste tipo de tutela recai sobre o réu, se esse for o entendimento do magistrado.

Desta forma, observa-se que tutela de urgência é atualmente considerada como alternativa eficaz, já que não existe ainda, proposto pelo executivo, a garantia do direito a saúde sem a necessidade da judicialização no que se refere a concessão de medicamentos. A tutela consegue de forma tímida, mas eficaz cumprir o papel social e a celeridade processual dos casos excepcionais e urgentes, transparecendo para a sociedade maior lisura nas relações processuais.

Desse modo, essa tutela passa a cristalizar a justiça, mesmo que encobertas pelo manto da provisoriedade, de forma que a homologação judicial de determinada demanda poderá ser adiantada para que os efeitos jurídicos dos direitos passem a ser devidamente assegurados e garantidos de forma efetiva.

Cabe se valer de que este instituto figura como mais uma alternativa processual de oferecer eficácia a um dos mais perseguidos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, a razoável duração do processo.

### 3.2 Análise crítica da judicialização da saúde no Estado de Goiás

É lamentável a atual situação econômica, social e política de nosso Estado, os desarranjos violam a norma constitucional, inclusive o princípio da divisão dos três poderes, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da razoável duração do processo, o direito à vida e à saúde e sobretudo os mínimos sociais, dentre outros.

As justificativas dos apoiadores, defensores da Administração Pública são a defesa do princípio da supremacia do interesse público e o princípio da reserva do possível, entretanto nada se pode sobrepor aos direitos fundamentais previstos na legislação brasileira: a vida.

Infelizmente, o poder executivo e judiciário finge de “cego”, “surdo” e “mudo” para o direito à saúde, diante das normativas que estabelecem a divisão dos poderes e de suas competências, já que o prejuízo é das pessoas que realmente precisam.

Em que pese, o judiciário atuar como executivo, cabe destacar que é notório e sabido o direito fundamental, mas a realidade é a gestão ambivalente: em alguns momentos atua como poder de polícia contra o poder executivo e em outros assume a responsabilidade pela execução do serviço, o que tem acontecido na maioria dos Estados brasileiros com a criação da Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011 do CNJ, materializada pelo Termo de Cooperação Técnica nº 001/2012, firmado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), a Justiça Federal em Goiás (TRF), a Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES – GO), a Secretaria de Saúde do Município de Goiânia e o Comitê Executivo Estadual, que cria o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT JUS) do Estado de Goiás.

O Núcleo de Apoio Técnico foi normatizado pela Portaria nº 13/2012 - Foro da Comarca de Goiânia-GO, que construiu e aprovou

o Regimento deste órgão executivo. O objetivo era cumprir à Resolução nº 238/2016 – CNJ, sendo a representação do comitê múltipla, com várias pessoas da área de saúde.

De acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás,

- Este NAT restringe-se ao exame da documentação apresentada juntamente à consulta;
- Um exame mais detalhado e definitivo do caso descrito nos autos exige a realização de perícia e depoimentos dos envolvidos, o que foge às atividades deste NAT;
- Não compete a este NAT a interpretação jurídica da situação descrita nos autos, ou a manifestação sobre procedência ou improcedência do pedido;
- Os pareceres técnicos não se valem de poder decisório, ou normativo vinculante sobre as questões da judicialização consultada;
- Os pareceres possuem caráter exclusivamente consultivo, para auxiliar os magistrados que se manifestam no teor do princípio da livre convicção racional, limitando-se a indicar normas pertinentes ao caso proposto. (Fonte: TJ GO)

Cabe ressaltar que o núcleo é composto por representantes do Tribunal de Justiça, Ministério Público, OAB/GO, Poder Executivo do Estado de Goiás, Poder Executivo do Município de Goiânia, CREMEGO, Planos de Saúde Privado, PROCON, Ipasgo, Tribunal de Contas do Estado e Municípios, Conselho Regional de Psicologia 9ª Região – Goiás, Conselho Regional de Fonoaudiologia 5ª Região – Goiás, Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional 11ª Região, Defensoria Pública da União – Goiás, Sociedade Brasileira de Farmacêuticos e Farmácias Comunitárias e Defensoria Pública do Estado de Goiás.

Apesar de existirem várias composições relevantes para o Núcleo, não se trata de analisar a vida pregressa dos pacientes pelo poder judiciário, poder executivo e ministério público. Analisemos, onde está a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana quando o judiciário apropria do papel do executivo onde o papel dele seria determinar o serviço ao poder executivo? Onde está o respeito à divisão dos poderes? Onde está a responsabilização do poder executivo aos mínimos sociais para a sobrevivência do ser humano? Onde está o respeito pelos princípios da administração pública?

A justiça está se tornando um agente ativo diante da omissão do estado na concessão do direito a saúde, e o poder executivo tem se acomodado diante da proatividade da justiça, se apoiando em justificativas absurdas para simplesmente dizer que não há orçamento, que não há previsão na lei, que não há obrigatoriedade, que os laudos médicos precisam ser questionados pela real necessidade do paciente. Trata-se de lubrificar a formação ético profissional da categoria médica e a saúde da população.

Analisar uma patologia por notas técnicas sem conhecer suas especificidades e particularidades tem transformado a vida de milhares de pessoas em mercadoria, não se trata de avaliar a necessidade apenas por análises superficiais, o diferencial da área médica é acompanhar o paciente e avaliar sua necessidade de acordo com o estágio da patologia instalada.

É inaceitável que o poder judiciário não se manifeste diante da omissão estatal no que se refere ao NAT JUS, não é competência do poder judiciário montar um núcleo com responsabilidades/ atribuições específicas que deveria ser do poder executivo. A pergunta é: porque o Poder Judiciário tem assumido papéis que não lhe pertence e não tem cobrado a atuação de quem compete estas questões?

Importante se atentar que o regimento interno da Câmara de Saúde do Judiciário do Estado de Goiás já possui competências estabelecidas, no site do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, através no Núcleo de Judicialização da Saúde (NAT JUS), tais como manifestação quanto aos métodos, procedimentos científicos e tecnológicos relativos particularmente à análise de eficácia e de segurança de materiais e medicamentos, através da medicina baseada em evidências e com base nas diretrizes médicas.

Não há manifestação contrária ao judiciário neste artigo, ao contrário a manifestação do judiciário quando trabalha no combate à omissão do estado é formidável e exerce o papel que é estabelecido na lei. A manifestação contrária é diante da passividade do poder judiciário ao assumir um papel que legalmente falando não cumpre com o disposto na Constituição.

É necessário uma reorganização na estrutura do país, no sentido que o legislativo realmente fiscalize a execução das leis, o executivo pratique sua função de executar políticas sociais capazes de atender a demanda populacional e o poder judiciário assuma o papel de determinar o cumprimento da Constituição Federal de 1988 de forma efetiva, eficiente e eficaz.

O Judiciário tem tentado oferecer os mínimos sociais à população e controlar as políticas públicas do Estado. O que obviamente não deveria ser, pois não é especialista em formular projetos e não foi eleito para exercer este ofício. Enquanto o controle social não intervir para a mudança deste contexto, não teremos defensores, já que quem conhece a realidade da comunidade é apenas quem é parte dela.

## CONCLUSÃO

Várias foram as conquistas na medicina e na saúde, necessitando de várias regulamentações legais para que a ciência chegasse ao seu objetivo sem ferir os princípios éticos e os direitos humanos fundamentais, como por exemplo, o direito à vida e à dignidade humana.

Junto a isso estão as orientações sobre a recomendação para que a pessoa busque o órgão responsável pela dispensação de medicamentos antes de procurar a Justiça, ou seja, recorra primeiramente a via administrativa para após o não atendimento

ingressar com uma ação na Justiça Comum, evitando assim a judicialização desnecessária.

Vale observar nas ações de saúde, recomenda-se a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com o objetivo de identificar solicitação prévia do requerente junto a Administração Pública, para que o mesmo possa apresentar propostas de alternativas terapêuticas.

A judicialização ainda é problema que precisa ser revisto, entre os três poderes, já que as atitudes adversas em relação às concessões de medicamentos estão sendo inconstitucionais, uma vez que a própria Constituição traz na letra da lei as competências de cada poder, e neste contexto o que estamos vivenciando ao longo dos anos é exatamente uma inversão de papéis, uma vez que a responsabilidade de execução do serviço e do medicamento é do poder executivo, sendo que o judiciário muitas vezes deixa de exercer seu papel para fazer o papel do poder executivo.

Diante disso, percebe-se que estamos diante de um colapso na administração pública, onde a inversão de papéis força ao cumprimento de sua responsabilidade, já que aqui o essencial não é analisar o bem da coletividade, mas contribuir para a garantia do direito à saúde e a não violação do direito à dignidade da pessoa humana. Mesmo que a garantia da universalidade e da integralidade na saúde não está sendo possível diante das restrições orçamentárias e financeiras cabe aos gestores encontrar alternativas de garantia efetiva do universal, do igualitário e do mínimo à saúde para sobreviver.

O direito à saúde depende da vontade política, de decisões a serem assumidas pelos gestores de saúde pública e gestores municipais, estaduais e federais; de uma melhor definição das ações pautadas na democracia participativa e melhoria do planejamento orçamentário do ente para conseguir propor políticas sociais capazes de atender as necessidades e demandas emergenciais da população que paga de forma indireta para ser atendida com qualidade.

Precisamos lutar de forma coletiva pelo direito garantido na Constituição Federal de 1988, em que pese estabelecer se as competências atribuídas de forma individualizada entre os três poderes cumprem com o preceito legal de concessão dos mínimos sociais para a sobrevivência da população, ou seja, as competências devidas dos entes conseguem alcançar este preceito?

O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana estão intimamente ligados, visto que na falta de um, não há possibilidade de exercer os outros. Neste contexto e para finalizar esta análise, de acordo com as fontes do direito, é preciso definir de forma precisa o que tem mais força junto ao ordenamento jurídico: princípios, as leis, as jurisprudências, os costumes; ou será que já não existe uma relação entre o ordenamento jurídico com o ordenamento político?

Neste momento não se deve preocupar com culpados, com a negligência ou indiferença da gestão pública ao se tratar de direitos fundamentais de sobrevivência, o que devemos buscar é tentar solucionar as contradições existentes no alcance do direito fundamental à saúde. No caso mais específico do SUS, se não houver mudanças significativas em relação a responsabilidade dos mínimos sociais, o projeto constitucional da Constituição Federal de 1988 está fadado ao comprometimento de sua taxatividade, uma vez que os excessos da descontrolada judicialização nos induz a acreditar na ausência de políticas sociais que garantam com efetividade e eficácia os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barroso, L. R. (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, 5(8), 11-22. Acedido em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> [Acess: 28 April 2018].
- Barroso, L. R. (2009). Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte*, 60(188),35-50. Acedido em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. [Acess: 3 June 2018].
- Bontempo, A. (2005). *Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá Editora.
- Brasil, Governo do Estado de S. Paulo (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial.
- Brasil, Casa Civil da Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos (1990, september 20). *Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde*. Brasília: Câmara dos Deputados. Acedido em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/Lei8080.pdf>
- Dallari, S. (1988). O Direito à Saúde. *Jornal de Saúde Pública, S. Paulo*, 22(1), 57-63. Acedido em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>
- Elias, P. E. M. (2002). Por uma refundação macropolítica do SUS: a gestão para a equidade no cotidiano dos serviços. *Saúde e Sociedade, São Paulo*, 11, (1), 25-36. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902002000100005>
- Leivas, P. G. C. (2006). *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Lenza, P. (2013). *Direito Constitucional Esquematizado*. (17<sup>th</sup>ed.). São Paulo: Saraiva.

- Morais, A. (2017). *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas.
- Neves, D. A. A. (2016). *Manual de Direito Processual Civil*. (8<sup>th</sup> ed). Salvador: Editora Jus Podivm.
- Novelino, M. (2014). *Manual de direito constitucional*. (9<sup>th</sup> rev.). São Paulo: Método.
- Oliveira Junior, J. F. (2012). Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do poder judiciário como proposta ao passivismo do poder legislativo no Brasil. In: Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região, Escola de Magistratura Federal da 1<sup>a</sup> Região, *II Jornadas de Direito Constitucional* (pp. 221-238). Brasília: ESMAF. Acedido em:  
<https://portal.trf1.jus.br/data/files/AF/F5/OD/E9/7B3E3410877BC934052809C2/Livro%20II%20Direito%20Constitucional.pdf>
- Ordacgy, A .S. (2007). *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Acedido em:  
[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf). [Access in 17 March 2020].
- Ortega, F. T. (2016). Tutela provisória e o Novo CPC - mudanças significativas. In *JusBrasil*. Acedido em:  
<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/317933437/tutela-provisoria-e-o-novo-cpc-mudancas-significativas>. [Access in 01 September 2019]
- Ribeiro, P. S. (s.d.). Mas o que seria o SUS? Quais suas diretrizes e princípios gerais? In *Brasil Escola*. Acedido em:  
<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/mas-que-seria-sus-quais-suas-diretrizes-principios-gerais.htm>. [Access in 15 August 2019]
- Sarlet, I. W. (1998). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Vasconcelos, C. M., & Pasche, D. F. (2006). O sistema único de saúde. In. G. W. S. Campos, M. C. S. Minayo, M. Akerman, J. M. Drumond, & Y. M. Carvalho (Eds.), *Tratado de saúde coletiva* (pp. 531-562). São Paulo: Hucitec.