

**O DIREITO À SAÚDE E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS**

*THE RIGHT TO HEALTH AND THE DUTY TO STATE REASONS FOR JUDICIAL
DECISIONS*

EL DERECHO A LA SALUD Y EL DEBER DE MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES

Guilherme Camargo Massau

Pós-doutor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas - UFPel. Rio Grande do Sul (Brasil).

E-mail: uassam@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8341523169751885>.

Dienifer Jacobsen Rackow

Bolsista de Iniciação Científica (CNPQ). Graduanda em Direito na Universidade Federal de Pelotas - UFPel. Rio Grande do Sul (Brasil).

E-mail: dieniferrackow@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3855923147922086>.

Submissão: 22.07.2020.

Aprovação: 04.08.2021.

RESUMO

O objetivo do artigo é analisar se nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) se encontram fundamentos calcados em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais expressamente citados. Destarte, a temática para análise das decisões é o direito à saúde, já que se trata de um direito fundamental social que possui, notoriamente, elevado número de demandas nos tribunais brasileiros, além de ter uma série de regulamentações. Por conseguinte, o fato de ser objeto de várias demandas e ser um direito fundamental social densamente regulamentado faz com que as decisões judiciais devam estar baseadas em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. O dever de fundamentação surge como a obrigação de publicizar a coerência de raciocínio jurídico empregada na prestação jurisdicional. Desta forma, o artigo situará o dever de fundamentação; em um segundo momento o direito social à saúde; e, por fim, tratar-se-á das decisões do STF somente no que tangem a presença ou não de dispositivos constitucionais e/ou infraconstitucionais citados. Isso deve-se ao fato de que não se tem como analisar a linha argumentativa de cada voto dos 11 Ministros a partir de várias decisões. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, mediante a realização de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Decisões judiciais; Dever de fundamentação; Direito à saúde; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The objective of the article is to analyze whether in the decisions of the Supreme Federal Court (STF in Portuguese) there are foundations based on constitutional and infraconstitutional provisions expressly mentioned. Thus, the theme for the analysis of decisions is the right to health, since it is a fundamental social right that has, notoriously, a high number of demands in Brazilian courts, in addition to having a series of regulations. Consequently, the fact that it is the subject of several demands and is a fundamentally densely regulated social right means that judicial decisions must be based on constitutional and infraconstitutional provisions. The duty to state reasons arises as the obligation to publicize the coherence of legal reasoning employed in the jurisdictional provision. In this way, the article will place the duty of reasoning; secondly, the social right to health; and, finally, the STF's decisions will only be dealt with as regards the presence or not of the constitutional and / or infraconstitutional provisions mentioned. This is because there is no way to analyze the line of argument of each vote of the 11 Ministers from various decisions. The hypothetical deductive method was used, by means of documentary and bibliographic research.

KEYWORDS: *Judicial Decisions; Duty to State Reasons; Right to Health; Federal Court of Justice.*

RESUMEN

El objetivo del artículo es analizar si en las decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF) existen fundamentos basados en disposiciones constitucionales e infraconstitucionales expresamente citadas. Por lo tanto, el tema para el análisis de decisiones es el derecho a la salud, ya que es un derecho social fundamental que tiene, notoriamente, una gran cantidad de demandas en los tribunales brasileños, además de tener una serie de regulaciones. En consecuencia, el hecho de que sea objeto de varias demandas y sea un derecho social fundamentalmente densamente regulado significa que las decisiones judiciales deben basarse en disposiciones constitucionales e infraconstitucionales. El deber de exponer los motivos surge como la obligación de publicitar la coherencia del razonamiento legal empleado en la disposición jurisdiccional. De esta manera, el artículo colocará el deber de razonamiento; en segundo lugar, el derecho social a la salud; y, finalmente, las decisiones del STF solo serán tratadas en relación con la presencia o no de las disposiciones constitucionales y / o infraconstitucionales mencionadas. Esto se debe al hecho de que no hay forma de analizar la línea de argumentación de cada voto de los 11 Ministros a partir de varias decisiones. Se utilizó el método hipotético deductivo, mediante investigación documental y bibliográfica.

PALABRAS CLAVE: *Decisiones Judiciales; Deber de exponer razones; Derecho a la Salud; Supremo Tribunal Federal.*

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado de Direito republicano e democrático, o dever de publicizar e fundamentar as decisões dos Poderes Públicos é inerente à sua condição. A publicização e a fundamentação da decisão de cada Poder terá características distintas, mas a sua ausência é violação ao princípio da república e da democracia. O primeiro princípio será atingido na sua

perspectiva de interesse/bem público, pois se os agentes dos Poderes do Estado tomam decisões, isso se deve ao fato de que essas decisões só serão legítimas se estiverem de acordo com a perspectiva de bem público e conforme o direito que as regulamenta. Por isso, a publicização é fundamental, na medida em que dá ciência do conteúdo das decisões a todos os cidadãos.

O princípio da democracia é afetado quando os cidadãos não possuem a possibilidade de acessar às decisões nem ao seu conteúdo/fundamentação. Por conseguinte, os cidadãos não terão os meios e o conhecimento adequados para exercerem seus direitos políticos em face do regime democrático. Neste sentido, eles estarão com o seu poder de decisão e escolha reduzidos, por ignorarem as decisões e as suas motivações.

Por conseguinte, buscou-se analisar, objetivamente, como as decisões, entre 2016 a 2018, referentes ao acesso ao direito à saúde no STF¹, satisfazem o dever de fundamentação. Contudo, devido à quantidade de decisões a serem analisadas, e levando em consideração que a Corte Suprema é composta por 11 Ministros, não se teria condições temporais para analisar cada um dos argumentos; além disso, existem argumentos fundamentadores que a interpretação de alguns satisfariam o dever de fundamentação, mas na avaliação de outros não. Destarte, optou-se por um critério (mais) objetivo, ou seja, um critério que de se estar adequado ao sistema jurídico brasileiro, qual seja a aplicação das normas (regras e princípios) que estão contidas nos diversos documentos (constitucional e infraconstitucional) legais do Estado brasileiro.

Desta feita, o trabalho se desenvolve em três momentos. O primeiro trata do dever de fundamentar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Junto a isto, também se destacam os critérios legais da fundamentação, cabendo aos magistrados observarem os requisitos estabelecidos no Código de Processo Civil (CPC) e no Código de Processo Penal (CPP) no que concerne à fundamentação. No segundo momento, o texto trata de situar o direito social fundamental à saúde no contexto do sistema jurídico brasileiro. Busca-se delimitar o direito à saúde no que condiz a normas constitucionais e infraconstitucionais. Destarte, situou-se, juridicamente o referido direito a fim de o visualizar em termos de exigências legais de fundamentação. Significa que o direito à saúde se encontra constitucionalizado e densificado por legislação infraconstitucional ao ponto de ser plenamente exigível, inclusive nas inúmeras nuances que recaem sobre a concepção ampla de saúde.

¹ O STF é o ápice decisório do sistema judiciário brasileiro, ensejando que suas decisões estabeleçam precedentes capazes de vincular decisões dos demais patamares do Poder Judiciário. Por isso, suas decisões devem apresentar fundamentações suficientemente claras e precisas das motivações decisórias.

O terceiro momento aborda, quantitativamente, decisões do STF de 2016 a 2018 que podem ser classificadas de fraca, de média e de forte fundamentação. Tais critérios foram estabelecidos para que se possa ter parâmetro avaliativo. Essa abordagem dá-se pelo fato de ser complexo analisar qualitativamente todos os argumentos utilizados em 67 decisões, levando em consideração que muitas decisões são colegiadas, significando mais de 67 votos referentes aos 11 Ministros que compõem o STF. Por isso, o texto não se pauta pela consistência argumentativa, mas leva em consideração o número de texto legais citados nas decisões com o objetivo de tornar a fundamentação decisória adequada aos requisitos legais. Também, não se levou em consideração a fundamentação das decisões por meio de jurisprudência, por dois motivos: 1) por ser a legislação vinculante aos Poderes do Estado, sendo, principalmente, dela que derivam os direitos e as pretensões jurídicas; 2) a legislação referente à saúde é extensa, pois abarca uma série de situações referentes à saúde. Tais motivos contribuem/exigem para que constem nas fundamentações das decisões judiciais a citação da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional.

2 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

O dever de fundamentar as decisões judiciais encontra-se vinculado ao Estado de Direito constitucional. Ele é parte da ideia de um processo justo, pois proporciona o contraditório, a cognoscibilidade e a publicidade, além de possibilitar a sindicabilidade da própria decisão judicial, mesmo em âmbito judicial, doutrinário e/ou leigo². Em suma, a fundamentação afasta o arbítrio do juízo ao decidir (PORTO, 2000, p. 98). O dever de motivar as decisões judiciais é uma forma de controlar a regularidade e a racionalidade jurídica das decisões. Por conseguinte, o Art. 93, IX, (BRASIL, 1988) da CF atribui nulidade às sentenças não fundamentadas. O dever de fundamentar é imperativo constitucional. Por conseguinte, sem a fundamentação, não se consegue retirar da decisão a orientação das condutas sociais (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 863).

Os Códigos de Processos Civil, Lei n. 13.105/2015, – CPC – (Art. 489, II) e Penal, Decreto-Lei n. 3.689/41, – CPP – (Art. 381, III) regulamentam e densificam o sentido do *suporte fático* do Art. 93, IX, da CF, indicando o que deve ser considerado como fundamentação de uma decisão. Desta forma, são dois dispositivos que complementam dispositivo constitucional. Ambos os dispositivos normativos indicam os requisitos que

² Leigo no sentido de não técnico ou alheio à técnica jurídica.

devem estar presentes no texto sentencial, tanto que o Art. 11 do CPC atribui a consequência de nulidade às decisões judiciais sem fundamento. O Art. 489, II, §1º, do CPC determina os elementos necessários que devem estar presentes na fundamentação da decisão. Contudo, o referido parágrafo destaca o que não se considera decisão fundamentada. As exigências normativas de fundamentação das decisões possibilitam a construção de um direito unitário – prospectiva e retrospectivamente –, guiando as condutas sociais e atribuindo-lhes segurança e coerência ao sistema jurídico. Isso deve estar vinculado estreitamente ao caso concreto, objeto da decisão (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 864).

2.1 NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A relevância de abordar o dever de fundamentação se conecta ao contexto de judicialização, marcado pela missão institucional do judiciário sobretudo na sua atuação em relação à concretização dos direitos fundamentais – entre eles o direito à saúde. O regime democrático pressupõe a coerência da resposta das decisões judiciais, para isso, a resposta do judiciário deve estar adequadamente fundamentada, em relação à constituição e com os próprios limites do direito (STRECK, 2016, p. 729-731). No caso, *e.g.*, do direito à saúde no que concerne ao fornecimento de medicamentos, o postular medicamento que não esteja previsto na lista de medicamentos do Ministério da Saúde exige do Poder Judiciário, em caso de deferimento de pedido, uma fundamentação que mostre a não violação de competência do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo (MARINONI, 2019, p. 55).

O dever de fundamentação se tornou integrante no modelo de proteção nas constituições (STRECK, RAATZ, 2017, p. 161), uma vez que, a fundamentação da decisão tem como finalidade assegurar que a resposta do judiciário ao caso, esteja de acordo com o devido processo judicial. Por conseguinte, existem outras finalidades que a fundamentação cumpre “como a garantia da imparcialidade do juiz, o controle da legalidade da decisão, e a possibilidade de impugnação das decisões.” (STRECK, RAATZ, 2017, p. 162). A fundamentação expõe a racionalidade empregada pelo Poder Judiciário, a fim de estabelecer segurança nos precedentes. Isso faz com que casos iguais e semelhantes sejam decididos com base no princípio da igualdade, reduzindo a insegurança causada por decisões contraditórias em face de casos iguais ou semelhantes.

A necessidade de justificação das decisões judiciais é normativa e cognoscitiva. A normativa nasce do Art. 93, IX, da CF. A cognoscitiva está vinculada à necessidade de

publicizar o nexos entre o raciocínio jurídico empregado para conectar o *suporte fático* e o caso concreto. Destarte, possibilita-se, em um Estado democrático, que todos, principalmente, as partes, possam analisar se a decisão judicial está ancorada no *modus operandi* do sistema jurídico válido ou baseia-se em escolha arbitrária de argumentos, obtendo-se, assim, a possibilidade de aferição do contraditório, sem o qual não há processo justo (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 864-865). Destaca-se que a fundamentação é requisito formal e material, sem o qual a sentença não existe formal nem materialmente.

2.2 EXTENSÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

O CPC elenca uma série de requisitos que formam a compreensão do que deve conter uma fundamentação judicial. Na ausência de algum desses requisitos, não se terá fundamentação legalmente válida. Nesse diapasão, o entendimento da desnecessidade de análise dos argumentos das partes, partindo-se dos fundamentos das respectivas manifestações processuais, encontra-se em desacordo com o sentido normativo do Art. 489, II, §1^o, do CPC, do Art. 10 do CPC⁴ e, principalmente, do Art. 93, IX, da CF. A inobservância dos requisitos normativos do §1^o do Art. 489, II, CPC deságua em uma falta de clareza da fundamentação dos arrazoados das partes, explicitando a motivação do magistrado por ter optado pela decisão a partir dos fundamentos arguidos no processo judicial (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 866).

2.3 FUNDAMENTAÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS⁵

As regras ou os princípios ao serem interpretados levam à norma aplicada. A interpretação judicial estabelece o sentido da norma contida no texto normativo. Como aqui se

³ Art. 489, “§ 1^o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. BRASIL. *Código de Processo Civil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 16/07/2019.

⁴ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 16/07/2019.

⁵ Considerar-se-á texto normativo, neste texto, o que expressa regra e/ou princípio.

analisarão decisões sobre o direito à saúde do STF, tem-se a tendência de tais decisões estarem ancoradas diretamente, ao menos em um primeiro momento, no texto constitucional. Por isso, as exigências de fundamentação de uma regra são diferentes das de um princípio. A regra que é um texto normativo que impõe diretamente uma conduta ao um destinatário, se diferencia do princípio que impõem um estado de coisas a ser concretizado (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 868).

Embora, *prima facie*, regra e princípio possuam amplitude distintas em termos de fundamentação, é preciso levar em consideração que um texto constitucional deve ser interpretado dentro do contexto sistemático-hierarquizado. Dependendo do caso concreto, como são os casos da saúde, existem uma rede normativa no ordenamento jurídico. Por conseguinte, somente se aplicará, exclusivamente, um princípio se ao caso concreto não couber nenhuma outra espécie normativa do sistema jurídico. Isso justifica a necessidade de se ter uma fundamentação clara e precisa, a fim de determinar a *ratio* da sentença e demonstrar como a justiça foi efetivamente realizada (PORTO, 2000, p. 99).

As exigências de fundamentação das decisões judiciais decorrem de um mecanismo de segurança e legitimidade na jurisdição do processo (STRECK, RAATZ, 2017, p. 161-162). A decisão adequadamente fundamentada funciona como um método de segurança para que se obtenha a devida resposta com base norteadora no regime democrático e da própria realização dos direitos fundamentais (STRECK, 2016, p. 730-731). Para atingir este fim, a observância da atividade jurisdicional se concretiza por meio da decisão fundamentada. Reflete, portanto, a decisão que possui a resposta adequada de acordo com a constituição, como também da legislação infraconstitucional – no caso da legislação de saúde, a maior parte se encontra na legislação infraconstitucional.

3 DIREITO À SAÚDE

3.1 O que é o direito à saúde

O direito à saúde ganhou amplitude com a constituição de 1988, no qual, pela primeira vez, foi prevista como um direito fundamental social (SARLET, 2007, p. 4). Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS)⁶, “a saúde é um estado de completo bem-estar físico,

⁶ Constitution of the World health Organization. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. (Tradução livre). Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946. Disponível em : <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-683>

mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” Em complemento ainda declara que a saúde “constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano”.

O conceito abordado pela OMS, demonstra a correlação entre saúde com outros direitos fundamentais, principalmente vinculados à vida (OLIVEIRA, 2018). Dessa relação, a saúde acabou por constituir um bem essencial da pessoa humana, refletindo no reconhecimento como um direito fundamental nas constituições, seja no âmbito internacional ou no âmbito interno do próprio país, no caso da constituição brasileira (SARLET, FIGUEIREDO, 2013, p. 37).

No contexto mundial⁷, a primeira constituição a prever de forma expressa a saúde como direito fundamental foi a constituição Italiana (1948), embora a Alemanha, em 1883, tenha anteriormente previsto uma legislação de saúde universal. Destaca-se, também, a constituição do México (1917) e da Alemanha (1919) que foram as primeiras a preverem os direitos sociais, principalmente, a última que consagrou como marco a positivação dos direitos sociais, com o que se deu o avanço do Estado social (OLIVEIRA, 2018).

Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 16 jan. 2019.

⁷ Em termos mundiais, existe uma série de Estados que tratam do direito à saúde, explicitamente, em seus textos constitucionais: Afeganistão (2004), Albânia (1998), Argélia (1989), Andorra (1993), Angola (2010), Armênia (1995), Azerbaijão (1995), Barém (2002), Bangladesh (1972), Belarus (1994), Bélgica (1831), Belize (1981), Benin (1990), Butão (2008), Bolívia (2009), Brasil (1988), Bulgária (1991), Burkina Faso (1991), Burundi (2005), Camboja (1993), Cabo Verde (1980), República Central africana (2016), Chile (1980), Colômbia (1991), República Democrática do Congo (2005), República do Congo (2015), Costa do Marfim (2016), Croácia (1991), Cuba (2019), República Checa (1993), República Dominicana (2015), Equador (2008), Egito (2014), El Salvador (1983), Guiné Equatorial (1991), Estônia (1992), Etiópia (1994), Fiji (2013), Finlândia (1999), França (1958), Gâmbia (1996), Geórgia (1995), Grécia (1975), Guatemala (1985), Guiné (2010), Guiné-Bissau (1984), Guayana (1980), Haiti (1987), Honduras (1982), Hungria (2011), Índia (1949), Indonésia (1945), Irã (República Islâmica do Irã) (1979), Iraque (2005), Itália (1947), Japão (1946), Cazaquistão (1995), Quênia (2010), República Popular Democrática da Coreia (1972), República da Coreia (1948), Kosovo (2008), Kuwait (1962), Quirguistão (2010), República Democrática Popular do Laos (1991), Letônia (1922), Libéria (1986), Líbia (2011), Liechtenstein (1921), Lituânia (1992), Luxemburgo (1868), república da macedônia (1991), Madagascar (2010), Malawi (1994), Maldivas (2008), Mali (1992), Ilhas Marshall (1979), México (1917), Estados Federados da Micronésia (1978), República de Moldávia (1994), Mongólia (1992), Montenegro (2007), Marrocos (2011), Moçambique (2004), Myanmar (2008), Nepal (2015), Países Baixos (1815), Nicarágua (1987), Níger (2010), Nigéria (1999), Oman (1996), Palau (1981), Panamá (1972), Papua Nova Guiné (1975), Paraguai (1992), Peru (1993), Filipinas (1987), Polónia (1997), Portugal (1976), Catar (2003), Romênia (1991), Federação Russa (1993), Ruanda (2003), São Tomé e Príncipe (1975), Arábia Saudita (1992), Senegal (2001), Sérvia (2006), Seychelles (1993), Serra Leoa (1991), Eslováquia (1992), Eslovênia (1991), Somália (2012), África do Sul (1996), Sudão do Sul (2011), Espanha (1978), Sudão (2005), Suriname (1987), Suazilândia (2005), Suíça (1999), República Árabe da Síria (2012), Taiwan- República da China (1947), Tadjiquistão (1994), Tailândia (2017), Timor-Leste (2002), Togo (1992), Tunísia (2014), Turquia (1982), Turquemenistão (2008), Uganda (1995), Ucrânia (1996), Emirados Árabes Unidos (1971), Uruguai (1966), Uzbequistão (1992), Venezuela (República bolivariana da Venezuela) (1999), Vietnã (1992), Yemen (1991), Zimbabuê (2013). Para essa pesquisa utilizou-se dos dados do sítio: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>. Acesso ao longo do mês de dezembro de 2019.

A previsão do direito à saúde nos documentos internacionais abrange desde a face individual do direito subjetivo da saúde à assistência, até a necessidade do Estado ao desenvolvimento da saúde. O reconhecimento do direito à saúde no caso brasileiro ocorreu com a redemocratização do país com a constituição de 1988. No processo que culminou com a CF de 88, houve a participação popular e dos profissionais sanitaristas nos diálogos da constituinte em reconhecer o direito à saúde (DALLARI, 2009, p. 10-11).

3.2 DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Destaca-se que foi no período do pós-guerra que os direitos sociais foram incorporados nas constituições, principalmente àquelas de cunho social. O Constituinte de 1988 na mesma linha internacional tutelou a saúde como direito fundamental. A definição do rol de direitos sociais prevista no Art. 6º na CF de 1988, em capítulo próprio, ressalta sua qualidade de direito fundamental (SARLET, 2018, p. 67), sendo a primeira a expressar o direito à saúde como fundamental (SARLET, 2007, p. 4). O texto constitucional traz vários dispositivos normativos relacionados à saúde, além do que dispõe o Art. 6º no rol dos direitos sociais, o Art. 196 e os seguintes tratam de estabelecer os fundamentos jurídicos do direito à saúde. Posteriormente, relacionado com o estabelece a CF, também foram adotadas formas e diretrizes quanto ao sistema público de saúde brasileiro- Sistema Único de Saúde (SUS) em 1990.

Além da previsão expressa da saúde nos Art. 6º e Art. 196, a CF dispõe quanto às competências dos entes federativos sobre proteção à saúde (Art. 23, II e Art. 24, XII). Desse modo, o Art. 23, II da CF dispõe que “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” é competência comum entre os entes federativos (União, Distrito Federal, Estados e Municípios). A competência fixada pelo constituinte exige que todos os entes federativos sejam responsáveis pelas questões relativas à saúde (DALLARI, 2009, p. 14-15).

Quanto à incorporação dos direitos fundamentais na CF de 1988, pode-se notar o avanço no constitucionalismo brasileiro em comparação às constituições anteriores (SARLET, 2018, p. 64). Nesse mesmo sentido, quanto ao direito à saúde, foram previsões esparsas, basicamente estabelecidas no âmbito das competências para legislar (DALLARI,

2009, p. 10-11). Destarte, a Constituição de 1934 (Art. 10, II)⁸, a Constituição de 1937 (art. 16, XXVII)⁹, e a Constituição de 1967 (art. 8, XIV, XVII- c)¹⁰ fazem referências à saúde, mas a CF de 1988 estabeleceu o *status* de direito fundamental à saúde.

A saúde como um direito fundamental social, classificado como direitos de segunda dimensão, tem como principal caracterização a prestação positiva do Estado (SARLET, 2018, p. 47). Os direitos sociais são assim chamados não por serem vinculados como direitos de coletividade, mas por estarem ligados à realização da justiça social, concretização e acesso a condições de igualdade (MENDES, BRANCO, 2014, p. 137). Eles exigem do Estado uma postura positiva, no sentido de prestação de serviços essenciais à população. Trata-se de relação jurídica, correspondente uma obrigação de fazer ou de dar (MENDES, BRANCO, 2014, p. 181).

Desse modo, no momento em que a saúde passa a ser um direito fundamental de todos os cidadãos, acaba perdendo seu caráter assistencialista. A preservação da saúde se caracteriza pela prestação positiva, com a qual conta com a responsabilidade do Estado na busca de ações que tenham como interesse uma garantia que se atinja o bem-estar social por meio das políticas públicas (DALLARI, 2009, p. 10-11). O direito à saúde é um dos poucos direitos sociais que possui regulamentação e densificação constitucionais.

3.3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: JUDICIÁRIO

A CF instituiu por meio do Art. 196 a prestação e promoção das ações de saúde. Ainda, os artigos seguintes (Art. 197-199 da CF) estabelecem as diretrizes da estrutura do sistema de saúde, no que diz respeito às ações e aos serviços de saúde que “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, além dessas previsões, é estabelecido o SUS.

Desse modo, a Lei n. 8.080 de 1990¹¹ institui e estabelece a estrutura do SUS, estruturando suas diretrizes, organização e funcionamento. Logo, o SUS conforme o Art. 4º

⁸ Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas; BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

⁹ Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

¹⁰ Art. 8º - Compete à União: XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde. XVII - legislar sobre: c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

da Lei n. 8.080, constitui-se no “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”. Desta feita, a plena realização do direito à saúde está vinculada à atuação do Estado, nas esferas dos seus Poderes e dos entes federativos. Pode-se analisar a atuação do Estado por meio do Poder Legislativo, ao legislar, do Executivo, ao concretizar direitos e ao executar políticas públicas, e do Poder Judiciário, ao julgar os casos de acesso a direito ou conflitos de interesses (AITH, 2017, p. 72).

Nesse caso, o Poder judiciário absorve as demandas oriundas dos direitos subjetivos que exigem acesso a uma prestação e, também, o conflito entre os entes federados no sentido de estabelecer a competência de realizar a prestação. Destarte, nota-se que o SUS possui uma série de regulamentações que envolvem os protocolos de atuação do serviço de saúde, a organização do atendimento conforme a gravidade dos casos, a divisão de tarefas administrativas entre os órgãos da administração municipal, estadual e federal, além de outras regulamentações. Desta maneira, a relação entre o discurso na CF e a efetiva concretização dos direitos, como no caso do direito à saúde, depende dos critérios adotados pela legislação do SUS, além disso, depende dos casos que surgem no Judiciário que não estão regulamentados em legislação ordinária nem em resoluções e em portarias, como é/era o caso de remédios e tratamentos não previstos pelas normas relativas ao SUS¹².

Esse crescimento das ações ao longo dos anos no judiciário resultou nas discussões em torno da judicialização do direito à saúde. Nesse contexto, é possível observar dois extremos (MARQUES, 2008, p. 65-72). Logo, de um lado as ações que estabelecem a prestação positiva do estado na obtenção de medicamentos e demais serviços correlatos à saúde representa o efetivo exercício da cidadania pela população. De outro lado, a crescente demanda de ordens judiciais para impor prestações ao Estado, representam impactos na gestão pública da saúde, pois atingem a previsão orçamentária relativa aos gastos públicos, prejudicando as políticas públicas de saúde.

A atuação do judiciário é uma tendência identificada desde a década de noventa quando se iniciou uma fase de ações judiciais para obtenção de questões relacionadas à saúde (DALLARI, 2009, p. 9-34). Desde então, o aumento no número de ações buscaram e buscam, através do poder judiciário, a concretização do direito à saúde, já que o Poder Executivo não

¹¹ BRASIL, *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.

¹² *Vide*: OLIVEIRA (2018).

consegue satisfazer a demanda¹³. São demandas que buscam principalmente a obtenção de medicamentos, atendimentos ou procedimentos cirúrgicos, dentre outros pedidos.

Ainda, quanto à judicialização, giram questões em torno da legitimidade do poder judiciário no direito à saúde. Por certo, o Judiciário tem a legitimidade de garantir o controle da insuficiência da tutela devida pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Neste sentido, ocorre um controle de insuficiência em que o juiz verificará se há o dever de prestação ou/e proteção e analisará como deve a legislação tratar a fim de evitar que a tutela fique abaixo do mínimo exigido da proteção jurídico-constitucional (MARINONI, 2019, p. 56). Soma-se a isso a atuação do Judiciário no sentido de impor ao Poder Executivo a realização das políticas públicas e da concretização do direito à saúde. O impasse é causado quando o Judiciário ultrapassa seus limites (BARROSO, 2009, p. 35-50).

Contudo, o objetivo do texto é verificar o grau de fundamentação existentes nas decisões do STF no que se refere ao direito à saúde. Para tal, o critério de análise – considerado viável para esta pesquisa – é a citação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais na fundamentação das decisões.

4 FUNDAMENTAÇÕES DAS DECISÕES REFERENTES AO ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste tópico delimitar-se-á, relativamente, o grau de fundamentação das decisões do STF com base na existência de citações de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Como exposto no primeiro tópico do texto, o dever de fundamentar as decisões judiciais é inerente ao Estado de Direito constitucional. Ainda, considera-se que fundamentar decisões é argumentar racionalmente, destacando os motivos pelos quais é sustentado o dispositivo normativo da decisão. Como a decisão é a concretização/realização de direito e de um dever, na fundamentação deve-se encontrar os dispositivos constitucionais, legais e/ou infralegais que a sustentam. Isso significa que cabe ao magistrado extrair o direito do texto legal por meio da interpretação. Esta interpretação deve estar orientada por uma prática argumentativa que tenha racionalidade e legitimidade (MARINONI, 2019, p. 66).

¹³ Segundo a pesquisa Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (2019) realizada pelo INSPER para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o número de demandas no judiciário em primeira instância correspondeu o aumento em torno de 130% no período de 2008-2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

4.1 PRESSUPOSTOS DA PESQUISA

Com objetivo didático, classificar-se-á as decisões em fortes, médias e fracas. Fortes serão consideradas as decisões que citam dispositivos constitucionais e infraconstitucionais; as médias estarão relacionadas às decisões que se baseiam em dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais; e as fracas consistirão nas decisões que não citam dispositivos constitucionais nem legais. Contudo, estabelece-se alguns pressupostos argumentativos desse texto: 1) por se tratar de decisões oriundas do STF, em tese, os dispositivos constitucionais devem ser os mais citados; 2) ainda, por se tratar de decisões do STF, pressupõem-se que as decisões se encontram pautadas por fundamentações exemplares; 3) não se analisará os argumentos da fundamentação das decisões nem se elas se encontram de acordo com os fundamentos constitucionais ou/e infraconstitucionais; 4) a pesquisa apontará, somente, a existência ou não, nas decisões do STF, da citação de dispositivos constitucionais e/ou infraconstitucionais como elemento de fundamentação; 5) a pesquisa optou por levantar dados das decisões referentes ao direito à saúde pelo fato de ser um direito social que apresenta relevante número demandas no Poder Judiciário e por ser um direito que possui uma regulamentação infraconstitucional extensa, o que deveria “estimular” a citação de dispositivos infraconstitucionais nas fundamentações das decisões do STF.

4.2 GRAU DE FUNDAMENTAÇÃO (INFRA) CONSTITUCIONAL DAS DECISÕES RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE

Destarte, uma das formas de análise do grau de fundamentação das decisões do STF que versam sobre o direito à saúde pode ser escandida conforme a vinculação do argumento com a citação dos dispositivos legais que incidiram ou deixaram de incidir. Nesse caso, faz-se necessário que na fundamentação sejam citados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais conjugados com os argumentos de fato e de direito. Destaca-se que, em um sistema como o brasileiro, o controle de constitucionalidade difuso intensifica a responsabilidade da Suprema Corte, tornando-a redobrada no estabelecimento de precedentes claros e bem definidos para que os juízes e tribunais ordinários possam segui-los com segurança. Sem o respeito aos precedentes do STF ter-se-á a incoerência e a irracionalidade do sistema (MARINONI, 2019, p. 53).

Por conseguinte, tal irracionalidade acentua-se quando o STF não estabelece ou não mantém uniformidade em suas decisões para casos iguais ou semelhantes. Outro fator a causar irracionalidade é o fundamento sem a referência ao dispositivo legal que incide no caso concreto, o que está evidência nesse texto. Isso pelo fato de a ausência de fundamentação e/ou de referência aos dispositivos a incidirem no caso concreto ocasionarem um grau de insegurança jurídica, na medida em que o direito não se justifica por si só, pois ele carece de fundamentos (KRIELE, 1979, p. 12).

A pesquisa abrangeu as decisões do STF proferidas entre 2016-2018. Esse período de dois anos compreende a entrada em vigor do novo CPC e se pressupõe um tempo adequado para estabilização das decisões relativas às demandas de acesso ao direito de saúde, no sentido de redução de controvérsias entre decisões. Em termos de levantamento, foram encontradas 25¹⁴ decisões que versam sobre fornecimento de medicamentos. Em 10 decisões não citavam nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional, sendo em 12 citam dispositivos constitucionais, em 1 citam dispositivos infraconstitucional e em 2 decisões citam dispositivos constitucionais¹⁵ e infraconstitucionais¹⁶. O levantamento das decisões foi realizado no sítio¹⁷ do STF no período de janeiro a março de 2019.

O fornecimento de tratamento é objeto de 27¹⁸ decisões do STF. Em 8 decisões não se encontram citações de dispositivos (infra e) constitucionais, já em 16 decisões encontram-se citações de dispositivos constitucionais¹⁹, em 2 decisões encontram-se citações de dispositivos (infra e-) constitucionais. Por fim, em uma encontra-se citação de dispositivos infraconstitucionais²⁰. Em relação ressarcimento de tratamento, tem-se 1²¹ decisão, também,

¹⁴ AI 669098 AgR, ARE 1142258 AgR., ARE 1155501 AgR, AI 639436 AgR, RE 1047362 AgR, ARE 1065116 AgR, RE 1021895 AgR, SL 710 AgR, ARE 1037265 AgR, RE 1021259 AgR, ARE 965343 AgR, ARE 984485 AgR, ARE 952614 AgR, ARE 968012 AgR, ARE 921654 AgR, RE 894385 AgR-ED, ARE 977190 AgR, ARE 963221 AgR, RE 892590 AgR-Segundo, RE 953711 AgR, ARE 935824 AgR, ARE 968392 AgR, ARE 950503 AgR, ARE 926469 AgR, ARE 831915 AgR.

¹⁵ Dispositivos constitucionais citados nas decisões: Art. 127, Art. 196, Art.5, caput e §1º, Art. 6º, Art. 196, Art. 2º, art. 198, §§ 1º e 2º.

¹⁶ Dispositivos infraconstitucionais citados nas decisões: Art. 275- Código Civil, Recomendação CNJ n.31/2010, enunciados 14,16,57,59, - fórum nacional do judiciário para a saúde, Portaria n. 2.982/2009, Art. 241 CE-RS, Lei Estadual nº 9098/93- RS, Lei Estadual nº Lei 9.828/93- RS, Art. 6º da Lei 8.080/1990, Art. 7º da Lei 9.782/1999, Art. 16 da Lei 6.360/1976.

¹⁷ www.stf.jus.br

¹⁸ ARE 1147897 AgR, RE 1016398 AgR, ARE 1119355 AgR, ARE 1113966 AgR, ARE 1121669 AgR, ARE 1111783 AgR, RE 1036267 AgR-ED, ARE 1058131 AgR, ARE 1102821 AgR, ARE 1089789 AgR, ARE 1038202 AgR, STA 674 AgR, ARE 1052114 AgR, ARE 1039125 AgR, SL 559 AgR, ACO 1472 AgR-Segundo, ARE 1041029 AgR, ARE 1037383 AgR, ARE 968896 AgR-Segundo, AI 863852 AgR, ARE 983096 AgR, RE 962022 AgR, ARE 947297 AgR, ARE 943547 AgR, ARE 930647 AgR, RE 933857 AgR, RE 979742 RG.

¹⁹ Art. 196, Art. 197, Art. 198, I, Art.5º, caput, Art. 2, Art. 6º, Art. 167, Art. 1º, III.

²⁰ Arts. 2º, § 1º, 6º, I, d, da Lei 8.080/1990, Portaria 3.916/1998 do Ministério da Saúde, Art. 2º, 3º e 12, da Lei 10.216/2001, Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999.

²¹ ARE 980232 AgR.

1²² em relação ao fornecimento de exames no exterior, ambas não citam dispositivos (infra)constitucionais. Salienta-se que foi encontrada 1²³ decisão cujo objeto é assistência médica para dependentes de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial e que cita dispositivo constitucional²⁴.

Ainda, verificou-se mais três temáticas de decisões diferentes. A primeira trata-se de 2²⁵ decisões que envolvem o fornecimento de tratamento fora do domicílio, sendo que uma cita dispositivos (infra e) constitucionais²⁶ e outra nenhuma referência constitucional ou infraconstitucional. Também, destacam-se decisões que versam sobre o fornecimento de insumos ou materiais para a saúde que são 6²⁷, sendo que 3 citam dispositivos (infra-e)²⁸ constitucionais e as outras 3 citam dispositivos constitucionais²⁹. Por fim, têm-se 4³⁰ decisões sobre aplicação do percentual de gastos públicos com saúde, sendo que 2 decisões citam dispositivos (infra e) constitucionais³¹ e 2 citam dispositivos constitucionais³².

A seguinte tabela resume a pesquisa em termos de quantidade e de percentual, mostrando um número de 31,3% fundamentações que não citam qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional. No caso de referências de dispositivos infraconstitucionais têm-se porcentagem menor, de 3%³³. Contudo, 65,7% das fundamentações citam artigos constitucionais e infraconstitucionais; trata-se de um número que pode ser considerado baixo na medida em que o STF desempenha o papel de Corte Constitucional, e, por isso, que estabelece precedentes que irradiam por todo o sistema judiciário.

²² STA 211 AgR.

²³ RE 1006984 AgR.

²⁴ Art. 53, IV, do ADCT.

²⁵ ARE 1124497 AgR, RE 634955 AgR.

²⁶ Dispositivos constitucionais citados nas decisões: Art. 196 e Art. 23, II. Dispositivos infraconstitucionais citados nas decisões: Art. 241- CE-RS, Art. 1º§§ 1º e 2º; Art. 4º -Portaria SAS/ nº 55/1999.

²⁷ ARE 936301 AgR, ARE 1049831 AgR, RE 1070466 AgR, ARE 1081956 AgR, ARE 1101916 AgR, RE 1131830 AgR.

²⁸ Dispositivos infraconstitucionais citados nas decisões: Portaria 796 do Ministério da Saúde, Lei nº 13.146/2015, Art. 2º da Lei 8.080/90, Artigo 9º, inciso III, da Lei n. 8.080/90.

²⁹ Dispositivos constitucionais citados nas decisões: Art. 196.

³⁰ ACO 1224, ACO 1854 AgR, ACO 2075 AgR, ARE 682893 AgR.

³¹ Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90.

³² Dispositivos constitucionais citados nas decisões: Art. 196, Art. 198, Art. 199, Art. 198, § 2º, Art. 77, II, do ADCT, Art. 127, Arts. 194 e 195.

³³ Embora se trate de portarias, é curioso ressaltar que a União possuía mais de 20 mil Portarias do Gabinete do Ministro relativas ao SUS. Conforme o Art. 59 da CRFB combinado com Art. 16 da Lei Complementar n. 95/98 procedeu-se consolidação das portarias relativas ao SUS. Com isto, chegou-se aos seguintes números: mais de 20 mil Portarias do Gabinete do Ministro analisadas; 700 Portarias continham normativas válidas diretamente relacionadas ao SUS; cerca de 20 mil Portarias revogadas. BRASIL. *Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. <http://www.conass.org.br/consensus/consolidacao-das-normas-sus/>. Acesso em: 02/01/2020. Agradece-se ao José Drumond, servidor da Prefeitura Municipal de Pelotas/RS.

TABELA 1: Análise de decisões do Supremo Tribunal Federal do período de 2016-2018, em quantidade e percentual de acordo com a fundamentação legal.

Artigos utilizados	Quantidade	Percentual
Somente artigos constitucionais	34	50,8 %
Somente artigos infraconstitucionais ³⁴	02	3,0 %
Artigos constitucionais e infraconstitucionais	10	14,9 %
Não consta ³⁵	21	31,3 %
Total de decisões analisadas	67	100%

Fonte: Elaboração própria, dados obtidos com base na pesquisa no Supremo Tribunal Federal, 2019.

Ao situar os fundamentos das decisões nas categorias propostas nesse artigo, retiram-se as seguintes perspectivas: 21 são classificadas como fracas, 36 se enquadram em médias e 10 apresentam-se como fortes. Devido aos números apresentados, é possível ter uma ideia de que o STF não tem como praxe argumentativa decidir citando dispositivos constitucionais conjugados com dispositivos infraconstitucionais. Isto é fator que pode enfraquecer a racionalidade decisória e prejudicar o estabelecimento de precedentes a serem observados pelos juízes e tribunais. Por conseguinte, sem precedentes e sem a observância dos mesmos, a unidade, a clareza e a generalidade do direito ficam prejudicadas; ainda, a promoção da igualdade de decidir casos iguais de forma igual (MARINONI, 2019, p. 100-104) torna-se uma tarefa complicada devido à ausência de parâmetros legitimadores, que é a legislação.

CONCLUSÃO

O direito social à saúde é assegurado na CF de 1988, integrando um sistema normativo que promove o funcionamento e acesso das políticas públicas de saúde pelo Estado. Além disso, é um direito social com muitas demandas no Judiciário. Nesse contexto, a resposta do judiciário se relaciona entre o reconhecimento e concretização do direito social à saúde e os limites do judiciário com o que estabelece o sistema jurídico-normativo.

³⁴ Nesta pesquisa ao se referir a artigos infraconstitucionais foram consideradas tanto normas infraconstitucionais como também infralegais.

³⁵ Na classificação aplicada trata-se de decisões que em sua fundamentação não fazem referências a dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais.

Arelado ao dever de fundamentação, sendo intrínseco ao Estado democrático de direito, a pesquisa buscou observar se as decisões do STF utilizam fundamentação com base na legislação, por meio da citação normativa de artigos constitucionais ou infraconstitucionais. Cabe, ressaltar que para efetivação do direito ao acesso à saúde existe um ordenamento complexo e detalhista de normas; reunidos tanto em normas constitucionais como normas (infra) constitucionais.

Os dados apresentados demonstram que as decisões emanadas no STF têm como menor índice versões fortes de fundamentação; das decisões analisadas 14,9% o que representam 10 decisões. Em linhas gerais, os números apresentados demonstram que o STF não costuma decidir citando dispositivos constitucionais conjugados com dispositivos infraconstitucionais. Decisões que não levam em conta todos os argumentos propostos em termos de legislação colaboram com a possibilidade de fragilização da fundamentação da decisão.

O dever de fundamentação é imperativo constitucional, além disso, a motivação da decisão possibilita o acesso, demonstrando a relação jurídico-normativa para a realização do acesso ao direito fundamental. A efetividade do direito social à saúde e das políticas públicas integrantes, dependem da aplicação das normas jurídicas. Esse grau de verificabilidade se dá através da decisão fundamentada, onde se encontram o fundamento normativo podendo ser verificado por qualquer cidadão. Decisões que não estão adequadamente fundamentadas no sistema normativo, fragilizam os princípios da República, da democracia e prejudicam as próprias políticas públicas que promovem o direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Direito à saúde e Democracia Sanitária*. São Paulo: Quartier Latim do Brasil, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 16/07/2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. <http://www.conass.org.br/consensus/consolidacao-das-normas-sus/>. Acesso em: 02/01/2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. In: *Revista Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v.60, n.188, p.35-50, 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. acesso em: 16 jan. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. In: *Revista de Direito Sanitário*. V. 9. N. 3. São Paulo: USP, p. 9-34, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>. Acesso em: 16 jan. 2019.

KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

MARQUES, Silvia Badim. A judicialização do direito à saúde. In: *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. v. 9, n. 2, p. 65-72. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117>. Acesso em: 16 jan. 2019.

OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de. *Direito social à saúde e judicialização da política no Brasil: uma análise a partir da solidariedade jurídico-normativa após a constituição federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio Grande: Universidade Federal de Rio Grande – FURG. Rio Grande, 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano

Benetti Timm (Org.), *Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível*. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, p. 13-50, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, instituto nacional de direito público, nº 11, 2007. Disponível em : https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. 16 jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In: *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 08 jul. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 08 jul. 2019.