

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DO
SUS COMO POLÍTICA PÚBLICA.**

MARINA EMILIO DA COSTA

**Rio de Janeiro
2018/ 2ºSEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

C837j COSTA, MARINA EMILIO DA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DO SUS COMO
POLÍTICA PÚBLICA. / MARINA EMILIO DA COSTA. -- Rio
de Janeiro, 2018.
63 f.

Orientadora: VANESSA OLIVEIRA BATISTA BERNER.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Sistema Único de Saúde. 2. Políticas Públicas.
3. Direito Fundamental. 4. Constituição da República
Federativa do Brasil. 5. Judicialização da Saúde. I.
BERNER, VANESSA OLIVEIRA BATISTA, orient. II. Título.

MARINA EMILIO DA COSTA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DO
SUS COMO POLÍTICA PÚBLICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Vanessa Oliveira Batista Berner.**

**Rio de Janeiro
2018 / 2º SEMESTRE**

MARINA EMILIO DA COSTA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professora Dra. Vanessa Oliveira Batista Berner.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 2º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Universidade Federal do Rio de Janeiro, minha segunda casa e onde fui feliz durante tantos anos, seja no Colégio de Aplicação ou na Faculdade Nacional de Direito.

Após, agradeço à Vanessa Berner, minha querida orientadora, cujas palavras sempre soam como um abraço, por todo o apoio não só acadêmico, mas também fraternal.

Agradeço às amadas companheiras Ana Clara Medeiros, Caroline Scanci e Camilla Gutierrez, por todo o suporte, generosidade e sororidade. Sou certa em dizer que nada seria da mesma forma se não tivéssemos passado por tudo isso juntas. Muito obrigada.

Agradeço aos amigos que fiz durante a graduação, em especial a Adler Moraes, Beatriz Neves, Daniele Libório, Gabriella Braga, Isabella Toscano, Larissa Pessanha, Ludmila Lago, Maria Clara Mendonça e Rodrigo de Paula, por terem tornado essa caminhada mais leve e divertida.

Agradeço aos meus pais, Carlos Vilmar da Costa e Norma Emilio, pelo amor incondicional e por terem investido tanto em minha carreira acadêmica. Sem o apoio de vocês, nada disso seria possível.

Agradeço ao melhor companheiro do mundo, Flock, detentor do amor mais puro e simples, por sempre estar comigo, mesmo nas tantas noites em claro.

Agradeço ao Carlos Eduardo Correia, meu grande amor e com quem escolhi dividir minha vida, por toda a paciência, generosidade e carinho durante essa longa jornada. Muito obrigada por ser o maior incentivador de meus projetos e me dar coragem para seguir em frente.

Agradeço às minhas irmãs Beatriz e Karla da Costa, que me fizeram ter a certeza de que as mulheres podem mudar o mundo.

Agradeço à minha família, na pessoa de Célia Emilio, por absolutamente tudo (com todo o peso que essa palavra possa carregar).

Agradeço à Lucimar Peclat, minha segunda mãe, por sempre acreditar em mim, mesmo de longe.

Agradeço à Suzy Moreira, minha terceira mãe, por todo o afago, palavras e sorrisos durante esse período.

Agradeço aos irmãos do coração Amanda Rossi, Beatriz Bassil, Deborah Silva, Julia Triani, Fabíola Machado, Fernanda Oliveira, Fernanda Otsuka, Gabriel Godinho, Ingrid Alves, Renan Leite, Ximena Murua e Yuri Cabral pela amizade e suporte durante toda a vida.

Agradeço à minha família enviada por Deus`, na pessoa de Vitor Rodegher, por multiplicarem o amor e demonstrarem que os verdadeiros laços familiares independem de sobrenome.

Por fim, agradeço à Defensoria Pública da União por todos os ensinamentos de humanidade e pelo trabalho em fazer com que o Direito seja, de fato, acessível.

*À Ana, à Benilda e ao Luca,
com todo amor do mundo.*

*A essência dos Direitos Humanos
é o direito a ter direitos
Hannah Arendt*

O tema abordado no presente trabalho diz respeito à judicialização do direito fundamental à saúde. Com a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) em decorrência da promulgação da Constituição de 1988, a saúde tornou-se um direito fundamental social no Brasil, sendo o Estado obrigado a garanti-la de maneira ampla e irrestrita. Tal garantia é realizada, principalmente, pelos Poderes Executivo e Legislativo, os quais determinam o orçamento público a ser investido. Nesta toada, diante da precarização de alguns serviços, observou-se a falta de perspectiva dos cidadãos no que se refere à resolução de demandas de saúde através da via administrativa, tendo como consequência a crescente judicialização destes pleitos, o que exige ingerência do Poder Judiciário. Portanto, serão analisados os limites do Poder Judiciário na atuação jurisdicional, bem como as consequências decorrentes do crescimento exponencial da judicialização da saúde.

Palavras Chave: Judicialização; Direito Fundamental; Constituição; Sistema Único de Saúde.

The subject treated in the present paper regards the judicialization of the fundamental right to health. With the “Sistema Único de Saúde” (SUS) implementation due to the promulgation of the 1988 Constitution, health has become a fundamental right in Brazil, in which the Estate is required to guarantee it widely and irrestrictively. Such guarantee is carried out, mainly by the Executive and Judiciary Systems, which will determine the public budget to be invested. In this environment, due to some precarious services, a lack of perspective for the citizens has been observed in relation to the solution to the health demands in the administrative area, having, as a consequence, the increase of the judicial pleas, which demands the judiciary system interference. Therefore, the limits of the judiciary system in the judicial expertise will be analysed, as well as its consequence, resulting from the exponential increase of health judicialization.

Keywords: Judicialization; Fundamental Right; Constitution; Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	14
1.1. Contexto Histórico.....	14
1.2. A Saúde como direito fundamental social e os impasses do SUS.....	18
2. A JUDICIALIZAÇÃO.....	31
2.1. A judicialização das políticas públicas	31
2.2. A judicialização da saúde e seus os critérios	36
3. OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE.....	44
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de uma inquietação pessoal em que eu, como graduanda em Direito, optei por estagiar na Defensoria Pública da União durante dois anos, aproximadamente, local em que aprendi não apenas sobre Direito Civil, Constitucional, Penal e Previdenciário, mas, principalmente, a utilizar o Direito como instrumento de humanidade. Neste sentido, atuei em centenas de processos cujo objeto era a concessão de medicamentos e/ou tratamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Estagiar na Defensoria permite com que se tenha contato direto com assistidos, objetivando, acima de tudo, o acesso à justiça. Assim, realizei diversos atendimentos na Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, onde comecei a dimensionar, mesmo que minimamente, o enorme volume de demandas judiciais com a finalidade de que se efetive o acesso à saúde.

Portanto, tendo como preocupação central a investigação do crescimento destas demandas, as quais são propostas, na grande maioria das vezes, de maneira individual, este trabalho monográfico tem como objetivo analisar o fenômeno da judicialização da saúde, os limites da atuação judicial nessa esfera, bem como o papel essencial do Sistema Único de Saúde no que tange ao acesso a esse direito fundamental.

Para tanto, utiliza-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetivando explicitar as divergentes opiniões acerca do tema, bem como as consequências decorrente do ativismo judicial em conflito com a nova percepção a respeito da separação de poderes e a ideia de mínimo existencial, fundamento basilar no que tange ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante, analisa-se a saúde enquanto regime jurídico-constitucional, observando a Saúde enquanto direito fundamental social e o panorama histórico decorrente da criação do SUS.

Criado após a promulgação da Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde proporcionou com que o acesso à saúde no Brasil, antes fornecido apenas aos trabalhadores

vinculados à Previdência Social, fosse realizado de maneira universal, sem qualquer discriminação.

Por conseguinte, os que, anteriormente, eram cerca 30 milhões de pessoas com acesso aos serviços hospitalares, cabendo o atendimento aos demais cidadãos às entidades filantrópicas, estes multiplicaram-se, trazendo o SUS atenção integral à saúde, e não somente os cuidados assistenciais. Assim, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida.

Cumprе ressaltar, como restará exposto adiante, que o sistema de saúde brasileiro hoje é universal em sentido amplo, de forma irrestrita, inclusive com o fornecimento de medicamentos, insumos e equipamentos a portadores de doença que, comprovadamente, através de prescrição de profissional habilitado, deles necessite. Nesse sentido, todos os brasileiros devem, com base dos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil no que tange aos direitos sociais e fundamentais do cidadão, ter acesso à saúde garantido pelo Estado.

Muito embora o orçamento público limite a atuação do SUS em sua função originária, o Poder Judiciário tem tido cada vez mais ingerência no que tange à saúde pública, mesmo a atuação sendo, primariamente, dos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista que é função deste, também, a garantia da dignidade humana.

No entanto, em decorrência da grandeza e profundidade acerca do tema e das grandes discussões acerca deste, a finalidade principal do presente trabalho é elucidar se a judicialização da saúde é, de fato, a maneira mais efetiva de se garantir direitos.

1. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

1.1. Contexto Histórico

O Sistema Único de Saúde foi criado pela Constituição de 1988, sendo considerado um dos maiores avanços da Constituição cidadã, dado o contexto histórico em que foi criada.

Apesar de as primeiras leis sociais terem sido criadas no final do séc. XIX, considera-se que as primeiras políticas públicas de proteção social surgiram com o processo de industrialização e movimento operário brasileiro, em virtude de seu caráter pontual e isolado.¹

Everardo Duarte Nunes elucida a tese de que o Brasil, no período de 1880 e 1930, teve suas ações voltadas à ciência, dedicando-se, principalmente, à investigações parasitológicas e bacteriológicas. Olvidava-se, nesta época, das questões sociais que ocasionavam as eventuais patologias, preocupando-se, somente, com a produção agroexportadora e as doenças tropicais. Os negros e pobres não tinham voz e, portanto, não eram ouvidos como detentores de direitos. Apenas deveriam se conformar com a submissão imposta pelo governo.²

Em 1918, portanto, com o objetivo de promover campanhas de saneamento e controle de endemias, surge o Código Sanitário Brasileiro. Neste contexto, a saúde era marcada por campanhas sanitárias e mudança dos órgãos federais, resultando na criação do Departamento Nacional de Saúde Pública, o qual atuava nas áreas de saneamento urbano e rural, higiene industrial, bem como serviços de higiene materno-infantil.³

Em 1923 foram criadas as Caixas de Aposentadorias e Pensão (CAP's) pela Lei Eloy Chaves, publicada em 24 de janeiro, tornando obrigatório o seguro social, bem como o financiamento contributivo pelo empregado e empregador. Neste prisma, as CAP's atendiam setores economicamente estratégicos do Brasil, o qual estava vinculado à produção e reprodução de mercadoria à época.⁴

¹ SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. **Política pública de saúde no Brasil: História e Perspectivas do Sistema Único de Saúde – SUS.**

² NUNES, Everardo Duarte *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. **Judicialização das Políticas Públicas de Saúde.** Belo Horizonte: Ed D'Plácido, 2015. p. 80

³ SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. *op. cit.*

⁴ PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 80

Deve-se ressaltar que a referida política social é decorrente do Movimento Operário, haja vista o rápido processo de industrialização e acelerada urbanização que constituíam o contexto histórico da época. Assim, tal dispositivo vem apenas conferir *status* legal a iniciativas já existentes de organização dos trabalhadores fabris, visando garantir pensão em caso de acidente ou afastamento do trabalho decorrente de doença, bem como uma futura aposentadoria. A Lei Eloy Chaves, além de ser a base da seguridade social, tratava sobre a concessão de serviços de assistência médica e medicamentos a seus segurados.⁵

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, decorrente da Revolução de 30, o Brasil passou por várias transformações políticas e econômicas, incluindo a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como os Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAP's. Resta mencionar que se acentua nesses institutos o componente da assistência médica, em parte por meio de serviços próprios do Estado, mas, principalmente, por meio da compra de serviços do setor privado.⁶

Em 1937, funda-se o Departamento Nacional de Saúde, o qual era responsável por coordenar as campanhas sanitárias. Cumpre salientar que neste período as políticas públicas não tinham como finalidade principal a saúde preventiva, sendo focadas em campanhas contra epidemias e com a saúde curativa individual, a qual era destinada aos trabalhadores contribuintes através da previdência social. De acordo com Fernanda Oliveira Sarreta, o atendimento à população carente era realizado pela Igreja, através de projetos filantrópicos.⁷

Diante do complexo período de enormes conflitos político-sociais não apenas em território nacional, mas, também, mundial, em decorrência do medo constante da expansão do socialismo, apenas em 1948 há retomada da medicina com caráter social, posto que o entendimento à época seria de que o favorecimento de tais políticas poderia favorecer a ideia de práticas com viés socialista.⁸

Assim, com o término da Segunda Guerra Mundial, tendo sido determinada a divisão do mundo no que tange aos governos de ideologias capitalistas e socialistas, a relação entre

⁵ SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. *op. cit.*

⁶ *Ibidem*

⁷ SARRETA, Fernanda Oliveira *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. **Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Belo Horizonte: Ed D'Plácido, 2015. p. 80

⁸ PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 81

Estado e Sociedade sofre uma reviravolta, a qual é explicada, principalmente, pela implementação de políticas públicas destinadas ao Estado de Bem-Estar Social, o que era evidenciado de maneira clara nos países desenvolvidos.⁹

Sob influência destas políticas, o conceito de saúde é modificado. Com o advento da Organização Mundial da Saúde em 1946, bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a Saúde enquanto instituto passa a ser vista sob outra perspectiva¹⁰, com enfoque no bem-estar tanto físico quanto mental, no qual incluía-se a proteção do indivíduo e da família, habitação, desemprego, invalidez, velhice e outros aspectos.

Já sob o Regime Militar (1964 – 1985), começa no país o sistema público de previdência social, tendo como consequência a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. que resultou da unificação dos IAP's. Cria-se o Instituto Nacional de Administração da Previdência Social e o Sistema Nacional de Assistência Médica. O INPS consolida o componente assistencial, marcado pela compra de serviços assistenciais do setor privado. Em conformidade com o exposto por Everardo Nunes, a tese de que o governo militar tenha adotado um modelo de medicina curativista, médico-centrado (individuais), especializado e com elevadas tecnologias é válido, sim. No entanto, este modelo era extremamente dependente da “indústria da saúde”, posto a necessidade de investimentos do setor privado.¹¹

Observa-se que antes da criação do SUS havia apenas intervenção estatal em casos graves, aqueles que não pudessem ser resolvidos pelos próprios cidadãos ou que representassem um risco de epidemia à população ou à economia. Ademais, no que se refere à organização dos serviços de saúde no Brasil, havia uma evidente separação, em decorrência da existência de ações voltadas para a prevenção, ambiente e coletividade; a saúde do trabalhador, inserida no Ministério do Trabalho e, ainda, as ações curativistas e individuais que integravam a medicina previdenciária e as modalidades de assistência médica liberal.¹²

Com o intento de modificar essa realidade, organizou-se um movimento social, formado pela sociedade, pesquisadores, estudantes e profissionais da saúde que propunha a

⁹ *Ibidem*

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ NUNES, Everardo Duarte *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 82

¹² SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. *op. cit.*

resolução do imbróglio e a democratização do acesso à saúde no país. Esse movimento foi denominado como Reforma Sanitária Brasileira, sendo considerado o estopim para a proposta de criação do Sistema Único de Saúde – SUS.¹³

A primeira proposta do SUS foi apresentada pelo CEBES no I Simpósio de Política Nacional de Saúde da Câmara dos Deputados no ano de 1979, que, posteriormente, viria a ser adotada na CRFB/88. A partir de tal marco, a saúde passa a ser direito fundamental e dever do Estado, tendo como pontos básicos: a visão das necessidades individuais e coletivas como sendo de interesse público e o atendimento como um dever do Estado; a assistência médico-sanitária integral passa a ter um caráter universal e destina-se a assegurar a todos o acesso aos serviços; os serviços devem ser hierarquizados segundo parâmetros técnicos e a sua gestão deve ser descentralizada.¹⁴

Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabelece, ainda, que o custeio do Sistema Único de Saúde deverá ser essencialmente de recursos governamentais da União, estados e municípios, assim como as ações governamentais deverão ser submetidas a órgãos colegiados oficiais, quais sejam os Conselhos de Saúde, com representação paritária entre usuários e prestadores de serviços.¹⁵

Todavia, deve-se destacar que, antes da Constituição Federal de 1988, houve, em 1986, a VIII Conferência Nacional de Saúde, na qual se consagrou uma concepção ampliada de saúde, entendendo-se o direito à Saúde como um direito universal e de dever do Estado.¹⁶

Logo, nota-se que tal valor foi incorporado pela Carta Magna posteriormente. Insta salientar que, com o intuito de viabilizar a universalização e equidade do acesso aos serviços de saúde, foram criados os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) em 1987.¹⁷

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *Ibidem*

1.2. A Saúde como direito fundamental social e os impasses do SUS

A partir do conceito filosófico de Norberto Bobbio¹⁸, tem-se os direitos humanos como direitos históricos, os quais surgem e fundamentam-se de acordo com as atribuições temporais e espaciais em que são desenvolvidos. A partir de tal conceito, entende-se que os direitos fundamentais são positivados consoante às demandas de cada época, corroborando para a tese de que tais direitos não são sucessivos, mas, sim, complementares, podendo, portanto, coexistir.¹⁹

Ao passo que as demandas da sociedade se modificam ao longo do tempo, há, também, uma mudança no paradigma concernente aos limites éticos, jurídicos e políticos que legitimam o poder estatal. No que compete aos direitos de liberdade, nos quais a atuação do Estado é, majoritariamente, omissiva, para a igualdade material há a necessidade de prestações efetivas.

Muito embora a ideia de Estado Social baseada na ideia clássica de separação de poderes relegue ao Poder Executivo a concretização dos direitos sociais por intermédio das políticas Públicas, esta noção o que se contrapõe ao Estado liberal burguês, cujo reconhecimento do homem livre como sujeito de direitos²⁰ se constituem somente com a atuação de um Estado Social.

Neste seguimento, o conceito de Estado Social ainda baseado na noção de separação de poderes trazida por Montesquieu, trazia a noção de que as políticas públicas poderiam ser efetivadas somente pelo Poder Executivo.

No entanto, diante da ideia neoliberal trazida pelo capitalismo tido como “pós-moderno”, na qual as leis do mercado requerem posturas abstencionistas dos Estados, criam-se os direitos de fraternidade²¹, destacando-se o direito à qualidade de vida saudável e

¹⁸ BOBBIO, Norberto *apud* DANIELLI, Ronei. **A Judicialização da Saúde no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018. p. 23

¹⁹ Cumpre esclarecer que a teoria geral sobre os direitos fundamentais não é objeto do presente trabalho monográfico, motivo pelo qual não haverá extensa análise sobre o referido instituto. Nesse sentido, para maiores aprofundamentos, indica-se a consulta à obra de Ingo Sarlet.

²⁰ Tem-se, neste contexto, os direitos de igualdade material como as demandas de segunda dimensão de direitos.

²¹ Trata-se os direitos de fraternidade como a terceira dimensão dos direitos fundamentais.

em um meio ambiente equilibrado. Assim, atribuiu-se ao Poder Judiciário, num Estado Democrático de Direito, a incumbência de garantir tais direitos.

Aduz Lenio Luiz Streck sobre o papel assumido pelo Estado Democrático de Direito:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.²²

Ainda, para Streck, o padrão assumido pelo Estado Democrático de Direito traz consigo nova maneira de atuação do Poder Judiciário no que tange à consolidação dos direitos fundamentais e construção da dignidade da pessoa humana, o que ocorre, majoritariamente, em países ainda não desenvolvidos, como o Brasil, no qual o projeto de modernidade ainda não foi efetivado e o Estado não passou de simulacro.²³

Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico). Na verdade, o que propugno é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição (hermeneuticamente, essa “disposição” nada mais é do que uma forma de “objetificação”). A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois! Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Não pode, pois, ser deslegitimado. Afinal, como bem assinala Friedrich Müller, a função do direito

²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 266-267, maio/ago. 2003.

²³ DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 26

constitucional, da legislação e da concretização da Constituição é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

Nesta toada, os direitos fundamentais, sob a óptica do constitucionalismo fraternal, devem, obrigatoriamente, valer-se da premissa inicial de afirmação do núcleo, do que dispõe a Constituição sobre o Estado Democrático de Direito, definidas tanto no preâmbulo²⁴ como no art. 3º da CRFB/88, a saber:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Destarte, o constitucionalismo brasileiro, assim como grande parte da Europa, historicamente estabeleceu um expoente no que concerne à positivação dos direitos sociais, hoje entendidos como fundamentais, tendo como consequência ampliação dos deveres do Estado, o qual obrigou-se a implementar políticas públicas que permitissem de maneira substancial o acesso e a efetividade das garantias constitucionais, objetivando, portanto, a igualdade não só formal, mas, também, material. Nesta toada, aduz Patrícia do Couto Villela Abbud Martins:

(...) tanto a igualdade formal (legal, que garante o tratamento paritário em nível legislativo e na aplicação do Direito) quanto a igualdade material (social, que, com força propulsora mais dinâmica, irradia uma perspectiva utilitarista na busca da efetivação da totalidade do conteúdo da igualdade formal) têm como principal destinatário o Estado, cabendo-lhe a função equilibradora e moderadora das desigualdades sociais. Nesta esteira, a via pela qual a igualdade material se impõe é a afirmação dos direitos fundamentais sociais.²⁵

Nos dias atuais, o direito à saúde tem viés constitucional e está previsto no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República, como um direito social. Nesse sentido, o artigo 194 da Carta Magna determina que: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de

²⁴ “(...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar os exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”

²⁵ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud apud SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde: em busca de uma contensão saudável.** Online. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9#_ftn53>. Acesso em 8 de outubro de 2018.

ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Cumprido ressaltar, como restará exposto adiante, que o sistema de saúde brasileiro atual, em alinhamento com a ideia de que o ordenamento jurídico não se limite ao aspecto formal e se expanda para o ponto de vista axiológico, é universal em sentido amplo, de forma irrestrita, inclusive com o fornecimento de medicamentos, insumos e equipamentos a portadores de doença que, comprovadamente, através de prescrição de profissional habilitado, deles necessite, com o fim de melhorar a qualidade de vida dos cidadãos.²⁶

Neste prisma, todos os brasileiros – e, eventualmente, estrangeiros – devem, com base dos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil no que tange aos direitos sociais e fundamentais do cidadão, ter acesso à saúde (assim como os direitos relativos à moradia, educação, trabalho e outros) garantido pelo Estado, o que gera consequências para o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, respeitando-se suas respectivas atribuições e limitações, haja vista a proposta constitucional de uma sociedade democrática, tendo os direitos sociais, nas palavras de Vicente de Paulo Barreto²⁷, “caráter de exigência moral como condição de sua normatividade”.

Tal prerrogativa é confirmada mediante alguns princípios e garantias constitucionais presentes na Carta Magna, conhecida como Constituição Cidadã, instituída durante a transição do país para um Estado Democrático de Direito e considerada um avanço em questões de garantias individuais e elaboração de medidas progressistas, fenômeno típico das constituições sociais democráticas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, o que evidencia as conquistas e objetivos do constitucionalismo da contemporaneidade, como expõe o Ministro Luís Roberto Barroso:

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo caminho. O constitucionalismo liberal, como ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para um constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.

²⁶ SILVA, Liliâne Coelho da *op. cit.*

²⁷ BARRETO, Vicente de Paulo *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 50

Em alguns países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a consequente redução do campo reservado à deliberação política majoritária.²⁸

O Direito à Saúde é assegurado pelos artigos 196 a 200 da CRFB/88. Nesta seção, é aprofundado ao Estado o dever de garantir a todos, mediante políticas sociais e econômicas, o acesso às ações e serviços de saúde. A Lei 8.080, de setembro de 1990, também conhecida por Lei Orgânica da Saúde (LOS), compõe, juntamente com a Lei 8.142, de dezembro de 1990, a legislação estruturante do SUS.

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.

A partir de sua promulgação, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), visando oferecer a todo cidadão brasileiro o acesso integral, universal e gratuito a diversos serviços de saúde. O SUS passou a disponibilizar procedimentos de consultas, exames, internações e até mesmo outros mais complexos como cirurgias e transplantes, objetivando assegurar a tutela estatal. Nesta toada, resta salientar que, segundo Jairnilson Paim, o SUS não possui um caráter institucional, posto que é um sistema formado por uma série de centros de saúde, ambulatórios, laboratórios e hospitais, tendo como gestor central o Ministério da Saúde, embora também participe de sua gestão a União, os estados, municípios e a comunidade.

Logo, pode-se conceituar o SUS como um conjunto de ações e serviços públicos de saúde, o qual compõe uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada a partir dos procedimentos da descentralização, integralidade e participação da comunidade.²⁹

Aduz o professor da Universidade Federal da Bahia:

Os constituintes de 1988 não foram sonhadores quando asseguraram o SUS. Quando o sistema foi pensado, deveriam ser usados recursos da previdência, de impostos gerais da União, além de outras fontes adicionais como parte do lucro das empresas, participação das loterias, entre outros. Então, quando o SUS foi pensado, também foi pensado no seu financiamento³⁰

²⁸ BARROSO, Luís Roberto *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 29

²⁹ PAIM, Jairnilson Silva *apud* SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. *op. cit.*

³⁰ PAIM, Jairnilson Silva *apud* COSTAL, Inês. **O maior impasse do SUS**. Disponível em: <<http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/noticias/o-maior-impasse-do-sus/>>

Neste giro, foi instituída uma política não apenas de tratamento, mas também de redução e precaução de enfermidades, através da realização de campanhas de vacinação e ações de prevenção junto à vigilância sanitária, como as de fiscalização de alimentos e medicamentos. Portanto, o papel do referido Sistema é de extrema importância, tendo em vista que este foi responsável pela democratização da saúde, tornando-a um direito acessível a todos, ainda que enfrentando problemas diversos, tais como a falta de recursos, o corte de verbas e o subfinanciamento.

No Artigo 7º do Capítulo II da Lei 8.080/90, que trata dos Princípios e Diretrizes do SUS, são definidos os princípios éticos e doutrinários do SUS, a seguir:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Diante do texto constitucional, observa-se diversos princípios que regem o direito a saúde e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Entre eles, o princípio da universalidade, o qual determina que a saúde é um direito de cidadania de todos e cabe ao Estado assegurá-lo, sendo certo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas

as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.³¹

Destaca-se, ainda, o princípio da equidade, cujo objetivo é diminuir desigualdades. Muito embora todos possuam direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por consequência, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade representa igualdade material: significa tratar desigualmente os desiguais e de forma igual aqueles em situações idênticas, o que tem como consequência maiores investimentos em locais em que a demanda deve ser mais efetiva.³²

Por fim, tem-se o princípio da integralidade, sendo possível identificar na redação do artigo constitucional, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco³³, tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.³⁴

Considerando que a oferta de medicamentos à população pode ser entendida como uma manifestação do direito fundamental à saúde, conforme o texto do art. 196, CRFB/88³⁵, pode-se afirmar que a ausência de condições financeiras dos hipossuficientes para suportar a aquisição de determinados medicamentos indispensáveis à sua saúde impossibilita o atendimento integral à saúde garantido constitucionalmente.

Não obstante, através de seus princípios e sua prerrogativa política, a assistência farmacêutica passou a ser garantida pelo SUS, atendendo casos de todos os níveis, com

³¹ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. Rev Saúde Pública 2008;42(2):365-9

³² *Ibidem*

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *apud* GOMES, Artur Amaral. **Judicialização do direito à Saúde: O individual vs. o coletivo**. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas. Brasília: v. 2. n. 1. p. 105 – 126. Jan/Jun. 2016.

³⁴ VIEIRA, Fabiola Sulpino. *op. cit.*

³⁵ 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.

especial atenção aos de maior complexidade, pois parcelas significativas da população não poderia arcar com o valor do tratamento sem prejuízo da própria subsistência.

Sabe-se que o tratamento de uma patologia envolve a utilização de medicamentos, a curto, médio e longo prazo, prescritos pelo profissional de saúde. Em muitos casos, os medicamentos garantem a todos o direito à uma sadia qualidade de vida, direito este pode ser colocado em risco em decorrência das moléstias que acometem os pacientes e não são devidamente tratadas.

A despeito de todos os inegáveis avanços promovidos pelo SUS, como atestado anteriormente, a construção e manutenção do SUS encontra vários entraves. A implantação do programa já apresentava diversos impedimentos, principalmente porque sua proposta principal sobre descentralizar suas ações não pôde ser plenamente efetivada, posto que os estados e municípios não possuíam recursos para fazê-la e os repasses de investimento do governo federal foram insuficientes. A solução encontrada, neste contexto, foi a adoção de portarias, chamadas de normas operacionais básicas, as quais estabeleciam responsabilidades sanitárias com metas, atribuições e prazos.

Atualmente, o principal desafio na manutenção do SUS se encontra no subfinanciamento. As verbas destinadas à operacionalização e financiamento do SUS ficam muito aquém de suas reais necessidades. O financiamento do SUS é marcadamente insuficiente, a ponto de impedir não somente a implementação progressiva do sistema, como também o avanço na reestruturação do modelo e procedimentos de gestão em função do cumprimento dos princípios constitucionais.

Com o fim da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), em 2011, o setor da saúde perdeu muitos recursos. Desde sua criação em 1996, a CPMF arrecadou o montante de R\$ 201,2 bilhões, muito embora uma considerável parte deste recurso, mais de R\$ 33 bilhões, foi desviada e não aplicada em sua função originária. A União tentou recriar a CPMF no ano de 2010. No entanto, a oposição no Congresso Nacional conseguiu que ela não fosse

aprovada. Apesar disso, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29, que assegurou os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.³⁶

Desde o “Pacto pela Saúde” em 2006, aperfeiçoaram-se as formas de financiamento: os repasses federais foram simplificados, reduzindo-se a cinco blocos de financiamento. Esta medida facilitou o controle, que é executado, no caso do SUS, pelos Tribunais de Contas, da União, estados e municípios, Poder Legislativo, auditorias e outros órgãos de controle interno do executivo.³⁷

A verba destinada ao SUS tem como objetivo cuidar, além das questões assistenciais, de toda a vigilância à saúde, vigilância de portos e aeroportos, fiscalização de estabelecimentos, vacinas, etc., ao passo que o subsistema de saúde supletiva movimenta cerca de R\$ 40 bilhões ao ano, destinados quase totalmente à assistência médica. Isso faz com que o SUS receba menos recursos para a assistência à saúde dos seus milhões de assistidos do que o utilizado pela saúde supletiva para cobrir seus beneficiários, estes em número significativamente inferior. Cumpre ressaltar que parcela considerável dos usuários da saúde supletiva tem parte da sua assistência feita pelo SUS, haja vista possuírem planos de saúde que não oferecem cobertura integral de tratamentos.³⁸

Apesar de ser um dos maiores entraves, o insuficiente financiamento do SUS não é o único problema detectado. A Gestão, dentro do conceito administrativo, ainda apresenta muitas deficiências. As falhas vão desde a forma de contratação de pessoal até falta de planos de cargos e salários. Vale citar também a corrupção, o desperdício, a ineficácia e ineficiência na gestão do Sistema.

Segundo a Constituição Federal de 1988, cabia à Lei de Diretrizes Orçamentárias a definição do montante a ser gasto em políticas públicas de saúde. Mas, para não haver lacunas, a Constituição definiu o valor apenas para o ano de 1989: a União deveria alocar 30% da Seguridade Social para a saúde. Entre 1990 e 1993, a LDO repetiu esse mesmo montante para investimento em saúde.³⁹

³⁶ SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. *op. cit.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ COSTAL, Inês *op. cit.*

Em 1993, houve uma enorme crise no setor de saúde: o então Ministro da Previdência, Antonio Brito, não repassou os recursos da previdência para o Ministério da Saúde. A partir de 1994, o percentual deixou de ser citado na Lei de Diretrizes Orçamentárias e o financiamento da saúde se tornou dependente de vontade política.⁴⁰

Ainda neste, em decorrência da crise gerada pela falta de recursos da previdência social, foi apresentada a PEC 169, a qual determinava valores mínimos para os municípios, estados e União investirem em políticas públicas de saúde.

A referida PEC estabelecia, além do mínimo de 30% do Orçamento da Seguridade Social, definidos pela Constituição Federal para o ano de 1989 (ano seguinte à sua promulgação), 10% da receita fiscal para União, estados e municípios. A proposta foi votada e transformada em Emenda Constitucional (EC29) em 2000, após algumas transformações. A regulamentação, no entanto, ocorreu apenas em dezembro de 2011. Antes de dezembro de 2011, portanto, antes da regulamentação, os governos usavam subterfúgios, como pagar serviços de limpeza e saneamento ou até o plano de saúde dos funcionários públicos, declarando como gastos públicos de saúde. Com regulamentação da emenda, no entanto, definiu-se o conceito de saúde pública, evitando-se, assim, qualquer ônus orçamentário para o setor.⁴¹

A Emenda Constitucional nº 29 foi sancionada com duas alterações importantes: foram fixados, respectivamente, 12% e 15% da receita para estados e municípios investirem em saúde, ao passo que para a União deveria ser investido o valor do ano anterior, acrescido da variação nominal do PIB dos dois anos anteriores. Ou seja, o governo federal deve investir em políticas públicas de saúde o mesmo valor do ano anterior acrescido do percentual de crescimento da economia brasileira, o Produto Interno Bruto (PIB), dos dois anos anteriores. A decisão é considerada uma derrota para os militantes do SUS porque mantém como base dos recursos federais o valor que já é investido e é considerado insuficiente para a saúde.⁴²

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

Mário César Scheffer⁴³, professor do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo, afirma que se estivesse em vigor a previsão constitucional de que 30% do orçamento da Seguridade Social seria voltado para o SUS, hoje o investimento total seria o equivalente a R\$ 195 bilhões. Contudo, o orçamento federal do SUS está em R\$ 84 bilhões. Perdemos a base de cálculo das contribuições sociais, da folha de pagamento, depois tivemos a extinção da CPMF, a criação da DRU (Desvinculação das Receitas da União).

Outro importante fator a ser considerado quanto aos impasses enfrentados pelo SUS são as demandas do setor privado e a força dos planos de saúde. Nosso sistema, apesar de se apresentar constitucionalmente como universal, tem estrutura de gastos predominantemente privada.⁴⁴

Os planos de saúde contaram com grandes incentivos do Governo, cujos subsídios favoreceram o consumo de bens e serviços privados. Foi uma opção governamental a participação do orçamento federal no financiamento indireto das empresas privadas de planos e seguros de saúde por meio da dedução do Imposto de Renda, do co-financiamento de planos privados dos servidores públicos incluindo as estatais, do não ressarcimento ao SUS pelas empresas do atendimento aos seus afiliados, pelas isenções tributárias, dentre outros. Ao deixar de arrecadar os impostos, o Estado realiza um pagamento implícito. Nesse marco institucional, as pessoas físicas podem deduzir da renda tributável os dispêndios realizados com saúde, porém, de maneira diversa da área da educação, não existe teto para tal abatimento – a não ser o próprio nível de renda do indivíduo. Essa forma de renúncia aplica-se de igual modo ao empregador, quando fornece assistência à saúde a seus empregados, pois esta é considerada despesa operacional e pode ser abatida do lucro tributável.⁴⁵

É socialmente iníquo, sanitariamente ineficaz e economicamente insustentável oferecer saúde à população através de planos privados que organizam o acesso aos serviços de saúde com base na capacidade de pagamento e não na necessidade de cuidados. Daí a importância da regulação do setor privado, não tanto na vigilância sobre a “saúde financeira” das empresas

⁴³ SCHEFFER, Mário César. **O capital estrangeiro e a privatização do sistema de saúde brasileiro**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 663-666, abr. 2015.

⁴⁴ COELHO, Ivan Batista. **Os impasses do SUS**. *Ciência & Saúde Coletiva*, 12(2):307-317, 2007.

⁴⁵ COELHO, Ivan Batista. *op. cit.*

operadoras de planos e seguros de saúde, mas, sobretudo, na garantia da cobertura das necessidades de saúde dos usuários e na eliminação progressiva dos subsídios públicos.⁴⁶

Essencial se faz também citar os benefícios fiscais e creditícios que detém o setor privado filantrópico. Sobre este não incide o Imposto de Renda, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e COFINS, o que aprofunda a segmentação dos serviços, resultando em discriminação e ineficiência.⁴⁷

Estudo realizado por Carlos Octávio Ocké-Reis⁴⁸, economista e Técnico de Planejamento e Pesquisa do IPEA, estimou que o governo deixou de arrecadar R\$197.786 milhões de 2003 a 2011 através da renúncia sistemática do imposto de renda da pessoa física e jurídica, bem como as desonerações fiscais da indústria farmacêutica e dos hospitais filantrópicos. A renúncia fiscal vinculada à indústria farmacêutica refere-se ao fato de que sobre ela não incidem os impostos do Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Nelson Rodrigues dos Santos⁴⁹, que atualmente é Professor colaborador da Universidade Estadual de Campinas e presidente do Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA) - atuando principalmente nas áreas de desenvolvimento do SUS, do controle social e das Políticas Públicas na área social, chama atenção para o sufoco e angústia vividos pelos gestores municipais e estaduais do SUS, os trabalhadores de saúde e os prestadores de serviços ao realizarem atendimento, por serem obrigados a reprimir demandas e priorizar os casos de maiores sofrimentos e urgências devido à insuficiência de recursos, sabendo penosamente que ações preventivas e de diagnósticos precoces impediriam o surgimento da maior parte de casos graves e urgentes.

Ao lado dos inestimáveis avanços da inclusão, com a expansão dos serviços públicos, atendendo necessidades e direitos da população, permanece ainda um inaceitável percentual de ações e serviços evitáveis ou desnecessários, bem como de tempos de espera para

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ TEIXEIRA, Janine Vieira et al. **Universalidade do atendimento à saúde no Brasil: impasses e perspectivas**. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís. V. 20, n. 1, p.201-220, jan./jun. 2016.

⁴⁸ OCKÉ- REIS, Carlos Octávio *apud* TEIXEIRA, Janine Vieira et al. **Universalidade do atendimento à saúde no Brasil: impasses e perspectivas**. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís. V. 20, n. 1, p.201-220, jan./jun. 2016.

⁴⁹ SANTOS, Nelson Rodrigues dos *apud* REIS, Denizi Oliveira et al. **Políticas públicas de saúde no Brasil: SUS e Pactos pela saúde**.

procedimentos mais sofisticados, geradores de profundos sofrimentos com agravamento de doenças e mortes evitáveis, evidenciando as limitações do Sistema Público de Saúde.

2. A JUDICIALIZAÇÃO

2.1. A judicialização das políticas públicas

Sabe-se que as necessidades sociais são muito grandes, o que se contrapõe com os limitados recursos públicos e, portanto, insuficientes para custear de forma plena todas as exigências da população. Diante disso, torna-se evidente o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Muito embora haja diversas teses sobre o conceito do mínimo existencial, para Ricardo Lobo Torres os direitos à saúde, educação e alimentação devem, absolutamente, ser considerados essenciais para o ser humano.⁵⁰

Partindo-se da perspectiva pátria, o conceito de judicialização, de acordo com parte da doutrina, iniciou-se com a formatação do acesso das classes menos favorecidas ao judiciário, o que foi possível por meio da Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, a qual dispunha a respeito da gratuidade de justiça aos que não poderiam arcar com as custas processuais e, posteriormente, com o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a Lei dos Juizados Especiais.⁵¹

Neste sentido, os direitos prestacionais, a exemplo do direito à saúde, aqui tratado, ocasionam custos aos cofres públicos. Partindo-se dos ensinamentos de Stephen Holmes e Cass Sunstein, o exercício de qualquer direito, mesmo aqueles negativos⁵², envolve recursos públicos.⁵³ Desta forma, independentemente da esfera, a alocação de verbas exige decisões árduas.

A judicialização, como meio utilizado a fim de garantir a efetivação do direito à saúde, ocasionou o crescimento das demandas e, conseqüentemente, um inchaço nas atividades

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo apud PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 68.

⁵¹ PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 73.

⁵² Gustavo Amaral, ao abordar os direitos sociais, explicita a existência de direitos sociais negativos, a exemplo do direito à sindicalização e o direito de greve, haja vista que estes não exigem conduta estatal positiva, mas, sim, permissiva. In AMARAL, Gustavo apud PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 69.

⁵³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. apud PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 68.

concernentes ao Poder Judiciário, onde o número de processos e gastos do governo com ações judiciais relacionadas à tal tema ampliou-se exorbitantemente por conta de inúmeros fatores.⁵⁴

Preliminarmente, cumpre exprimir a diferença significativa entre ativismo judicial e judicialização. O primeiro dos conceitos engloba atuação de forma progressiva ou até mesmo conservadora em matérias complexas e de forma geral, atingindo, inclusive, outras esferas. José Ribas, professor desta casa, e Milton Augusto de Brito Nobre esclarecem que o referido instituto consiste em uma decisão dos julgadores a fim de revisitar questões que, a princípio, são atribuídas a outro Poder.⁵⁵

Victor Ferres Cornella⁵⁶ elucida quatro elementos capazes de ocasionar o ativismo judicial. São eles:

1. Em virtude do processo de seleção dos magistrados combinado com o tempo em que permanecem nesta função, muitos não importam-se com possíveis reações negativas da população como um todo.
2. Tendo em vista as alterações feitas na Constituição não são de extrema rigidez e complexidade, os magistrados podem, assim, ter mais liberdade para exprimirem suas interpretações, posto que o Parlamento poderá modificar o texto constitucional a qualquer tempo, mesmo que este seja contra o entendimento da jurisprudência.
3. A interpretação da Suprema Corte no que se refere a uma determinada lei pode repercutir e motivar todo o sistema judicial. A chamada “doutrina do precedente”.
4. A possibilidade de que se depare com um princípio que se oponha à validade de uma determinada lei é diretamente proporcional à magnitude de abrangência da Constituição. Ou seja, quanto mais abrangente for a Constituição, maior será a possibilidade de que se encontre determinado princípio.

A judicialização, por sua vez, segundo Luís Roberto Barroso, origina-se por razões diversas, a exemplo do reconhecimento por parte da população de que o Poder Judiciário é

⁵⁴ ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55.

⁵⁵ NOBRE, Milton Augusto de Brito. PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 70.

⁵⁶ CORNELLA, Victor Ferres apud PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 70.

independente e forte; da insatisfação com a gestão política, a qual pode ser interpretada como falta de representatividade; bem como a falta de discussões políticas no que concerne aos costumes e condutas de cunho moral⁵⁷. Para Milton Augusto de Brito Nobre e José Ribas, a judicialização da política tem grau mais amplo quando comparado ao ativismo judicial, pois traduz uma possível transferência de decisão do Legislativo para o Judiciário.⁵⁸

No que tange às políticas públicas, não mais entende-se que os direitos previstos na Constituições são meramente programáticos, não sendo, assim, possível que se determine sua imediata aplicação. Neste prisma, cumpre exprimir que o Supremo Tribunal Federal admitia, em seu entendimento, o argumento de que o texto constitucional abarcara uma série de direitos os quais deveriam ser aplicados a partir da implementação das políticas públicas.⁵⁹ Uma tese possível para a mudança do entendimento da Suprema Corte seria que, diante do tempo decorrido desde a promulgação da Constituição de 1988 e o conseqüente amadurecimento da Carta Magna somado à inércia do legislador infraconstitucional e do administrador público, o STF passou a ter a interpretação de que os direitos são, sim, de exigência imediata.

Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, afirma que a ocorrência da judicialização advém da sintonia com a concepção de efetividade das normas constitucionais, aplicando, desta forma, a essencial superação das disfunções institucionais concretizadas na falácia normativa.⁶⁰

É imprescindível ressaltar que, a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, a judicialização revelou-se enquanto fenômeno por inúmeras questões, as quais, anteriormente, eram restritas à atuação do Poder Legislativo e Executivo, apenas. Tem-se como explicação deste acontecimento o reconhecimento da força normativa da Constituição, bem como a ampliação da jurisdição constitucional. Com efeito, houve a responsabilização do Poder Judiciário pela resolução das matérias de grande repercussão, dentre elas a efetivação das políticas públicas, a qual é nomeada pela doutrina como “judicialização da política”.⁶¹

⁵⁷ BARRROSO, Luís Roberto apud PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 70.

⁵⁸ NOBRE, Milton Augusto de Brito. PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 70.

⁵⁹ PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 72.

⁶⁰ BARRROSO, Luís Roberto apud PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 72.

⁶¹ PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 72.

Segundo Lenio Luiz Streck, a própria Constituição prevê mecanismos que permitam a atuação do Poder Judiciário diante de eventualidades em que haja a inércia do Poder Executivo e a pequena participação do Poder Judiciário, cabendo ao Judiciário, portanto, suprir a ausência destes Poderes, haja vista que o acesso à justiça é decorrente do Estado Democrático de Direito.⁶²

Neste seguimento, Mauro Cappelletti e Brian Garth pontuam que a efetiva proteção dos direitos fundamentais está necessariamente relacionada ao acesso à justiça:

(...) o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁶³

Ainda, elucida Mauro Cappelletti a respeito da atividade jurisdicional e a atuação pró-ativa dos magistrados:

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaços para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.⁶⁴

O Ministro Celso de Mello, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, demonstrou-se defensor da atuação do Poder Judiciário no que concerne às políticas, desde que em ocasiões excepcionais, nas quais os órgãos originariamente competentes mostrem-se ineficazes, não dando, portanto, efetivo cumprimento dos encargos políticos que são responsáveis e comprometendo, desta forma, a efetividade e eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos.⁶⁵

⁶² STRECK, Lenio Luiz *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 72.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian *apud* REIS JUNIOR, Paulo Biachi. **A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 8.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 73.

⁶⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Publicação 04 de maio de 2004.

Outra parcela da doutrina entende que a judicialização das políticas públicas é capaz de ocasionar tratamentos desiguais aos cidadãos, acabando por estabelecer privilégios e comprometendo, portanto, princípios inerentes ao texto constitucional, a exemplo da isonomia e equidade. Não obstante, o ativismo judicial, por sua vez, acabaria por caracterizar ingerência ilegítima do Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo, prejudicando o equilíbrio essencial entre todos eles.⁶⁶

Sob outro paradigma, Fábio Corrêa Souza de Oliveira aduz a concepção de que o Poder Judiciário participa, sim, tanto da elaboração quanto da efetivação das políticas públicas. Entretanto, tal participação não se dá da mesma maneira quando comparada à atuação dos outros Poderes. Para o professor, a referida atuação baseia-se no controle de juridicidade de duas formas:

1ª) quando determina àquele incumbido, se em omissão total, a construção ou realização de política pública, bem como o ajuste ou a correção de política já existente; 2ª) quando, por ato próprio, edifica e/ou implanta política pública.

Ainda, Oliveira afirma que as políticas públicas devem ser vistas como instrumento cujo fim é a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais. Portanto, se o texto constitucional abrange uma série de direitos fundamentais, a implementação deste nada mais é que mera consequência lógica. A inércia da gestão pública faz ensejar, nesta toada, a intervenção do Poder Judiciário.⁶⁷

Destarte, José Joaquim Gomes Canotilho, quando aborda o tema dos limites orçamentários, atesta que o cumprimento dos direitos sociais atrelado à “reserva dos cofres cheios” da Administração Pública não refletirá a qualquer vinculação jurídica.⁶⁸

Em contrapartida, a atuação do órgão jurisdicional, no que diz respeito às políticas públicas de saúde, deve considerar a complexidade do sistema e o estabelecimento de critérios é fundamental para uniformizar a atuação do Poder Judiciário, como restará exposto adiante.

⁶⁶ PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 74.

⁶⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 77.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 77.

2.2. A judicialização da saúde e seus os critérios

Há de se analisar, preliminarmente, as políticas públicas realizadas pelo poder executivo, os chamados “programas de ação governamental juridicamente definidos”⁶⁹.

No sistema presidencialista, baseado no princípio da separação de poderes, cabe ao poder executivo, principal protagonista no que toca à execução de políticas públicas, não apenas a direção política do governo, mas, também, a gestão de toda a máquina administrativa, impulsionando e executando, assim, as políticas públicas e sociais. Portanto, a execução das referidas medidas permite, num primeiro momento, a efetividade das garantias constitucionais.

Neste contexto, tem-se a busca pelo Judiciário como última alternativa para obter medicamentos, exames, cirurgias ou tratamentos negados pelo SUS, seja por não constar no RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) ou por questões orçamentárias. A maioria de tais ações tem como objetivo a efetiva garantia do direito fundamental à saúde, não tendo as políticas públicas realizadas pelo poder executivo sido suficientes. Por isso, são reflexo de um sistema deficitário que não é capaz de garantir ampla e integralmente a efetiva prerrogativa constitucional.

Nota-se, claramente, nos últimos anos, o aumento gradativo das demandas judiciais que tenham como objeto a saúde pública, cujo pedido é, na maioria das vezes, a respeito da concessão de medicamentos, estando estes ou não no rol de medicamentos disponibilizados pelo SUS. Segundo a doutrina, este fenômeno é denominado como “judicialização do acesso à saúde”. Como explicitado anteriormente, tem-se como judicialização o exponente ajuizamento de demandas judiciais e demais provocações do judiciário a fim de solucionar questões que, *a priori*, deveriam ser decididas por outros Poderes.⁷⁰

No que concerne à assistência farmacêutica, principal objeto das demandas judiciais de saúde, segundo Maria Paula Dalari Bucci, a tese predominante seria de que a ausência de unidade e coesão do discurso que clarificaria, em tese, as políticas públicas voltadas à

⁶⁹ BUCCI, Maria Paula Dalari (Coord.); DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **A judicialização da Saúde: A visão do poder executivo**. São Paulo: Ed. Sairaiwa. 2017. p. 35.

⁷⁰ PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 72.

satisfação efetiva dos referidos direitos nas demandas judiciais se atrela à complexidade de percepção de sua definição pelo Poder Judiciário.⁷¹

Não obstante, a dificuldade é reforçada em detrimento da falta de articulação dos gestores do sistema de saúde, posto que o paciente tem conhecimento e está em contato apenas com as medidas concretas capazes de satisfazer ou não suas necessidades latentes.

Sob o prisma da gestão pública, a falta de articulação das esferas governamentais como um todo é tida, também, como verdadeiro empecilho, posto que a articulação entre os poderes não deve basear-se somente nas regras de competência abertas ou gerais, mas deve acompanhar, também, a previsão de mecanismos capazes de administrar os conflitos consequentes dos limites dados por essas mesmas regras. Desta forma, seria possível atentar-se à realização de metas, respeitando-se as medidas orçamentárias e as responsabilidades de cada ente federativo.⁷²

Assim, um direito coletivo, como o direito à saúde, cuja responsabilidade recai, majoritariamente, sobre o Poder Executivo, faculta-se aos indivíduos, podendo este serem juízes ou demandantes, para que interpretem como melhor entenderem.

Nesta óptica, a judicialização da saúde emerge repercussão sobre o real cumprimento do princípio da isonomia. São alguns dos questionamentos centrais e pertinentes a serem feitos sobre esse tema: quem são os proponentes destas ações? São apenas eles os destinatários dos direitos sociais? Os médicos são vinculados ao SUS ou são de clínicas e hospitais particulares? Cabe ao magistrado determinar quem deve ter efetivo direito à saúde? Quais são os argumentos destes juízes? Já que é sabido que os recursos são limitados, qual instrumento deve ser aplicado na decisão?

Além destas questões, há outras que exemplificam a amplitude do tema, a exemplo de pedidos sobre o fornecimento de medicamentos que não foram cancelados pela Agência

⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dalari (Coord.); DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *op. cit.* p. 36

⁷² *Ibidem.* p. 36

Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)⁷³ e, ainda, demandas embasadas em acordos de má-fé realizados entre profissionais da medicina e laboratórios particulares.⁷⁴

A despeito desta análise crítica, é cediço que trata-se de assunto de extrema complexidade, posto que há em jogo uma decisão que pode beneficiar um cidadão em detrimento de vários outros.

Para Carlos Ari Sundfeld, crítico às decisões judiciais que acabam por ordenar que Poder Público arque com o fornecimento de medicamentos, posto que a atuação dos magistrados não observa uma análise global, mas, sim e somente a ação individual. Tal ação tem como sequela a transformação dos juízes em “administradores da justiça”.⁷⁵

Todavia, Lenio Luiz Streck, em contraponto ao ponto de vista de Sundfeld, afirma que este tipo de perspectiva enfraquece a força normativa da Constituição, conjecturando o discurso ideológico. Streck defende, como alhures mencionado, que a possibilidade de atuação governamental é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo o acesso à justiça inerente a este tipo de governo, afastando-se, portanto de um modelo autoritário de Estado.⁷⁶

Luís Roberto Barroso, por sua vez, defende a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, com a ressalva de que esta necessidade deve ser observada com rigor para que esta ingerência seja realizada com parcimônia e limites.⁷⁷

Sobre a distribuição de medicamentos, esclarece Barroso:

(...) a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.⁷⁸

⁷³ Tem-se como exemplo o uso medicinal de maconha (*cannabis sativa*).

⁷⁴ PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 74.

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 75.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 75.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 75.

Luís Roberto Barroso também compele, brevemente, sobre as críticas emitidas ao fenômeno da judicialização da saúde:

1. Por muito tempo, o Judiciário brasileiro como um todo – incluindo-se, aqui, o STF – seguiu o pensamento de que a norma que dispõe sobre o direito à saúde trata-se de uma norma programática, a qual se concretizaria a partir da implementação das políticas econômicas e sociais. Neste sentido, não seria possível a atuação jurisdicional.
2. A Constituição de 1988 estabeleceu, em seu texto, que o direito à saúde fosse promovido por meio de políticas sociais e econômicas, sendo, portanto, incumbência do Poder Executivo, o qual tem a noção macro dos recursos disponíveis, enquanto o Judiciário, sob um panorama geral, decide embasando-se através de uma óptica micro, ocasionando, assim, a complexidade na organização institucional de competências na área de saúde.
3. O povo, detentor do poder, elege seus representantes e esses, por sua vez, decidem em quais campos haverá atuação governamental. Assim, se os Poderes Legislativo e Executivo determinam as políticas prioritárias, não compete ao Judiciário revisar tais escolhas políticas. Desta feita, conclui-se que as políticas públicas são desdobramentos de escolhas públicas, havendo sempre necessidade de legitimação democrática.
4. Sabe-se que as demandas sociais são infinitas e os recursos públicos, por sua vez, limitados. É impossível que o orçamento público seja completamente compatível com a efetivação de todos os direitos sociais. Estas são as implicações da reserva do possível.
5. Um provimento jurisdicional irá, certamente, ocasionar um ônus à Administração, vez que ensejará na realocação de recursos. Sabe-se que a ação governamental fundamenta-se em ações de grande escala, ao passo que as decisões judiciais não consideram estes programas de atendimento integral, ocasionando, assim, na desorganização da Administração Pública.⁷⁹

O fornecimento de medicamentos aos beneficiários do SUS está previsto no art. 6º da Lei nº 8.080/90:

Art. 6º: Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 76.

(SUS):1

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

A Portaria nº 3.916/98, que institui a Política Nacional de Medicamentos, conceitua medicamentos essenciais, no ponto 3.1, “aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”. Prossegue informando que:

esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

Os motivos para o aumento na judicialização nos últimos anos são principalmente a crise econômica e os cortes no orçamento da saúde, não obstante o envelhecimento da população. Destarte, não se pode negar que o Brasil, através do SUS, não conseguiu até hoje fornecer a todos os cidadãos uma condição de vida digna no que tange à saúde. Por isso, há o papel do judiciário para atuar em tal questão e zelar por esse direito, mas é evidente que critérios devem ser estabelecidos para equilibrar o caso em tela, a fim de que sejam observadas as necessidades básicas do cidadão, mas, também, não dilatar-se para além do previsto nas normas.

Muito embora estimule a concretização do direito social, a judicialização pode causar uma desorientação entre microjustiça e macrojustiça. Ao atuar em um caso concreto, a microjustiça, acaba por afetar a macrojustiça. Neste sentido, seus efeitos devem ser observados com olhar globalizado, a fim de que sempre haja razoabilidade. Como já exposto, por vezes alguns mandados judiciais se não atentam às verbas orçamentárias de determinado Estado ou Município, pois tratamentos a longo prazo excessivamente caros podem ultrapassá-las, em atenção ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Barroso ainda faz apontamentos no que se refere ao fornecimento de medicamentos, estabelecendo parâmetros para que se racionalize e uniformize a atuação judicial em ações individuais e coletivas.

Como sabido o poder Executivo é detentor de uma visão macro, ou seja, de uma visão gerencial realizada a partir de estudos técnicos. Sendo assim, elabora uma lista de medicamentos cujo objetivo principal é atender às demandas prioritárias, baseando-se nas limitações do orçamento público.⁸⁰ No que se refere às ações coletivas, assinala o ministro da Suprema Corte que qualquer alteração realizada na lista de medicamentos constantes na lista do SUS deve ser objeto de análise em sede de demandas coletivas, pois entende que os medicamentos não constantes nesta lista são medicamentos não escolhidos pela população (já que é o povo quem escolhe seus representantes através do voto) e que este é o argumento da democracia. Sendo assim, compete ao Judiciário apenas garantir os medicamentos selecionados pelo Poder Público, o que já foi entendimento tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça.⁸¹ Muito embora não possa realizar nova análise e refazer as escolhas feitas pelos outros Poderes, cabe, sim, ao Judiciário afastar quaisquer condutas abusivas.

Há que se falar em um sistema de freios e contrapesos, uma exceção à eventual violação ao princípio da separação de poderes, pois tal situação é vista pelo STF como um modo de corrigir a atuação omissa e equivocada do Executivo em relação às suas políticas públicas. (Acórdão STA 175-AgR/CE).

Isto posto, é preciso sopesar argumentos contrários e favoráveis à judicialização da saúde e buscar uma moderação, uma limitação saudável para que a atuação do Judiciário seja cautelosa e efetiva. Tal moderação objetivaria a diminuição de tais ações judiciais ou até mesmo de seus custos sem prejuízo a garantia da saúde ao cidadão. É preciso elucidar que, como os recursos e orçamentos são limitados, é primordial o estabelecimento de determinados critérios para o alcance de tais medicamentos.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto *apud* PEREIRA, Wilson Medeiros. *op. cit.* p. 76.

⁸¹ STF, DJU 14 de fevereiro de 2007. SS 3.073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie. STJ, DJU, 2 de fevereiro de 2004. STA 59/SC. Rel. Min. Nilson Naves.

Para evitar o excesso da judicialização, é preciso que haja uma juridicização, que se distinga da primeira pelo fato de discutir os problemas do ponto de vista jurídico, mas evitando ao máximo levá-los ao Judiciário e transformá-los em demanda judicial. Ou seja, buscando sempre o diálogo entre cidadãos, gestores, defensores públicos e membros do Ministério Público. Como exemplo, incluem-se audiências públicas muitas vezes realizadas por iniciativa da Defensoria Pública, bem como a assinatura de Termos de Ajuste de Conduta (TAC), firmados junto ao Ministério Público. Sobre o TAC, demonstra Asensi⁸²:

O TAC (...), como o próprio nome sugere, visa a garantir um direito ou um serviço público que se encontra insuficientemente satisfeito. Mais propriamente, este instrumento consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias para o exercício de um determinado direito, visando corrigir uma situação débil.

O uso de tais ferramentas pode auxiliar nesta moderação sem que haja prejuízo aos cidadãos e aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Essa judicialização tornou-se um instrumento institucionalizado para garantir acesso de um direito que se pretendia universal. A problemática que se avista é a criação de um esquema de incompatibilidade entre pretensões abstratas constitucionais e um universo escasso de recursos.

Em 2011, por exemplo, o dispêndio do Ministério da Saúde com determinações judiciais havia aumentado de 10.000% em comparação ao ano de 2005, sendo de especial importância a matéria dos medicamentos de alto custo.

Evidencia-se, assim, a necessidade de criação de critérios mínimos para a judicialização do fornecimento de medicamentos diante da impossibilidade de sobrevivência de um sistema de saúde que pretenda fornecer todo tipo de serviços, independente de seu custo, a todos.

Modalidades recorrentes de demandas que precisam ser diferenciadas são as de medicamentos já incorporados pelo SUS e as de fármacos não incorporados neste.

Nas primeiras, as ações motivam-se, basicamente, por desinformação sobre o fornecimento gratuito pelo SUS, pelo eventual desabastecimento, ou até mesmo pela negativa

⁸² ASENSI, Felipe Dutra. *op. cit.*

de fornecimento. Nessas, o judiciário atua na efetivação das políticas públicas de saúde já previstas pelo SUS, devendo os juízes e tribunais exigirem, na hipótese de deferimento de pedidos, o preenchimento de, segundo o Ministro Marco Aurélio em voto proferido no Recurso Extraordinário 566.471, dois requisitos mínimos, a saber: a) prova da adequação e da necessidade do fármaco para o paciente e b) prova do prévio requerimento – negado – do medicamento à Administração competente.

Por outro lado, em demandas judiciais por medicamentos não incorporados pelo SUS, a questão se complexifica e propõe ao julgador uma tarefa mais árdua. Nesta matéria, podemos obter subsídio em voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na ocasião do Recurso Extraordinário supracitado, que elenca 5 requisitos cumulativos a serem utilizados no trato da questão, sendo estes: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União. O ministro soma a estes um parâmetro procedimental relativo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e órgão ou pessoa qualificada, para que se verifique a presença de requisitos de dispensação e determinar aos órgãos competentes, no caso de deferimento judicial do medicamento, que avaliem a possibilidade de sua incorporação pelo SUS.

Diante disso, é possível argumentar que tais critérios observam o princípio da reserva do possível, que preconiza a limitação de recursos do estado para a efetivar direitos comumente abstratos. Os ministros tomam posição necessariamente consequencialista diante da limitação fatídica na aplicabilidade dos princípios constitucionais, não obstante flanqueando a institucionalização dos pedidos judiciais por critérios que os selecione pela razoabilidade e garantam, conjuntamente, a universalidade também prevista pela Constituição Cidadã.

3. OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE

No caso das demandas judiciais de saúde, objeto do presente trabalho, observa-se que o Sistema Único de Saúde, muito embora tenha sido essencial para a expansão o acesso à saúde, não é suficiente para que cessem o esforços em prol da concretização deste direito fundamental à toda a população de maneira ampla e irrestrita. Exemplo disso são as inúmeras demandas ajuizadas diariamente nas Varas e Juizados Especiais Cíveis decorrentes da necessidade de realização de serviços com este tema⁸³, pondo em risco um direito essencial a qualquer ser humano: o direito à vida.

Tal situação salienta ainda mais a necessidade de que se delimite a atuação jurisdicional, objetivando a harmonia entre os Poderes, o respeito aos direitos fundamentais e a igualdade substancial.

Dentro deste contexto, questiona-se: Poderia o Direito oferecer uma solução para os quadros em que haja limitação de recursos? Poderia ser apontada uma resposta plausível para a escolha de quem o Estado deva ou não atender diante de um contexto de falta de meios econômicos para satisfação de toda a população? Pode o judiciário, diante do princípio da separação de poderes, e sabendo-se que os juízes não são legitimados pelo voto, dispor sobre medidas de políticas sociais que exijam gastos orçamentários, posto que estes são finitos?

Entende-se que a resolução de tais questionamentos está diretamente relacionada à eficácia e efetividade no que concerne aos direitos sociais. Examina-se, num primeiro momento, a necessidade de que haja interposição legislativa para o reconhecimento de tais direitos, bem como os requisitos para que haja a possibilidade de efetivação. Após isso, apenas, poderia verificar-se a atuação jurisdicional, mesmo num cenário de escassez de recursos.

Nesta toada, Luís Roberto Barroso apresenta uma análise sobre o direito à saúde no Brasil, aduzindo que os direitos sociais não são mais entendidos como projetos políticos geridos apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo, vez que adquirem aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário. Por outro lado, o sistema de saúde apresenta rachaduras e ameaça ruir em decorrência dos excessos e decisões sentimentais sobre o tema, os quais fazem com

⁸³ DANIELLI, Ronei *op. cit.* p. 75.

que a Administração Pública seja obrigada a custear tratamentos irrazoáveis e evidenciam a ameaça de que se sucumba a própria “cura”. Diz o ministro:

Tais excessos não são apenas problemáticos em si. Eles põe em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.⁸⁴

Portanto, mostra-se imprescindível que se discuta sobre a atuação judicial frente às incalculáveis demandas, as quais, de maneira geral, ensejam a concessão de medicamentos ou tratamentos, como já exposto. Há de se frisar que a atuação do Judiciário deve ser revista tanto do viés prático quanto do viés teórico, tendo em vista as consequências sociais e políticas da judicialização da saúde no Brasil.

Dentre as questões elencadas por Barroso acerca da prestação jurisdicional, enfatizam-se a harmonia entre os Poderes, a exponencial individualização das demandas em prejuízo da constituição de políticas públicas coletivas, bem como o ocasional desequilíbrio decorrente da judicialização, ofendendo, portanto, a igualdade substancial, corolário do Estado Democrático de Direito. A problematização de tais questionamentos tem como finalidade a compreensão sobre quais delas podem ser superadas e quais devem servir de limite à concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário.⁸⁵

A separação dos poderes é motivo de pesquisa por muitos pensadores, tais como Platão Aristóteles, Locke e Montesquieu, sendo atribuído a este último o lastro teórico da tripartição de Poderes e suas respectivas funções, como hoje se apresenta. Neste sentido, elucida Alexandre de Moraes:

A divisão segundo critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no “Segundo tratado do governo civil”, que também reconhece três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em

⁸⁴ Barroso, Luís Roberto *apud* DANIELLI, Ronei *op. cit.* p. 76.

⁸⁵ DANIELLI, Ronei *op. cit.* p. 75.

aplicar a força pública no âmbito interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu “O espírito das leis”, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.⁸⁶

Para Montesquieu, deve-se repartir o poder estatal entre órgãos, aos quais serão atribuídas funções diversas e uma similar: a de impedir eventuais excessos por parte dos outros⁸⁷.

Sobre a separação de Poderes, elucida Montesquieu:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.⁸⁸

De acordo com Marcelo Novelino, no entanto, o princípio da separação de poderes não apresenta, atualmente, a mesma rigidez que apresentava na época da Revolução Francesa, a exemplo do disposto pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a saber: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁸⁶ MORAES, Alexandre de *apud* NOGUEIRA, Marco Aurélio. REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. **A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 35: 317-337, 2007. p. 328

⁸⁷ *Ibidem*. p. 77-78

⁸⁸ MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168

Nas palavras de Novelino, “(...) porquanto a ampliação das atividades estatais impôs novas formas de inter-relação entre os poderes, de modo a estabelecer uma colaboração recíproca”⁸⁹.

Seguindo a teoria de freios e contrapesos⁹⁰ (em inglês: *checks and balances*), determina o art. 2º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988: “Art 2º: São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Para Novelino, os conceitos de independência e harmonia preconizados pelo texto constitucional devem ser interpretados mais como um sistema de freios e contrapesos que como uma separação absoluta de atribuições entre os Poderes. Em outras palavras, os conceitos de independência e harmonia devem ser entendidos como a procura por uma estabilidade de forças essencial à efetivação do benefício da coletividade, afastando, especialmente, eventuais arbitrariedades. Diz o autor:

Por não haver uma “fórmula universal apriorística” para este princípio é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade.

A independência entre eles tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia se exterioriza no respeito à prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.⁹¹

Neste prisma, os críticos ao ativismo judicial⁹² remetem ao conceito de soberania popular e vontade da maioria. Sabe-se que, num sistema democrático, há a eleição periódica

⁸⁹ NOVELINO, Marcelo *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 78

⁹⁰ “Enfim, o princípio dos poderes harmônicos e independentes acabou por dar origem ao conhecido Sistema de “freios e contrapesos”, pelo qual os atos gerais, praticados exclusivamente pelo Poder Legislativo, consistentes na emissão de regras gerais e abstratas, limita o Poder Executivo, que só pode agir mediante atos especiais, decorrentes da norma geral. Para impedir o abuso de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação do controle da constitucionalidade das leis, da decisão dos conflitos intersubjetivos e da função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário.

Desta forma, a separação de poderes e o *Checks and Balances System* seriam perfeitamente compatíveis com o Estado Democrático de Direito, limitando-se o poder, mas garantindo-se a plena liberdade política dos indivíduos e dos direitos das minorias. Possibilita, de igual forma, a formação do Estado de Direito, na medida em que ele previne o abuso governamental submetendo governantes e governados as regras e aos procedimentos legais, onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal.” In BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>

⁹¹ NOVELINO, Marcelo *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 78

de membros do Poder Executivo e Legislativo, os quais, legitimados pela maioria da população através do voto, são detentores do poder político em um determinado mandato. Os componentes do Poder Judiciário, no entanto, são determinados, comumente, por seleções técnicas e não por eleições. Logo, não representam, numa análise sobre a versão tradicional do sistema democrático, a vontade da maioria, como ocorre, em tese, pela atuação dos demais Poderes.⁹³

Assim, admite-se a competência do Legislativo e do Executivo para a elaboração e implementação das políticas públicas, o que engloba a alocação de recursos na área da saúde. Há quem, ainda, entenda que não deve haver qualquer interferência do Judiciário nesse campo, sob o argumento de que, baseando-se no anteriormente explicitado, não há mandato popular para os juízes e, desta maneira, as decisões acerca de direitos prestacionais ofendem o princípio democrático da separação dos Poderes.⁹⁴

Entretanto, Oliveira Neto, baseando-se na teoria garantista de Ferrajoli⁹⁵, elucida a ideia de que a legitimidade do Judiciário é consequência de sua função precípua de garantir os direitos fundamentais, deslocando-a da ideia de “democracia política” para “democracia constitucional”. Então, a atuação jurisdicional, apoiada na concretização e na intangibilidade dos direitos fundamentais, mesmo que não relacionada com a vontade da maioria, obtém sua nova atribuição.⁹⁶ Neste sentido, aduz Oliveira Neto:

O que se pode extrair disso é uma mudança fundamental que se dá com a alteração na concepção do Estado de Direito – e sua passagem para um Estado Constitucional de Direito – e a compreensão do Garantismo não mais como apenas uma mera proteção dos direitos de liberdade em relação ao Estado, ou diante dele, entendimento histórico da expressão. Se antes era assim entendido, o que gerava uma função jurisdicional típica do liberalismo calcada na ideia de separação dos

⁹² Como alhures exposto, tem-se ativismo judicial como ingerência ilegítima do Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo, prejudicando o equilíbrio essencial entre todos eles. Os críticos ao ativismo judicial afirmam que, desta forma, os juízes acabam por “legislar”.

⁹³ Cumpre ressaltar que, no Brasil, a escolha dos membros das Cortes Superiores é realizada pelo Chefe do Poder Executivo e, tendo em vista que este último é determinado através do voto popular, estes membros possuem, em princípio, de certo respaldo da população.

⁹⁴ DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 79.

⁹⁵ “O garantismo, portanto, se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais (Ferrajoli, 1993, 1999a, 1999b, 2001, 2006c6); para as quais a vitalidade e o desenvolvimento dependem – como nos ensina Luigi Ferrajoli – do empenho civil de cada um de nós, enquanto juristas, enquanto estudiosos e, sobretudo, enquanto cidadãos.” In IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Tradução: Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 3(1): 34-41 janeiro-junho 2011.

⁹⁶ DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 79-80.

poderes, agora a concepção de Garantismo representa uma forma de identificar a Democracia constitucional própria do Estado Constitucional de Direito. Isso explica sua raiz penal e a ampliação para a garantia de todos os demais direitos fundamentais, legitimando e justificando a atuação judicial para essa proteção – já que o sistema constitucional atual impõe de maneira vinculante uma Teoria Crítica do Direito, não mais limitada e na ocultação das divergências entre o ser e o dever ser, mas que problematiza o Direito, perdendo o juiz seu papel tradicional imposto pela visão kelseniana do ordenamento.⁹⁷

Neste prisma, André Karam Trindade, ao discorrer a respeito do garantismo e os desafios da atuação judicial, afirma que há, sem dúvidas, um paradigma que conduzirá a um novo modelo de estado e, conseqüentemente, um novo direito:

Os acontecimentos históricos ocorridos na Europa, durante o século XX, sobretudo a formação dos estados totalitários, resultaram no surgimento do estado Constitucional de direito e, conseqüentemente, de uma série de teorias jurídicas – fundadas nas mais diversas matrizes filosóficas – que pretendem explicar as transformações ocorridas no campo do direito. Essa evolução constitucional – que implica o fenômeno da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ao menos nos regimes democráticos – é um fato que, atualmente, nem mesmo os setores mais conservadores da doutrina ousam negar. Na verdade, a discussão reside justamente em saber se a transição do Estado legislativo de direito para o Estado constitucional de direito implica, necessariamente, o reconhecimento de um novo paradigma jurídico.⁹⁸

Alexy, por sua vez, afirma que os direitos fundamentais são, por essência, contramajoritários:

A necessária colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão de competências entre o legislador com a legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não-reeleição – e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente e não destituível eleitoralmente é um problema inevitável e permanente.⁹⁹

Questiona-se quais são os limites para a atuação do Judiciário no que diz respeito aos direitos prestacionais, os quais exigem atuação da Administração e, conseqüentemente, ocasionam gastos públicos.

Alguns autores, a exemplo de Edilson Pereira Nobre Jr., defendem que, principalmente nos países em desenvolvimento, o Poder Judiciário deve se afastar das atuações que envolva

⁹⁷ OLIVEIRA NETO *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 80.

⁹⁸ TRINDADE, André Karam *apud*

⁹⁹ ALEXY, Robert *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 80.

gastos públicos, limitando-se a interferir somente na garantias sociais mínimas, as quais são essenciais à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, sustenta que as políticas públicas, assim como a distribuição de riquezas devem ser tratadas, *a priori*, pelos demais Poderes. Afirma o autor: “Por isso, é de ser afirmado que a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais há de pautar-se pela existência de normas que portem densidade normativa suficiente, ou quando indispensável assegurar-se o mínimo existencial.”¹⁰⁰

Ari Timóteo dos Reis Júnior e Marco Aurélio Nogueira, buscando compilar as divergências doutrinárias sobre os limites da atuação judicial nas prestações positivas pelo Estado, enumeram três possíveis teses:

Podemos agrupar as correntes doutrinárias existentes em três: a) os que entendem que podem ser tutelados pelo Judiciário todos os direitos fundamentais em qualquer hipótese, mesmo os de segunda geração que exigem gastos financeiros, independentemente da existência de lei regulamentadora. b) os que dizem serem possíveis de tutela imediata somente os direitos da liberdade (negativos), enquanto os sociais (positivos) dependeriam de lei que os disciplinasse e alocasse os recursos orçamentários necessários, uma vez que vigeriam sob a reserva do possível. c) Afirmando que haveria um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que sempre seriam instantaneamente tuteláveis pelo Judiciário, enquanto os demais estariam sob a reserva do possível.¹⁰¹

Neste giro, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein defendem a ideia de que demonstram que todos os direitos são dispendiosos, ou seja, custam dinheiro aos cofres públicos, independente de qual seja a natureza, tanto os positivos (prestações materiais) ou mesmo os negativos dependem de verbas e, portanto, não podem ser absolutos. Portanto, pode-se exprimir que o entendimento dos autores seria que uma vez que todos os direitos dependem de gastos públicos, a reserva do possível abrangeria qualquer um deles.

Giovani Bigolin, ao analisar a referida obra, afirma que:

Em termos contundentes Holmes e Sunstein afirmam que os Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. Desta forma, podemos conduzir a posição dos autores a

¹⁰⁰ NOBRE JR, Edilson Pereira. **Ativismo Judicial: possibilidades e limites**. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 55, p. 92, 2011.

¹⁰¹ NOGUEIRA, Marco Aurélio. REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *op. cit.* p. 330

uma reserva do possível que abrangeria quaisquer direitos em razão de todos dependerem de gastos públicos.¹⁰²

Gustavo Amaral, por sua vez, fala sobre o “controle das escolhas alocativas”. Para o autor, o Judiciário não deve controlar o fato-norma, mas, sim as escolhas realizadas pelos demais Poderes. Aduz o autor:

a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além de escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.¹⁰³

Assim, o direito à saúde garantido pela CRFB/88 deveria ser cumprido dentro dos limites das verbas com este fim, cabendo ao governante, pelos critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de forma universal e igualitária. Deste, vislumbra-se que o benefício dado a um único cidadão, em um caso de ação judicial, por exemplo, prejudicaria o restante da coletividade, que percebem as verbas destinadas à saúde diminuir cada vez mais detrimento de suas necessidades.

Giovani Bigolin explicita de maneira clara a posição do autor:

para Amaral, é necessário que os Juízes e Tribunais, quando forem decidir sobre a eficácia e efetividade das pretensões em casos específicos, fundamentem suas decisões admitindo o modo como os custos afetam a intensidade e consistência dos direitos, examinando abertamente a competição por recursos escassos que não são capazes de satisfazer a todas as necessidades sociais, implicando em escolhas disjuntivas de natureza financeira. (...) O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas, tratando-se de microjustiça, da justiça do caso concreto e esta deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Conclui que ao Poder judiciário cabe apenas o controle do discurso e das condutas adotadas por aqueles que ocupam as funções executiva ou legislativa¹⁰⁴

A efetivação dos direitos fundamentais está diretamente atrelada aos recursos públicos que podem ser destinados a este fim. Cumpre exprimir que as decisões acerca da alocação de verbas públicas são realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo por meio da elaboração do orçamento público. Sendo assim, é função precípua do legislador a decisão sobre a

¹⁰² BIGOLIN, Giovani *apud* NOGUEIRA, Marco Aurélio. REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *op. cit.* p. 330

¹⁰³ AMARAL, Gustavo *apud* NOGUEIRA, Marco Aurélio. REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *op. cit.* p. 331

¹⁰⁴ BIGOLIN, Giovani *apud* NOGUEIRA, Marco Aurélio. REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *op. cit.* p. 331-332

aplicação e destinação dos recursos públicos, inclusive sobre políticas públicas, as quais têm como objetivo principal o acesso aos direitos constitucionais sociais. Portanto, entende-se que efetivação de prestações pelo Estado que sejam objeto de direitos sociais dependem de condições de natureza macroeconômica, sendo imprescindível não apenas que a norma autorize tais direitos, como também existam recursos materiais que tornem possível sua satisfação.

Desta feita, compreende-se, segundo o conceito da reserva do possível, que não cabe ao Judiciário, em decorrência de sua visão microeconômica, impor ao Estado o cumprimento de prestações positivas que englobem o orçamento público, posto que os recursos são limitados e, conseqüentemente, não atendem a todas as demandas a população. Portanto, é função do legislador a definição sobre a aplicabilidade destes recursos, regulamentando as normas constitucionais que preveem os direitos às prestações sociais materiais e a aplicabilidade de políticas públicas objetivem o melhor atendimento possível para toda a população. Sob esta perspectiva, a interferência do Poder Judiciário seria inadmissível em qualquer situação.

Parte da doutrina, no entanto, defende o mínimo existencial deve ser sempre garantido, sendo direta e imediatamente exigível, o que autorizaria, portanto a atuação judicial. Quando se defende um direito fundamental ao mínimo existencial, normalmente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, declara-se que as condições básicas de vida digna ao ser humano precisam ser asseguradas. Neste prisma, o mínimo existencial seria formado pelos direitos sociais, econômicos e culturais mais relevantes por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana, compreendendo o ser e sua conseqüente complexidade, o que inclui necessidades não apenas materiais, como, também, espirituais, morais e estéticas.

Neste contexto, tem-se os ensinamentos de José Afonso da Silva:

Repetiremos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir a ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da

justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁵

Luís Roberto Barroso afirma, neste sentido, que a liberdade e igualdade estão diretamente ligadas à dignidade humana e que esta apenas é realizada materialmente a partir do momento em que se observa o mínimo existencial, ou seja, os direitos sociais tais como saúde, moradia e educação e renda “(...) que permitam em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.¹⁰⁶

O entendimento sobre o mínimo existencial já aparece em 1948, diante do texto constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo art. XXV determina:

Art. XXV – Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No que tange ao texto constitucional, dispõe o art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Neste sentido, tem-se a dignidade da pessoa humana como direito absoluto. Em casos concretos, não há discussão sobre sua precedência sobre outras normas, mas, sim, se houve ou

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso. *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 84-85

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 85

não violação. A partir disso, defende-se que há um direito subjetivo que, visando a garantia do mínimo existencial, permite com que o Poder Judiciário exija prestações positivas do Estado.

Assim, o entendimento jurisprudencial pauta-se na manutenção do mínimo existencial, e pela obediência às políticas públicas existentes na esfera da saúde. Nestas situações, a reserva do possível não deve ser levada em conta, posto que viola a dignidade humana. A seguir, tem-se a decisão referente ao julgamento do Recurso Extraordinário 887734 AGR/MG, com relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo conteúdo explicita o que aqui se expõe:

“O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem”

Ainda, sustenta-se este entendimento da Suprema Corte no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a saber:

(...) no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

(...)

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos

existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

(...)

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Não obstante, há a correlação entre o compreendido como mínimo existencial e o máximo desejável.

Tem-se como mínimo existencial um direito subjetivo a uma prestação positiva do Estado e, neste caso, a intervenção judicial deve se dar de forma contundente, aplicando-se o direito à saúde como sendo “tudo ou nada”, via de regra. Este pensamento está em consonância com o entendimento da Suprema Corte, como exposto no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1071689/PR:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Por outro lado, no que diz respeito à implementação do máximo desejável, deve-se entender o direito à saúde como um “mandamento de otimização a ser concretizado por políticas públicas na maior medida do possível”¹⁰⁷ e, desta forma, indica-se prudência para a atuação judicial. Sobre o tópico, Luís Roberto Barroso, em seu discurso proferido em audiência pública acerca da saúde realizada pelo STF, alerta:

Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política pública coletiva, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia da igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.

(...)

Desenvolveu-se certo senso comum que é preciso enfrentar, que o Judiciário, no caso da judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns, e de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação dos poderes. Infelizmente esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é o direito à vida e à saúde de uns contra direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.¹⁰⁸

¹⁰⁷ DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 97.

¹⁰⁸ Barroso, Luís Roberto. *apud* DANIELLI, Ronei. *op. cit.* p. 98.

CONCLUSÃO

No que pese a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleça que o direito à saúde deva ser garantido pelo Estado, em sentido amplo e irrestrito, a escassez de investimentos governamentais em setores sociais, como o da saúde, é a realidade do Brasil há muitos anos. Neste sentido, a população depende da referida tutela estatal para que seja assegurado seu direito básico e fundamental: a vida. O acesso à saúde é um bem vinculado à dignidade do homem, sendo certo que o direito ao mínimo existencial é um direito fundamental do cidadão, estando ligado a condições mínimas de dignidade, como exposto pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 566471/RN e 657718/MG, que versam sobre o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo.

Nesta óptica, os necessários dispêndios com o setor de saúde vêm crescendo exponencialmente, haja vista a existência de novas tecnologias e tratamentos, surgimento de novas epidemias e doenças, aumento da população, bem como a ampliação da expectativa de vida e mudança na pirâmide etária, da mesma maneira que vários outros fatores contribuem para o urgente acréscimo dos investimentos públicos, os quais, por outro lado, não acompanham as necessidades emergenciais consequentes da evolução da medicina e do alto custo de medicamentos sob proteção patentária, evidenciados pela as leis de direito de propriedade. Esses fatores somam-se para criar uma espiral ascendente de custos e, nesse sentido, de necessários investimentos.¹⁰⁹

Diante do sucateamento de hospitais e clínicas públicas e do descontentamento e falta de expectativa provenientes da não resolução das demandas de saúde através da via administrativa, a população tem cada vez mais procurado solucionar seus referidos pleitos através da via judicial, o que tem como consequência um inchaço nas demandas dos juizados e varas cíveis, bem como nas Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde.

É necessário que haja critérios, como já exposto, para o dispensação de medicamentos dispostos ou não na lista fornecida pelo SUS, especialmente no que diz respeito aos medicamentos de alto custo, haja vista a evidente limitação de recursos públicos. Ao não se atentar aos critérios alhures mencionados, há a possibilidade evidente de prejuízos aos

¹⁰⁹ ROMANELLI, Paulo Roberto Stocco. **Medicamentos de Alto Custo: Quem paga a conta?** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Medicamentos_de_Alto_Custo__Que_m_paga_a_conta_.pdf

cidadãos, que diante dos recursos escassos e da necessidade de garantia da tutela estatal, não terão à disposição a oferta de seus medicamentos e insumos, seja por meio de fornecimento destes ou por meio de sequestro de verbas públicas, o qual deve ser estabelecido por decisão judicial.

A judicialização parece, *a priori*, satisfazer a pretensão do autor, integrante do pólo ativo, garantindo-lhe o direito fundamental e, portanto, atendendo à demanda levada ao Judiciário. Porém, sob uma perspectiva ampla, os planejamentos de abrangência coletiva são prejudicados.

Não obstante, quando averiguadas as políticas públicas implementadas pela Administração, observa-se que estas possuem caráter preventivo, o que não se vislumbra nas demandas judiciais, comumente a respeito de medidas curativas.

Neste prisma, a dispensação de medicamentos deve ocorrer mediante avaliações criteriosas, alicerçadas em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas referendadas pela boa prática da medicina baseada em evidências, levando-se em consideração, dentre outros aspectos, os conceitos de custo-benefício e custo-efetividade, bem como sendo apreciada a possibilidade de eficácia de tratamentos alternativos e de custo menor, não se podendo olvidar da percepção e indispensabilidade de que o paciente faça uso dos hospitais e clínicas públicas, garantindo-se o uso destas verbas aos que necessitam da garantia estatal, objetivando, deste modo, a redução de gastos, os quais poderão ser utilizados para a implementação de outras políticas públicas, por exemplo.

O formato clássico da separação de poderes não mais existe, posto que as mudanças da sociedade com o passar dos anos exigem que o Direito também se modifique, atuando de forma cooperativa e não estática. Portanto, o princípio da separação de poderes continua válido, mas deve ser reformulado.

Neste sentido, a realidade social atual obrigou aos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo que realizassem uma mudança de comportamento. Por óbvio, estes não devem se esvaziar de suas funções, como também não podem olvidar-se de seu papel principal: garantir direitos. E, sendo assim, os direitos sociais figuram como novo paradigma de atuação dos Poderes Públicos.

Não se afirma, aqui, que a judicialização das políticas públicas não se faz necessária sob qualquer hipótese. Entretanto, o excesso de interferência do Poder Judiciário sobre este tema pode causar ingerência negativa no que tange à gestão governamental. Uma decisão judicial que determine a dispensação de um medicamento de alto custo para um cidadão, por exemplo, poderá refletir na diminuição orçamentária para investimento em assistência às demais pessoas.

A promoção da judicialização demonstra, principalmente, a incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo em cumprirem suas principais funções no tocante aos direitos fundamentais, garantidos na Constituição da República.

As crescentes demandas da sociedade exigem uma atuação cada vez mais célere dos Poderes Públicos e, desta forma, resta exprimir que a judicialização da saúde não decorre por influência do Poder Judiciário, mas, sim, como consequência da inexpressiva atuação dos demais Poderes, cujos membros são escolhidos através do voto popular e, portanto, possuem autonomia e prerrogativas para determinar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais ao cidadão.

Posto que cabe ao Legislativo e ao Executivo a implementação de políticas públicas e o gerenciamento orçamentário, exigindo, portanto, que se tenha uma visão macroeconômica, incumbe ao Judiciário, para parte da doutrina, uma atuação mais pontual, visto que tais decisões podem afetar os demais Poderes e, conseqüentemente, uma maior parcela da população, em virtude da natureza da política realizada por eles.

Sendo assim, a atuação excepcional do Judiciário justificada pela garantia da dignidade da pessoa humana é plenamente plausível e aceitável, mas a determinação no que tange à implementação ou categoria de política pública a ser efetivada não está, para alguns, entre suas competências, tampouco possui respaldo constitucional. Contudo, o novo tipo de constitucionalismo exige que haja maior e mais significativa atuação do Poder Judiciário.

Em sua dimensão individual, o direito à saúde está atrelado à ideia de mínimo existencial, bem como aos princípios da dignidade e da igualdade material. Neste sentido, parte da doutrina entende que, diante do descumprimento de políticas sociais previamente definidas não cabe a ponderação existente entre o recebimento de terapias ou insumos pelo

SUS e a reserva do possível, pois entende-se como a reserva do possível não meramente o viés orçamentário, mas, precipuamente, a retomada de seu princípio original, pautado no que pode ou deve o indivíduo razoavelmente esperar do Estado. E, neste sentido, resta cristalino que o indivíduo pode esperar do Estado a concretização do mínimo existencial, conceito basilar do Estado Democrático de Direito.

No campo das políticas públicas de saúde, sobretudo, é extremamente indispensável que haja diálogo entre os subsistemas de direito e da saúde, posto que este é o mais tecnicamente preparado para a tomada de decisão do ponto de vista global.

Este tema ainda é bastante discutido na doutrina e, ao que tudo indica, está bem longe de alcançar qualquer consenso, muito embora seja sabido que ainda resta um árduo caminho a ser percorrido rumo à concretização e ao efetivo exercício coletivo do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Nemésio Dario. **A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo sistema único de saúde – SUS**. Revista psicologia e saúde. Campo Grande, v. 5, n. 1, Junho, 2013.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização?** As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>> Acesso em 06 de maio 2018.
- BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (*Checks and Balances System*)**. <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>> Acesso em 10 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, DJU 14 de fevereiro de 2007. SS 3.073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie. STJ, DJU, 2 de fevereiro de 2004. STA 59/SC. Rel. Min. Nilson Naves.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Publicação 04 de maio de 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dalari (Coord.); DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **A judicialização da Saúde: A visão do poder executivo**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2017. p. 35.
- COELHO, Ivan Batista. **Os impasses do SUS**. *Ciência & Saúde Coletiva*, 12(2):307-317, 2007.
- COELHO, Ivan Batista. **Os impasses do SUS**. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csc/2007.v12n2/309-311/>> Acesso em 5 nov. 2018.
- CONASS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional** – Brasília: CONASS, 2004. 100 p.
- COSTAL, Inês. **O maior impasse do SUS**. Disponível em: <<http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/noticias/o-maior-impasse-do-sus/>> Acesso em 12 nov. 2018.
- DANIELLI, Ronei. **A Judicialização da Saúde no Brasil: Do Viés Individualista ao Patamar de Bem Coletivo**. 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 168p.

FUNDAÇÃO DO CÂNCER. **O impasse da saúde pública**. Disponível em: <<https://www.cancer.org.br/o-impasse-da-saude-publica/>> Acesso em 22 out. 2018.

MACHADO, Gustavo Silveira. **Fornecimento de Medicamentos no Sistema Único de Saúde** – Brasília: Consultoria Legislativa, 2010. 15 p.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

NOBRE JR, Edilson Pereira. **Ativismo Judicial: possibilidades e limites**. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 55, p. 92, 2011.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. PEREIRA, Wilson Medeiros. op. cit. p. 70.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. **A Teoria do Possível e o Reconhecimento Pelo Estado de Prestações Positivas**. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia* v.35: 317-337, 2007.

REIS, Denizi Oliveira et al. **Políticas públicas de saúde no Brasil: SUS e Pactos pela saúde**. Disponível em: < https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_4.pdf> Acesso em 12 out. 2018.

REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. **A Judicialização do Acesso a Medicamentos: A Perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro**. 2008, 111f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

ROCHA, Glenio Cristiano. **Judicialização da Política e Efetivação de Direitos Fundamentais Sob a Perspectiva da Tutela da Saúde**. 2017, 129f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2017.

ROMANELLI, Paulo Roberto Stocco. **Medicamentos de Alto Custo: Quem paga a conta?** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Medicamentos_de_Alto_Custo__Quem_paga_a_conta_.pdf>. Acesso em 06 de maio 2018

SCHEFFER, Mário César. **O capital estrangeiro e a privatização do sistema de saúde brasileiro**. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 663-666, abr. 2015.

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável**. Online. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/>>

?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9#_ftn53>. Acesso em 06 de maio 2018.

SOUSA, Rafael da Cruz; BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. **Política pública de saúde no Brasil: História e Perspectivas do Sistema Único de Saúde – SUS.** Disponível em: <<http://propi.ifto.edu.br/ocs/index.php/connepi/vii/paper/viewFile/2842/1827>> Acesso em 12 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 266-267, maio/ago. 2003.

TEIXEIRA, Janine Vieira et al. **Universalidade do atendimento à saúde no Brasil:** impasses e perspectivas. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís. V. 20, n. 1, p.201-220, jan./jun. 2016.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde:** reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública* 2008;42(2):365-9.

VIEIRA Fabiola Sulpino. **Assistência farmacêutica no sistema público de saúde no Brasil.** *Rev Panam Salud Publica*. 2010;27(2): 149–56.