

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL  
CONSTITUCIONALISMO E  
DEMOCRACIA: O NOVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO**

**SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

---

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



# **VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO**

## **SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

---

### **Apresentação**

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PAPEL DA UNIÃO FEDERAL NA  
EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

**JUDICIALIZATION OF HEALTH: THE ROLE OF FEDERAL UNION IN  
EFFECTIVE THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH**

**Raquel de Santana Rocha <sup>1</sup>**  
**Ana Cristina Almeida Santana <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente artigo busca analisar as competências atribuídas à União Federal no que cinge à efetivação do direito à saúde, garantido constitucionalmente, mediante o fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos aos cidadãos que não podem arcar com tais despesas. Demonstra-se a necessidade de determinação de limites e parâmetros na atuação do Poder Judiciário em esferas de atribuição exclusiva do Executivo, além da imprescindível análise das especificidades de cada caso concreto para que sejam proferidas as decisões judiciais e respeitados os princípios da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Fornecimento de medicamentos, Limites na atuação do judiciário

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article seeks to analyze the powers of the Federal Government in that girds the realization of the right to health, constitutionally guaranteed, through the provision of drugs and / or treatments to citizens who can not afford such expenses. It demonstrates the need for establishing limits and parameters in the performance of the Judiciary in an exclusive assignment to the Executive, in addition to the indispensable analysis of the specifics of each concrete case so the judgments decisions can be delivered and respected to the principles of the Constitution.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, Supply of medicines, Limits on the judicial acting

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT

<sup>2</sup> Doutora em Educação pela PUCRS. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFS. Especialista em Direito Processual pela UFSC. Advogada. Professora do curso de Direito da Universidade Tiradentes - UNIT.

## 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da judicialização da saúde, cujo julgamento ainda em andamento no Supremo Tribunal Federal – vem tomando grandes proporções na esfera federal, tanto em relação ao tratamento médico de milhares de pacientes, quanto aos gastos de bilhões de reais pelos cofres públicos. Considerado pelos ministros da Suprema Corte um dos temas mais delicados que passaram pelo plenário recentemente, a judicialização precisa ser bem compreendida e cuidadosamente analisada.

Dessa forma, o intuito deste trabalho não é, de forma alguma, negar a existência do direito à saúde. Este se insere dentre os direitos fundamentais de prestações, portanto, deve ser garantido judicialmente. Todavia, buscou-se analisar a concessão genérica de medicamentos e tratamentos e suas consequências para a coletividade, uma vez que, em se tratando da Administração Pública, o princípio da reserva do possível e da prevalência do interesse coletivo em detrimento do individual são, igualmente, inegáveis.

O presente artigo tem como objetivo estudar a possibilidade de se encontrar uma solução que atenuie os impactos da judicialização nos cofres públicos, sem vedar o acesso de cidadãos de baixa renda a remédios de alto custo. Ainda, busca-se a atuação conjunta, conforme definida legalmente, de todos os entes federativos para que seja possível a efetivação do direito à saúde no Brasil, o qual há muito vem sendo negligenciado no país.

Inicialmente, será feita uma abordagem acerca da inserção do direito à saúde no conceito de dignidade humana, esclarecendo essa garantia como um mínimo invulnerável, inerente a todos. Após essa compreensão, analisar-se-á a inevitável ofensa a princípios constitucionais, uma vez descontrolada a concessão de medicamentos e tratamentos. Em seguida, será feita uma análise a respeito da Lei 8.080/90, a Lei de Proteção e Recuperação da Saúde, e as atribuições ali concernentes a cada um dos entes federais. E, finalmente, registrará algumas considerações acerca da interpretação do artigo 196 da Constituição Federal, o qual assegura a saúde como direito de todos e dever do Estado, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada - STA nº 175.

O estudo tem como método de abordagem o dedutivo, vislumbrado a partir dos princípios e proposições gerais, quais sejam, a efetivação do direito à saúde pelas vias judiciais, chegando a uma conclusão menos universal, que é a necessidade de relativização dos gastos dos cofres públicos em casos particulares, a fim de assegurar um melhor atendimento a toda a população.

## 2 DIREITO À SAÚDE E O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

O direito à saúde é o principal direito fundamental social<sup>1</sup> encontrado na Constituição Federal, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>2</sup> – razão pela qual tal direito merece tratamento especial (CURY, 2005, p. XVII).

De acordo com José Afonso da Silva (2014, p. 180),

No qualitativo “fundamentais”, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; “fundamentais do homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

A expressão “Direitos Fundamentais” é, por décadas, a preferida pela doutrina para designar os direitos das pessoas ante ao poder público que constam em rol constitucional. O tema desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis (SILVA, 2014, p. 182-183).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade humana foi erigida como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, inciso III. Conforme ensinamento do mestre Alexandre de Moraes (2014, p. 18), a dignidade pode ser definida como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam sofrer limitação ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Deste modo, reconhecendo a inserção do direito à saúde dentro do conceito de uma existência digna, pautada no princípio maior da dignidade humana, a Constituição Federal vigente o enuncia como direito subjetivo do particular, correspondente a um dever jurídico estatal.

---

<sup>1</sup> Os direitos sociais pertencem à segunda Dimensão de Direitos Fundamentais, que está ligada ao valor da igualdade material. Não são meros poderes de agir – como o são as liberdades públicas -, mas sim poderes de exigir, chamados, também, de direitos de crédito. Alguns autores classificam os direitos sociais como sendo liberdades positivas.

<sup>2</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em nossa ordem constitucional, é fundamento basilar de nosso Estado e matriz principal de nosso sistema de direitos fundamentais.

José Afonso da Silva (2014, p. 844), a esse respeito, afirma que

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem sabe executá-los diretamente ou por terceiros.

No entanto, as divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do chamado “mínimo existencial” e da “reserva do possível”. As teses buscam definir em que medida o direito fundamental à saúde pode ser traduzido em um direito subjetivo público, passível de garantia pela via judicial.

### **3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

As dimensões do direito fundamental à saúde têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da reserva do possível<sup>3</sup>, principalmente no que consiste a escassez dos recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, sendo necessário considerar, na mesma proporção, os direitos sociais e os limitados recursos disponíveis à Administração.

A partir da década de 1980, com a progressiva constitucionalização dos direitos sociais e as dificuldades do Estado em provê-los efetivamente, surgiu o fenômeno da judicialização da saúde pública, traduzindo profundas e significativas mudanças na atuação e na responsabilidade do Poder Judiciário, obrigando-o a assumir uma postura mais politizada e ativa de único garantidor de direitos fundamentais, já constitucionalmente assegurados.

O significado amplo da expressão judicialização foi delineado pelo Ministro do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso (*apud* BRITO NOBRE, p. 356) da seguinte forma:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da

---

<sup>3</sup>No Brasil, a interpretação dessa teoria originária da Alemanha, ao ser adequada à realidade pátria, transformou-a em uma teoria da reserva do financeiramente possível, sendo considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. A efetividade desses direitos estaria condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao Estado, posto que se enquadram como direitos fundamentais dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos.



conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês — a chamada democracia ao estilo de Westminster —, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.

Nesse sentido, a judicialização da saúde é o fenômeno que traduz a tentativa de obter medicamentos, exames, cirurgias ou tratamentos, aos quais os pacientes não conseguem ter acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) ou pelos planos privados, por meio de ações judiciais. Os pedidos normalmente são fundamentados no direito constitucional à saúde.

É fato que o sistema de saúde no país não tem sido capaz de efetivar a contento o direito à saúde a todas as pessoas, conforme previsão da Constituição Federal. O envelhecimento da população, a crise econômica e os cortes no orçamento da saúde contribuíram para o atual aumento dos casos. Nessa esteira, atua o Poder Judiciário em prol da efetivação da assistência médico-farmacêutica, sendo esta considerada, entre outros exemplos, como a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos e tratamentos não disponíveis na rede pública de saúde.

Segundo a Advocacia Geral da União, AGU (2016) e, com base em dados do Ministério da Saúde, os gastos da rede pública de saúde com o cumprimento de decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos cresceram 727% em apenas cinco anos, alcançando em 2015 a cifra de quase R\$ 1 bilhão só com os 20 remédios de maior impacto orçamentário; municípios, Estados e União gastaram R\$ 5 bilhões com a judicialização em 2015. Em 2016, já são mais de 16 mil ações judiciais pleiteando o fornecimento de substâncias e, segundo o ministro Ricardo Barros, os governos deverão gastar R\$ 7 bilhões neste ano.

Nas palavras da advogada-geral da União, Grace Mendonça, em sustentação oral no Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento recente, iniciado em 15 de setembro de 2016, os crescentes custos da judicialização do SUS prejudicam não só o conjunto de usuários da rede pública, mas toda a sociedade, uma vez que o Estado é o veículo por meio do qual os recursos destinados à saúde são aplicados.

É inegável que cabe ao Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico brasileiro, zelar para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos. Porém, essa intervenção não pode ser feita sem critérios, devendo a Constituição Federal ser interpretada de maneira sistêmica, conciliando a concretização do direito fundamental à saúde aos outros princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico.

## **4 A OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

A tutela jurisdicional do direito à saúde, mediante sua judicialização, acaba por violar princípios constitucionais, tais como o princípio da separação dos poderes e da soberania, o princípio da impessoalidade, da moralidade da Administração Pública, além do princípio da estrita legalidade. A busca pela sintonia entre a concretização do direito fundamental à saúde por meio de tutela jurisdicional e o respeito aos princípios constitucionais é negligenciada, de modo a desequilibrar o ordenamento jurídico.

### **4.1 Princípio da Separação dos Poderes**

O fenômeno da judicialização da saúde põe em risco o princípio da separação dos poderes, invadindo a esfera de independência do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, garantida pelo princípio constitucional, analisando e interferindo, muitas vezes, no mérito administrativo, na aferição de conveniência e oportunidade sobre como executar o serviço público de saúde e nas opções legislativas.

O princípio da separação dos poderes é um princípio geral do Direito Constitucional, inserido como um dos princípios fundamentais adotados pela Constituição Federal. A independência dos poderes referida no artigo 2º da Carta Magna significa, dentre outros, que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. Quanto à harmonia entre os poderes, verifica-se pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito (SILVA, 2014, p. 112).

Nesse contexto, o Poder Judiciário está legitimado a efetivar o direito à saúde, porém, a execução de políticas públicas de saúde é de competência do Poder Executivo, mais especificamente, do Ministério da Saúde, órgão responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltadas para a promoção, prevenção e assistência à saúde da população brasileira.

Uma vez concedendo individualmente aquilo que não tem previsão normativa, ou distanciando-se do que já está previsto regularmente, outros cidadãos teriam legitimidade para exigir judicialmente o mesmo medicamento/ tratamento concedido na esfera individual, de forma que o Poder Judiciário estaria legislando acerca de políticas de fornecimento de medicamentos e tratamento, por via indireta. Cabe ao Executivo e Legislativo a escolha

sobre o modo como os recursos públicos repassados devem ser gastos, pois estes poderes falam, precipuamente, em nome da população, não podendo o Judiciário usurpar tal função, determinando alocação de recursos para determinado medicamento/tratamento.

Por outro lado, levando-se em conta que o princípio da separação dos poderes não se configura mais com a mesma rigidez, havendo ampliação das atividades do Estado contemporâneo, a qual impôs novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, os órgãos que exercem as funções estatais, para gozarem de independência, conseguindo frear uns aos outros, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais, sendo tais garantias invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio e desestabilização do governo. (SILVA, 2014, p.108). Com o fenômeno da judicialização, tais garantias não são respeitadas, uma vez que a invasão entre as esferas do poder macula a soberania dos entes federativos.

Nas palavras de Rosalia Carolina Kappel Rocha (2015, p. 17),

Ainda que o princípio da separação dos poderes não possa implicar a ausência de interferência do Judiciário na esfera dos direitos sociais, não pode ser ignorado que deve haver sempre respeito pelo papel dos demais poderes, cabendo às cortes serem “extremamente cuidadosas para não extrapolar suas funções institucionais”, pelo que “os juízes devem interferir somente quando o núcleo do direito à saúde estiver em risco ou quando o Executivo e o Legislativo não souberem utilizar o poder discricionário dado a eles e passarem a atuar de forma abusiva”.

## 4.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade se encontra, por vezes, no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade (MORAES, 2014, p. 342).

Conforme Hely Lopes Meirelles (1995, p. 82),

o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Destarte, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à saúde está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação nesse sentido deva ser de forma global, impessoal, igualitária e que atenda aos planos orçamentários traçados na Constituição Federal.

O princípio da impessoalidade é lesado no momento em que as decisões judiciais acabam criando duas classes de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS): os que obtiveram liminar para obter tratamento diferenciado e os que não obtiveram. Como as camadas mais desfavorecidas da população ainda encontram obstáculos importantes no acesso à Justiça, essa atitude implica não só em problemas de eficiência, mas também riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos da saúde.

#### **4.3 Princípio da Moralidade Administrativa**

De acordo com o princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos da razoabilidade e justiça (MORAES, 2014, p. 342). Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, trata-se de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina anterior da Administração (MEIRELLES, 1995, p. 79).

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos (DI PIETRO, 1993, P. 157).

Nesse sentido, o princípio é ferido quando, sem qualquer razoabilidade, o atendimento coletivo de toda a população é prejudicado devido ao privilégio em casos individuais, o que, igualmente, fere a isonomia entre os pacientes.

#### **4.4 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade é aplicado na Administração Pública de forma mais rigorosa e especial que na esfera particular, uma vez que o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei. (MORAES, 2014, p. 341).

O direito à saúde encontra arrimo constitucional em sede de norma principiológica, restando definição de seu conteúdo às políticas sociais e econômicas, ações e serviços. Em

face do princípio da legalidade, depende de conformação à regulamentação legal que a matéria venha a obter.

Portanto, não é o direito amplo e irrestrito que está garantido. A norma constitucional não requer apenas uma interpretação sistemática e teleológica, mas antes disso, lógica, racional e responsável.

Dessa forma, cada um dos entes federativos possui uma atribuição definida em lei, a qual, em consonância com o princípio da legalidade, deve ser realizada por todos, de forma conjunta. Cabe então destacar que a União repassa recursos de forma sistemática para os Estados e Municípios para que estes cumpram sua obrigação legal de financiamento de programas de medicamentos/tratamentos estruturados pelo Ministério da Saúde.

Nesse sentido, a canalização de recursos em situações individualizadas, independentemente do valor a ser destinado, fere o espírito do artigo 196 da Constituição Federal, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Compete, pois, ao Poder Executivo, definir sobre referida padronização, mediante prévia e ampla discussão técnica, para somente após, autorizar o fornecimento, de maneira igualitária, de medicação/tratamento aprovada e padronizada, de modo a respeitar os princípios constitucionais.

O que se pretende apontar é que sejam adotados requisitos mínimos e objetivos no momento da prolação da decisão, para que a União não extrapole suas competências definidas em lei e, portanto, lese o princípio da legalidade, que rege toda a Administração Pública, evitando, assim, seu papel como seguradora única e universal da saúde – uma vez que tal direito deve ser assegurado mediante todos os entes federativos, não apenas um.

#### **4.5 Princípio da Reserva do Possível**

O princípio da reserva do possível originou-se na Alemanha, nos anos 1970, sendo igualmente conhecido como reserva do financeiramente possível. Tal princípio consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos. No âmbito em questão, está ligado à ideia de que o Judiciário não pode ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, exijam esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais – o que poderia impactar significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando outras políticas públicas. Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais sociais sofre restrições, consubstanciadas no referido princípio.

O Estado, devido à limitação de seus recursos em contraponto à grande quantidade de demandas acerca do assunto saúde, necessita fixar suas despesas nessa área de acordo com técnicas de planejamento, tais como percentual da receita a ser aplicada, demandas, prioridade do programa ou ação.

A crise que se instala é a interferência do Judiciário nas finanças do Poder Executivo, determinando a realização de despesas não previstas no orçamento público. Na grande maioria das ações, os magistrados deferem a tutela antecipada sem a oitiva do ente público, em afronta ao princípio do contraditório. Como tais medidas são satisfativas, os cofres públicos são onerados mesmo que se comprove, posteriormente, a impossibilidade de recursos ou a ineficiência do tratamento/medicamento, causando prejuízos ao atendimento coletivo de toda a população, uma vez que os recursos financeiros planejados para atender da melhor forma possível à coletividade são destinados para privilegiar casos individuais.

Não se pretende negar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir o mínimo existencial ao indivíduo, dever, inclusive, constitucional. Contudo, se a prática não for dotada de critérios racionais e razoáveis, pode ensejar um grande prejuízo para a própria saúde pública.

## **5 A LEI 8.080/1990 E AS ATRIBUIÇÕES DOS ENTES FEDERAIS**

A concretização do direito à saúde, em que pese seu caráter programático, depende de atos eminentemente políticos, viabilizados por meio de uma legislação que o implemente - no caso, a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, de Proteção e Recuperação da Saúde, que estabeleceu as diretrizes do SUS – Sistema Único de Saúde.

O SUS, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde. O SUS implica ações e serviços tanto federais quanto estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se, dentre outros, pelo princípio de descentralização, com direção única em cada esfera de governo. (SILVA, 2014, p. 844). Trata-se, portanto, de um meio descentralizado de atendimento médico, realizado através das unidades das respectivas Secretarias de Saúde dos demais entes federados.

Pela leitura, em especial dos artigos 16, 17 e 18 da referida Lei, é possível perceber que a União é gestora e financiadora do Sistema Único de Saúde/SUS, mas não executa diretamente as atividades de distribuição e cadastro dos usuários da rede pública, em razão da

impossibilidade de centralização, esta não apenas geográfica, mas também constitucional. Veja-se:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição (...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

[...]

III – prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I – planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.

[...]

Conforme disposto acima, a legislação ordinária estabelece três níveis de gestão no SUS: federal, estadual e municipal, cada qual com suas competências próprias.

Admitir o fenômeno da judicialização da saúde, atribuindo à União questões que tradicionalmente não lhe abrangem, é conferir tratamento privilegiado aos demais entes em detrimento da União que, além de zelar pelo cumprimento dos seus próprios deveres constitucionais, ainda seria responsabilizada pelo cumprimento dos deveres dos Estados e Municípios, assumindo o papel de seguradora universal da saúde pública, o que representa verdadeira afronta ao princípio federativo.

É preciso conciliar o conteúdo constitucional (art. 196) e a referida lei ordinária, adotando-se critérios objetivos no julgamento de cada caso concreto. Como bem ressaltou a desembargadora Maria Izabel de Azevedo Souza, relatora do AI nº 70019001916, julgado em 26/04/2007 no TJRS:

O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas ao indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado *standard* permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais.

Cabe à União o repasse de verbas federais para os demais entes da federação, o que se dá de forma planejada, dentro da proposta orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional (artigos 165 e 167 da Constituição Federal). Os repasses ocorrem por meio de transferências "fundo a fundo", realizadas pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) diretamente para os

Estados, Municípios e Distrito Federal, ou pelo Fundo Estadual de Saúde aos Municípios, de forma regular e automática.

Assim, como gestora federal do SUS, cabe à União o repasse de recursos financeiros, e aos Municípios e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e adequada dispensação de medicamentos, exames e outros insumos, propiciando que gestores estaduais e municipais utilizem esses recursos previamente pactuados, no devido tempo, para que desempenhem e cumpram suas missões de cuidar, diretamente, da saúde da população.

A par dos repasses de verbas federais realizados pela União, os gestores estaduais e municipais deverão compor o financiamento, como contrapartida, em recursos financeiros ou insumos. Além disso, cada esfera governamental deve assegurar o suporte regular de recursos ao respectivo fundo de saúde, nos termos da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. As transferências, regulares ou eventuais, da União para Estados, Municípios e Distrito Federal estão condicionadas à contrapartida destes níveis de governo, em conformidade com as normas legais vigentes, a exemplo da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

É importante, ainda, destacar que a obrigação não pode ser atribuída de forma solidária entre todos os entes públicos, sem qualquer delimitação das atribuições de cada um, em observância do disciplinado na Lei 8.080/90, que, como visto, fragmenta de forma específica as competências relativas a cada ente.

Do contrário, a imposição genérica do cumprimento da obrigação pode levar a uma disputa quanto à legitimidade do polo passivo das ações, no qual apenas se pretende atribuir a outrem a responsabilidade que lhe convém, permitindo o ainda maior desamparo do cidadão na concretização do direito fundamental à saúde.

## **6 CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES ACERCA DO JULGAMENTO DA STA Nº 175 PELO STF E SUA INTERPRETAÇÃO DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

O direito à saúde, conforme aqui abordado, possui tão grande relevância que, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, o Supremo Tribunal Federal realizou importante audiência pública com representantes de vários segmentos da sociedade e do meio jurídico para discutir acerca do tema.

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, STA nº 175, a Suprema Corte estabeleceu que a concessão de medicamentos por parte do Sistema



Único de Saúde – SUS deve ser precedida por uma série de cautelas, em que pese seja claro o dever constitucional de recuperação da saúde.

O Ministro Gilmar Mendes analisou o artigo 196 da Carta Magna, fragmentando-o da seguinte forma:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto ao primeiro aspecto, o relator aduziu que o direito à saúde trata-se de direito subjetivo público, assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize.

Já quanto ao terceiro elemento, o Ministro pondera que a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, respeitando o princípio da reserva do possível, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois, ainda segundo seu correto entendimento, sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

Em análise acerca do acesso universal e igualitário à saúde, o Ministro Gilmar Mendes cita o entendimento da Ministra Ellen Gracie, destacando que “o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007)”. Assevera que o princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Destaque-se, nesse ponto, que o Judiciário, na esfera do ente Federativo da União, não pode despender tratamento desigual e superior a um cidadão perante a maior parte dos outros que igualmente buscam assistência do ente público.

Por fim, no sexto item fragmentado, o voto do Ministro traz a constatação que aqui se concorda, no sentido de que há necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.

O necessário remanejamento proposto pelo Ministro Gilmar Mendes foi justificado devido ao fato de que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à produção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Frisa ainda que cada caso deve ser avaliado individualmente, sob critérios de necessidade, a fim de que seja concedido ou não o pleito, uma vez que a obrigação atribuída à rede pública de 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.

Sobre a discussão trazida à tona pela STA nº 175, temos que as decisões judiciais têm se inclinado a deferir liminares descuidando do amplo estudo de eficácia/eficiência realizado pelos gestores, o que não pode prevalecer. Destarte, o voto do Ministro Gilmar Mendes permite concluir que a concessão de liminar deve configurar como exceção, devendo estar calcada na absoluta prova de impropriedade e inadequação da política pública. Além da série de cautelas imprescindíveis, deve ser comprovado que o gestor não se baseou no critério da eficiência, uma vez que fora ratificado “a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas”.

## **7 CONCLUSÃO**

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, todavia, é inegável seu significativo custo, considerando o orçamento limitado da administração. Nesse sentido, conforme foi possível observar ao longo deste trabalho, é indiscutível o dever constitucional de recuperação da saúde, todavia, não se trata de direito absoluto.

A intervenção judicial deve ter observância de uma série de cautelas, sob pena de, na falta de adoção de critérios racionais, ensejar um grande prejuízo para a própria saúde pública, uma vez que recursos destinados à realização de outras despesas terão de ser remanejados para o cumprimento de ordem judicial de caráter individual, o que fere o espírito constitucional de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Destarte, a melhor solução seria uma abordagem minimalista que, diante de tema tão controverso, reconheça que cada caso concreto deve ser analisado de forma específica. Não se pode resolver de forma genérica casos que podem se revestir de circunstâncias absolutamente

dísparos, uma vez que, como exaustivamente pontuado, trata-se de recursos públicos e do bem estar de toda a população.

O sistema de saúde brasileiro é notadamente falho, não sendo capaz de assegurar a contento o direito à saúde, constitucionalmente garantido. Assim, percebe-se que, a fim de alterar o quadro atual e tornar eficaz o sistema no país, é necessário que cada um dos entes federativos cumpra com suas atribuições legalmente definidas, de forma que a União não atue como seguradora única e universal da saúde, uma vez que tal direito deve ser assegurado mediante a atuação de todos os entes federativos, e não apenas um. A busca junto ao Judiciário de fornecimento de medicamentos e tratamentos é medida paliativa, e não definitiva, de resolução da situação da saúde no país.

## REFERÊNCIAS

AGU. 2016. <http://www.agu.gov.br/noticia/para-agu-acao-judicial-obrigar-sus-a-fornecer-remedio-fere-isonomia-entre-pacientes--449596> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

**Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> Acesso em 26 de agosto de 2016 10:35

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)

BRUNO, Raphael. **Para AGU, ação judicial obrigar SUS a fornecer remédio fere isonomia entre pacientes.** Disponível em [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/449596](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/449596) .> Acesso em 17 de setembro de 2016, 16:37

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

**Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 26 de agosto de 2016, 09:52

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível.** Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/AnoV\\_novembro\\_2005/rosalia-eficacia.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/AnoV_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf)> Acesso em: 27 de agosto de 2016, 15:42, p. 17.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAÚDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 18 de setembro de 2016, 17:37

**Supremo deve definir alternativas para acesso a remédios de alto custo.** Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817488-supremo-deve-definir-alternativas-para-acesso-a-remedios-de-alto-custo.shtml>>. Acesso em 29 de setembro de 2016, 08:35