# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

**JUVÊNCIO BORGES SILVA**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juvêncio Borges Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Rogerio Luiz Nery Da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-449-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3. Cotas. 4. Vulnerabilidade. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

---

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

---

## Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro Direito Sociais e Políticas Públicas I. O livro é composto de vinte capítulos e é fruto dos artigos que foram apresentados no Grupo de Trabalho com o mesmo nome no XXVI Encontro Nacional do Conpedi em Brasília no dia 21 de julho de 2017.

Os trabalhos, com excelente qualidade, com a participação de autores pesquisadores de várias regiões do país, traduzem a opreocupação científica teórica e empírica envolvendo questões de ordem geral sobre efetividade da igualdade e o sistema de cotas em concurso público, efeitos constitutivos da lei e suas repercussões na defesa do meio ambiente, o cooperativismo e o novo marco regulatório, análise da legislação de cotas eleitorais para a igualdade de gênero e a importância dessa política pública como instrumento democrático e o orçamento participativo como instrumento de formação da razão pública. Os artigos contemplaram ainda temáticas que refletiram sobre políticas públicas voltadas para situações de vulnerabilidade, moradia, educação, além de discussões concernentes à judicialização das políticas públicas e ativismo judicial.

Os capítulos, abordando temas diversos, convergem para uma temática que os une, a saber, as políticas públicas e o papel dos poderes legislativo, executivo e judiciário no que se refere à sua criação, implementação e controle, considerando os conflitos decorrentes da omissão do poder legislativo e limites de sua atuação, da discricionariedade e poder-dever do poder executivo, e do protagonismo do poder judiciário em face do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial.

Não obstante os capítulos tenham autores de várias regiões do país, sendo que alguns tem como objeto de pesquisa situações concretas e regionais, verifica-se que os mesmos problemas se apresentam nas várias regiões do país, sendo que a reflexão de situações locais específicas podem contribuir para uma melhor compreensão de situações semelhantes em outras regiões, assim como reflexões mais gerais contribuem para uma melhor compreensão de situações concretas locais, o que nos leva a concluir que a máxima que afirma ser necessário pensar globalmente e agir localmente se confirma.

A riqueza de análise e peculiaridade dos vários trabalhos apresentados em muito contribui para uma melhor percepção da realidade fática dos direitos sociais e políticas públicas no

Brasil, proporcionando-nos reflexões que alargam nosso horizonte de conhecimento e nos proporcionam melhores condições para uma atuação no sentido de superar as dificuldades que obstaculizam a concreção dos direitos sociais no Brasil, sendo que as política públicas constituem o instrumento privilegiado para a sua consecução, exigindo, portanto, aprimoramentos, que somente serão realizados com a participação popular e efetiva fiscalização por parte da população e dos órgãos competentes.

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva - Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina

# A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO ENTE MUNICIPAL

# THE JUDICIALIZATION OF HEALTH UNDER THE PERSPECTIVE OF THE MUNICIPAL ENTITY

**Maria Tereza Soares Lopes** [1]

**Resumo**

O presente trabalho procura abordar o fenômeno judicialização da saúde a partir da perspectiva dos Municípios, a fim de apresentar uma solução viável ao problema da superposição de esferas federativas e da interferência do poder judiciário nas políticas públicas. Neste sentido, a análise da repartição de competência entre União, Estados e Municípios na assecução do direito à saúde, do princípio da reserva do possível e da legislação pertinente ao SUS, possibilitará contrapor a responsabilidade solidária e a subsidiária e fixar qual delas deve ser aplicada aos casos que envolvam entes federados.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde, Reserva do possível, Recursos orçamentários, Responsabilidade subsidiária, Municípios

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper seeks to address the phenomenon of the judicialization of health from the perspective of the Municipalities, to present a viable solution to the problem of overlapping federative spheres and the interference of the judiciary in the public policies. Like this, the analysis of the division of competence between Union, States and Municipalities in the fulfillment of the right to health, the principle of the reserve of the possible and the SUS legislation, will make possible to counter the joint and several liability and the subsidiary, and determine which of them should be applied in cases involving federated entities.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicialization of healthcare, Reserve of possible, Budgetary resources, Subsidiary liability, Municipalities

[1] Especialista em direito público pelo Idde/ Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra- POR. Assessora Jurídica do Município de Santa Luzia- MG.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma breve análise crítica acerca da judicialização da saúde no Brasil, ressaltando o problema da superposição de atuação de esferas federativas e, por conseguinte, o grande ônus assumido pelos Entes Municipais.

Neste sentido, primeiramente, será apresentado o fenômeno da judicialização no Brasil e as suas possíveis causas, a fim de elucidar a excessiva interferência das decisões judiciais nas políticas públicas de saúde e ressaltar os impactos negativos ocasionados no orçamento público e, por conseguinte, na assecução do direito à saúde.

Em segundo plano, tratar-se-á a competência comum dos Entes Federados prevista no artigo 23, II da CR-88 de forma associada com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecidas no artigo 198 também da CR-88 e na Lei 8080/1990, com o intuito de destacar a inexistência de solidariedade irrestrita entre Estes.

Nesta ordem de ideias, no subtópico seguinte, exemplificar-se-á a repartição de competências entre os entes federados no fornecimento/financiamento de medicamentos em âmbito do SUS, com fulcro nos critérios estabelecidos no cadastro RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - e na Portaria MS - GM 1554/2013.

Em terceiro plano, será ressaltada a inobservância do princípio da reserva do possível no cumprimento das prestações positivas essenciais à saúde do cidadão, uma vez que o Poder Executivo precisa compatibilizar as necessidades da população com os recursos que dispõe, a fim de garantir a observância de todos os direitos fundamentais e sociais.

Em quarto plano, serão contrastadas as responsabilidades solidária e subsidiária, de modo a destacar esta última como a melhor forma de dividir as atribuições dos entes federados na assecução do direito à saúde, tendo como foco principal o Município.

Por fim, pugnar-se-á pela correta aplicação da repartição de competências em âmbito do direito sanitário e pela não arbitrariedade das decisões judiciais que obrigam os entes federados prestadores precípuos do SUS, principalmente os Municípios, a fornecerem tratamentos e medicamentos indiscriminadamente, em patente desrespeito às políticas públicas de saúde e ao orçamento público, bem como ao princípio da separação dos poderes.

## 2 A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Nas últimas décadas ocorreu um aumento progressivo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Entretanto, por ser um fenômeno recente, o aparato Estatal ainda

não está tecnicamente estruturado para solucionar todas essas demandas, o que, infelizmente, tem gerado consequências impactantes no orçamento e na administração públicos.

Acerca do crescimento vertiginoso desse fenômeno e da importância da judicialização da saúde no Brasil, Fernando Aith assim asseverou:

> O reconhecimento da saúde como direito em 1988 provocou um aumento consistente e acelerado no número de demandas por saúde junto ao Poder Judiciário. Ações judiciais pedindo providências do Estado para assegurar o direito de acesso a medicamentos, cirurgias, próteses, ações de vigilância sanitária, dentre outros serviços de saúde, vêm se tornando comuns nas diversas comarcas do país. **Juízes que antes nunca tinham ouvido falar em direito sanitário começam agora a deparar-se com questões de alta complexidade relacionadas com demandas judiciais que pedem acesso à serviços de saúde estatais.** A pesquisa organizada pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP-MG), que acompanha as ações que tramitam no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) é apenas um exemplo de como o papel do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde tornou-se rotina no Estado Democrático de Direito brasileiro. Esse movimento é salutar e representa importante avanço na consolidação das instituições democráticas no Brasil. (AITH, 2010, p. 100).

Luiz Roberto Barroso entende que o fenômeno da judicialização da saúde é visto como um problema atual que está relacionado ao grande volume de demandas judiciais e ao cumprimento dessas decisões que além de comprometer partes consideráveis dos orçamentos, podem, inclusive, ocasionar a prisão dos gestores em caso de eventual descumprimento da ordem judicial (BARROSO, 2010).

Nesta ordem de ideias, múltiplas causas podem justificar a ocorrência do fenômeno da judicialização da saúde, mas todas elas estão diretamente ou indiretamente atreladas ao advento da Constituição Cidadã de 1988. Vale a pena colacionar excerto do livro Judicialização da saúde no Brasil sobre o tema:

> São várias as causas que poderiam ser apontadas para judicialização: a) crise do Estado, quando sobressai o papel do Poder Judiciário; b) falhas da gestão na formulação e execução das políticas públicas do SUS; **c) amplitude dos direitos sociais estabelecidos na CRF-88**; d) atuação incisiva do poder econômico da indústria dos bens de saúde (farmacêutica e tecnológica, entre outras) para inserir produtos, nem sempre eficazes, no mercado e no sistema de saúde pública e privada no Brasil; e) maior atuação do Ministério Público e das Defensorias para garantia de direitos sociais; **f) ativismo judicial.** Essa listagem aponta motivos justificáveis, como também desvios do sistema, ambos convivendo e influenciando o fato recente da ampla judicialização das políticas públicas de saúde.(BLIACHERIENE; RUBIM; SANTOS, 2014, p. 352-353).

A despeito da importância de todas as causas supralistadas, faz-se mister destacar a ñamplitude dos direitos sociais estabelecidos na CRF-88ò e o ñativismo judicialò, posto que a atuação incisiva do poder judiciário na busca pela assecução destes direitos têm impactado o

orçamento público e onerado excessivamente os Entes Federados, mormente os Municípios.

Noutros termos, o poder judiciário visando assegurar o direito à saúde aos cidadãos que o acionam, sem descurar, por obvio, de todas as implicações que podem advir da negativa deste acesso, tem deferido a maior parte das liminares, sejam elas de medicamentos, internação, exames ou simples consultas, sem verificar a divisão de competências entre os Entes Federados, a existência de políticas públicas e a gravidade do caso em análise.

Pode-se afirmar que o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição[1], bem como a consagração da saúde[2] como direito fundamental, se por um lado promoveu a participação popular na construção do processo democrático por outro culminou na superposição de atuação de esferas federativas.

Ademais, a Constituição Cidadã de 1988 também ampliou a participação do poder judiciário no processo democrático3 na medida em que determinou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais4 e, a partir destes, os magistrados passaram a atuar de forma mais efetiva na solução dos novos conflitos.

Diante dessas considerações preliminares, é fundamental tentar mitigar os efeitos negativos da judicialização da saúde, a fim de garantir o acesso dos usuários às ações e serviços de saúde mas, sem desrespeitar a repartição de competências entre a União, os Estados e os Municípios e, consequentemente, sem onerar demasiadamente estes últimos.5

Conforme será abordado nos tópicos seguintes, é preciso repensar a caracterização da responsabilidade dos Entes Federados na assecução do direito fundamental à saúde.

---

[1] **Art. 5º, inciso XXXV da CR-88** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

[2] **Art. 6º da CR-88** - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

[3] **Art. 98, I da CR-88** - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...). (BRASIL, 1988).

[4] Lei 9099/1995.

[5] O constituinte de 1988, acolhendo as reivindicações dos movimentos organizados, firma compromisso com a efetivação da igualdade, reconhece garantia de acesso dos cidadãos aos serviços públicos sociais, consagra a universalização dos benefícios da seguridade social, entre outros, e traça diretriz de participação da sociedade na concepção, na execução e no controle das políticas públicas, com vistas a transcender o patamar de materialização de direitos para buscar a construção da igualdade, sobretudo por meio de mecanismos de integração dos cidadãos na política e na processualidade administrativa, como forma de garantir crescente legitimidade às decisões.

Como consequência do agravamento do quadro social e daquela mobilização, a máquina pública é impactada pela demanda cada vez mais densa e diversificada de benefícios, o que põe em realce as esferas estadual e local, notadamente esta, tendo em vista principalmente a diminuição da capacidade de investimento do Governo Federal na prestação direta de serviços ou no financiamento das políticas e a proximidade do Município em relação às questões do quotidiano das necessidades. (FERREIRA, 1999 *apud* PIRES, 2005, p. 71).

## 3 DA INOBSERVÂNCIA, PELO JUDICIÁRIO, DA DIVISÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS NA ASSECUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Os entes federados possuem competência comum para cuidar da saúde e da assistência pública, ou seja, exercem em igualdade o múnus de prover a assistência à saúde dos cidadãos, nos termos como postos no artigo 23, II[6] da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido, o artigo 198[7] da Carta Constituinte dispõe que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constituem um sistema único, a ser financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios.

Por conseguinte, o direito à saúde possui status constitucional e a sua assecução é dever do Estado, em sua acepção lata, mediante a promoção de políticas públicas, em especial no que concerne ao Sistema Único de Saúde[8]. Logo, os três entes públicos são tidos como prestadores precípuos dessas obrigações assecuratórias do direito à saúde de modo conjunto, coordenado e igualitário.

Em sentido complementar, a Lei nº 8.080/90, que regula o Sistema Único de Saúde ï SUS, confirma a responsabilidade do Poder Público, em suas esferas Federal, Estadual e Municipal, em cumprir os comandos constitucionais de modo a garantir a efetividade do direito à saúde.

Importante destacar, as disposições contidas nos artigos 2º, 8º e 9º[9], da referida lei,

---

[6] **Art. 23/ CR-88** - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...) (BRASIL, 1988).

[7] **Art. 198/ CR-88** - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. (...) (BRASIL, 1988).

[8] O SUS representa a materialização de uma nova concepção acerca da saúde no Brasil. O funcionamento do SUS faz com que a área de saúde esteja entre as mais democráticas, pois, além de comportar um alto grau de participação social, sua gestão deveria configurar um dos modelos de descentralização com maior êxito nos serviços públicos brasileiros. Porém, na prática a situação é diferente, requerendo a verdadeira implementação de adequadas políticas públicas. (SOUSA, 2015, p. 119).

[9] **Art. 2º/ Lei 8080-1990** A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1999).

**Art. 8º/ Lei 8080-1990** As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente. (BRASIL, 1990).

que preceituam, respectivamente, que o Estado deve prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito fundamental à saúde, que as ações e serviços de saúde serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente e que a direção do SUS é única.

Ademais, os artigos 17 e 18[10] também da lei 8080/1990, respectivamente, enumeram

---

**Art. 9º / Lei 8080-1990** A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 1990).

[10] **Art. 17 / Lei 8080-1990** À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:
I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;
II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);
III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;
IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:
a) de vigilância epidemiológica;
b) de vigilância sanitária;
c) de alimentação e nutrição; e
d) de saúde do trabalhador;
V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;
VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;
VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;
VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;
IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;
X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;
XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;
XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;
XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

**Art. 18 / Lei 8080-1990** 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;
II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;
III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
IV - executar serviços:
a) de vigilância epidemiológica;
b) vigilância sanitária;
c) de alimentação e nutrição;
d) de saneamento básico; e
e) de saúde do trabalhador;
V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;
VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;
VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;
VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

as competências individuais da direção estadual e municipal do SUS, de modo que naquele o inciso III assevera o apoio técnico e financeiro a ser prestado pelo Estado aos Municípios, bem como a execução supletiva de ações e serviços de saúde, o que atesta a repartição de competências entre os entes federados e a necessidade de coordenação e articulação das ações de todos eles, principalmente no tocante ao direito a saúde.

Dessa forma, os serviços atinentes à saúde estão sob a responsabilidade do Poder Público, sendo o SUS administrado conjuntamente pela União, Estado e Municípios, cabendo a cada um destes Entes atuação ímpar de sua prestação.[11]

Entretanto, o poder Judiciário, na tentativa furtiva de tentar assegurar o acesso universal e igualitário à saúde de todos os cidadãos brasileiros, não tem observado a divisão constitucional de competências entres os entes federados, que pré-estabelece as responsabilidades de cada um, de acordo com a respectiva dotação orçamentária.

Neste sentido, os repasses de recursos específicos, seja da União aos Estados ou dos Estados aos Municípios, observam uma hierarquia de responsabilidades quanto ao fornecimento de serviços de saúde, o que o Poder Judiciário muitas vezes tem se olvidado a considerar.[12]

Assim, a solidariedade dos entes públicos quanto aos serviços de saúde não se verifica quanto às atribuições de cada Ente, mas, sim, quanto à obrigatoriedade de prestar serviços indispensáveis. Não há, portanto, que se falar em identidade de obrigações dos entes

---

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;
XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;
XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação. (BRASIL, 1990).

[11] Expostas as competências de cada ente federado, pode-se dizer que, a despeito de atribuições comuns, cada esfera realiza as atividades que lhe foram atribuídas, com total entrosamento entre as unidades, desde a fase de planejamento até a fase de execução, para, assim, manter os pilares e os objetivos do SUS. (PAVÃO; COSTA, 2010, p. 199).

[12] Leonardo Tibo B. Lima, propõe um novo modelo para o serviço público de saúde brasileiro. Talvez um dos maiores problemas esteja exatamente na questão da competência. Nesse novo modelo proposto, os Municípios ficariam responsáveis, essencialmente, pela medicina preventiva da população. O Município promoveria ações de esclarecimento e educação da população, de higiene, de saneamento básico, de noções de alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação etc. Ao invés de gastar o dinheiro público com hospitais e equipamentos de custo elevado, o Município centralizaria os investimentos exclusivamente na medicina preventiva, melhorando a qualidade de vida da população. Aos Estados competiria promover o fornecimento de medicamentos. Os medicamentos poderiam ser fornecidos através de farmácias públicas, estrategicamente localizadas nos hospitais, nos postos de saúde e onde se fizer necessário. Estado poderia, ainda, auxiliar os Municípios, caso estes enfrentassem dificuldades na execução dos serviços de medicina preventiva. A competência da União seria residual, portanto. Assim é que a União ficaria responsável pela promoção da medicina curativa. Todos os hospitais seriam federais e os médicos que neles trabalhassem seriam servidores públicos federais, afinal a reestruturação do serviço público de saúde é urgente. Ao invés de hospitais municipais, os municípios seriam responsáveis por postos de saúde. Seria do município a responsabilidade pelo desenvolvimento do Programa do ñMédico da Famílià, como existe no Canadá e em Cuba. Assim, caberia aos municípios centralizar os investimentos exclusivamente na medicina preventiva, em busca da melhoria da qualidade de vida da população. (LIMA, 2005, p. 3-4 *apud* SOUSA, 2015, p. 120).

públicos, cabendo a cada qual sua obrigação específica, principalmente ante a existência da Lei 8080/90 que, dividiu as obrigações relativas ao Serviço Único de Saúde ï SUS, de modo equânime entre estes, e que não pode deixar de ser aplicada.

### 3.1 A Repartição de competências entre os entes federados no fornecimento/financiamento de medicamentos em âmbito do SUS

Conforme restou demonstrado no tópico anterior, a União, os Estados e os Municípios são responsáveis pelo assecução do direito à saúde de todos os cidadãos brasileiros e, por conseguinte, a garantia deste direito está adstrita à repartição de competências e a respectiva dotação orçamentária destes entes.

Por conseguinte, para melhor elucidar as ideias aduzidas no tópico anterior, há uma divisão entre os Entes Federados no que tange ao fornecimento/financiamento de medicamentos, a fim de que cada um arque com parcela específica do referido múnus público e juntos cumpram, com a máxima efetividade e resolutividade possível, a regra de aplicação imediata inserta no artigo 196 da CR-88, que dispõe que ña saúde é direito de todos e dever do Estadoò, leia-se Estado em sua acepção lata.

Entretanto, a despeito da referida repartição de competências relacionadas ao fornecimento/financiamento de medicamentos, o Poder Judiciário, na tentativa de salvaguardar a vida daqueles cidadãos que o acionam para auferir os tratamentos de saúde que necessitam e que não podem arcar em razão de sua hipossuficiência financeira, tem compelido os entes federados de forma indiscriminada a fornecerem certos remédios e, muitas vezes, determinado que as três esferas cumpram conjuntamente as decisões, o que não se afigura razoável.

Assim, a orientação judicial deve comportar limites, sob pena do Poder Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Executivo e do Legislativo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos. Vale a pena colacionar jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça de Minas Gerais neste norte, senão vejamos:

> **CONSTITUIONAL ï APELAÇÃO CÍVEL ï FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ï LISTA DO SUS/RENAME ï APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DISTRUTIVIDADE E DA SELETIVIDADE**. Para a concretização do direito à saúde, o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados

> mediante critérios técnicos que indicam as necessidades mais preminentes da população, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2009b).

Dessa forma, em linhas gerais, aos Municípios compete a responsabilidade de fornecer aqueles medicamentos considerados como de **atenção básica** e/ou de **primeira linha de cuidado** e, à União e aos Estados recai o fornecimento tanto daqueles denominados como de **atenção especializada** ou de **alto custo,** bem como alguns da **atenção básica**. Para tanto é imprescindível que se verifique o **RENAME** cadastro - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Para o melhor deslinde da questão, importante citar **os artigos 3º, 7º e 8º da Portaria MS - GM 1554, de 30 de julho de 2013**, que dispõe sobre as regras de financiamento e execução do **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**, *in verbis*:

> Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:
> **I - Grupo 1:** medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:
> **a) Grupo 1A:** medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
> **b) Grupo 1B:** medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica;
> **II - Grupo 2:** medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
> **III - Grupo 3**: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos **Municípios** para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o **Componente Básico da Assistência Farmacêutica.**
>
> Art. 7º O **Grupo 3** é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.
>
> Art. 8º O elenco de medicamentos de que trata o art. 3º está descrito nos Anexos I, II e III.

> § 1º Os medicamentos dos Grupos 1 e 2 constituem o Anexo III da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) vigente.
> § 2º Os medicamentos do **Grupo 3** compõem parte do **Anexo I** da **RENAME** vigente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013).

Assim, como bem demonstram os artigos da Portaria MS - GM 1554/2013, **o fornecimento dos medicamentos de alto custo e do componente especializado da assistência farmacêutica deve ser realizado pelos Estados e pela União, não pelos Municípios como veementemente tem acontecido nas decisões judiciais brasileiras.**

Dessa forma, é imprescindível que haja a correta aplicação da divisão de competências entre os Entes Federados, notadamente no fornecimento/ financiamento de medicamentos em âmbito do SUS, haja vista que os impactos financeiros e orçamentários de sua inobservância podem afetar diretamente as políticas públicas de saúde e, por conseguinte, o próprio cidadão.

## 4 DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CUMPRIMENTO DAS PRESTAÇÕES POSITIVAS ESSENCIAIS À SAÚDE DO CIDADÃO

O direito social à saúde encontra-se constitucionalmente consagrado no artigo 6º[13] da CR-88 e, é justamente, na assecução deste que se funda a pretensão jurídica de vários cidadãos brasileiros, em decorrência do amplo acesso à justiça ocorrido no século atual.

Todavia, como qualquer outro direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto ou ilimitado. Ele encontra limites nos direitos igualmente consagrados pela Constituição da República Brasileira, como o direito à vida, à segurança, à propriedade, dentre outros (ver artigo 5º da CR-88[14]) e, a sua eficácia e a sua efetividade estão condicionadas à realização da justiça em um plano concreto.

Diante disso, é possível concluir que a condenação do Poder Público ao custeio de tratamentos médicos ou de medicamentos de forma indiscriminada pode culminar em inarredável insuficiência de recursos para os casos realmente indispensáveis, bem como para assecução de outros direitos fundamentais**.**

Em decorrência dessa insuficiência de recursos públicos, surgiu a **Teoria da Cláusula da Reserva do Possível,** uma vez que é necessário reconhecer a efetiva

[13] Idem 2.
[14] **Art. 5/ CR-88** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (BRASIL, 1988).

disponibilidade, pelo Estado, de recursos materiais e humanos para serem alocados na área da saúde em detrimento dos demais direitos sociais (educação, moradia, assistência social, etc.) e fundamentais, o que constitui limite fático relevante.

Acerca do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, convém ressaltar a doutrina profetizada por Alexandre de Moraes:

> (...) quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2006, p. 28).

No mesmo norte, também destacam-se as lições de Gustavo Amaral, sobre o princípio da Reserva do Possível que significa:

> (...) que a concepção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade. (...) A postura de máxima eficácia de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia, pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, a pressão popular e não na tutela paternalista dos sábios. (AMARAL, 2001, p. 116-119).

Dessa forma, insta salientar que cabe ao Poder Público compatibilizar a necessidade da população com os recursos que dispõe, segundo critérios de conveniência e razoabilidade, o que não significa omissão de assistência à saúde.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o princípio da Reserva do Possível, notadamente no julgamento da ADPF nº 45/DF, no qual o eminente Ministro Celso de Mello afirmou que esta cláusula está subordinada à presença cumulativa de dois requisitos:

> ñVê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração ï de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a **razoabilidade** da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de **disponibilidade financeira do Estado** para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.ò (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

Quando o Poder Judiciário é acionado para decidir um caso concreto e se debruça sobre uma microjustiça, está na verdade criando uma situação que repercutirá em esferas muito maiores da sociedade, por implicar ingerência nos recursos públicos. Por isso, deve se responsabilizar, sobretudo pela efetivação de uma macrojustiça que não pode ser outra senão aquela que possa ser assegurada a todos os cidadãos que estão ou possam vir a estar em situação similar. Afinal, esse é o escopo do princípio soberano da isonomia.

Assim, não será lícito que o magistrado, mediante indevida ingerência na atividade política e financeira do Estado, implemente precipitadamente um considerável gasto em favor da saúde de um único cidadão em desfavor de uma coletividade. Luiz Fernando Barzotto preleciona que a saúde historicamente considerada está afeta à uma relação de justiça entre os membros de uma comunidade e não a uma qualidade individual. (BARZOTTO, 2014)

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais também corrobora com os ensinamentos aqui esposados, senão vejamos:

> CONSTITUCIONAL - REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - NÃO CARACTERIZAÇÃO - DIREITO À SAÚDE - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DISTRIBUTIVIDADE E DA SELETIVIDADE - INDEFERIMENTO. - A União, os Estados e os Municípios possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de fornecimento de medicamento, haja vista que o direito à saúde é prestado aos cidadãos através de um sistema único, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, composta por todos os entes federados, em que o poder é descentralizado. - **Para a concretização do direito à saúde o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados mediante critérios técnicos que indicam as necessidades mais prementes da população**, **sob pena do Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos Estados e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos**. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2009a).

> MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. Dentre as condições de ação mandamental está a liquidez e certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória. **Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não fornece medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública.** A competência para decidir sobre a alocação dos recursos públicos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Preliminar rejeitada. Segurança denegada. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2008).

> APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. TRATAMENTO CONTRA DROGRADIÇÃO. DESCABIMENTO NO CASO. Caso concreto em que já foi oportunizada a parte autora três internações para tratamento contra a drogadição, por via judicial, restando evidenciado o manifesto desinteresse do autor em se submeter à pretendida terapêutica, razão por que deve aguardar a observância da lista de espera e as soluções ordinárias que o sistema de saúde apresenta. **Observância dos princípios da reserva possível, da impessoalidade e da proporcionalidade**. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2011).
>
> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO À SAÚDE. ART. 196, CF. INTERNAÇÃO DOMICILIAR (HOME CARE). MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. O art. 196 da CRFB dispõe que o direito à saúde deve ser Ågarantido 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 recuperaçãoï . Assim, o art. 196, em sua primeira parte estabelece um direito genérico à saúde, mas sua parte final traz alguns balizamentos. Primeiramente, a valorização da medicina preventiva e, em segundo lugar, o estabelecimento de políticas sociais e econômicas que possibilitem um acesso universal e igualitário. 2. Resta evidente a violação ao princípio da isonomia, visto que não se afigura como justa a concessão de tratamento domiciliar a um único paciente, o qual já se encontra internado em hospital público, tendo em vista que muitos outros sofrem com a ausência de vagas e a dificuldade de atendimento nos hospitais públicos. Portanto, vê-se que o fornecimento do tratamento Å*home care*ï ao agravado se mostra incompatível com o denominado Åmínimo existencialï . Precedentes. 3. **Diante dos princípios da reserva do possível e da isonomia, além das limitações orçamentárias, é improsperável a pretensão autoral. O deferimento do serviço de *home care* ao paciente só seria possível caso se pudesse garantir a mesma situação àqueles que passam por circunstâncias igualmente periclitantes. Mais, a concessão de tratamento domiciliar a todos esses indivíduos significaria a alocação de recursos destinados a garantir o mínimo existencial da coletividade. 4. Ponderações de ordem prática. Manutenção dos efeitos da sentença até a disponibilização de vaga no Hospital Naval Marcílio Dias, bem como até a verificação do exaurimento dos contratos em curso e/ou já firmados pela Administração.** 5. Agravo interno parcialmente provido. Apelação e remessa necessária parcialmente providas. (RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2012).

Em face de todo o exposto, é inquestionável o status de direito constitucional e social conferido ao direito da saúde, bem como o dever do Estado de garanti-lo a todos os cidadãos de modo isonômico. Entretanto, cada direito é limitado pelo exercício de outro, que por também ser fundamental, necessita de aferição casuística segundo critérios de conveniência e razoabilidade. Assim, a observância destes limites deve ser apreciada pelo poder Executivo, sob pena de ocorrer indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de competência no orçamento dos Entes federativos ou, até mesmo, na política de assecução do direito à saúde a todos os cidadãos.

## 5 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA COMO MELHOR CRITÉRIO DE OBSERVÂNCIA À DIVISÃO DE COMPETENCIA ENTRE OS ENTES FEDERADOS NO ÂMBITO DA SAÚDE

A responsabilidade geral do Estado, em sua acepção lata, é consectário lógico do Estado de Direito. É ele o assecutor e provedor universal de todos os direitos sociais dos cidadãos brasileiros, notadamente o direito à saúde, o que decorre da simples sujeição do Poder Público ao Direito. O i. jurista Celso Antônio Bandeira de Melo discorre a este respeito:

> 17 - Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como para dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.
> Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder público ao Direito. (MELLO, 2015, p. 1027).

No entanto, a União, os Estados e os Municípios possuem obrigações distintas na concretização dos direitos sociais, motivo pelo qual sempre é imprescindível contrastar as responsabilidades solidária e subsidiária[15] e verificar qual delas melhor se aplica ao arcabouço legal que estes Entes estão submetidos.

Nestes termos, o que deve preponderar em matéria de direito sanitário na escolha da responsabilidade, solidária ou subsidiária, que será imputada aos Entes Públicos, é a análise do caso em concreto, com a respectiva verificação da obrigação requerida e de sua norma

---

[15] Já advertimos que nas obrigações solidárias concorrem vários credores, vários devedores ou vários credores e devedores ao mesmo tempo, sendo que cada credor terá o direito de exigir e cada devedor terá o dever de prestar, inteiramente, o objeto da prestação. Importa apresentarmos, neste ponto, um breve quadro das diferenças existentes entre as obrigações solidária e subsidiária.
Subsidiária é a responsabilidade assumida entre dois ou mais sujeitos obedecendo a certa ordem como é a responsabilidade dos sócios no que tange às obrigações da sociedade empresarial, na forma do artigo 1.024 do Código Civil. Isso significa dizer que a responsabilidade pelas dívidas da sociedade só surgirão quando o patrimônio da mesma for atingido, portanto, a responsabilidade do sócio é considerada indireta, eventual. Indicamos o presente julgado para elucidar o tema:
ñA Turma considerou que não há violação à coisa julgada pelo fato de a parte excluída da relação processual de conhecimento ser incluída no pólo passivo da execução, devido à sua responsabilidade subsidiária pelas dívidas contraídas pelo devedor (do título judicial), a qual é sócia e mantenedora. Assim, ainda que não tivesse participado dos autos da ação de indenização, sua responsabilidade patrimonial remanesceria pelo liame que a vincula ao devedor principal.ò (STJ. REsp 225.051-DF. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julgado em: 7 nov. 2000).
Neste sentido, podemos afirmar que a palavra subsidiária se refere a alguma coisa que se coloca em reforço de outra coisa. Como ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 78), na responsabilidade subsidiária, um sujeito tem a dívida originária e o outro a responsabilidade por essa dívida. Assim, não sendo possível executar o efetivo devedor, quando ocorrer o inadimplemento da obrigação, podem ser executados os demais sujeitos envolvidos na relação obrigacional. (...) (DUQUE, 2009).

correlata. Como exemplo citam-se os medicamentos previstos na RENAME e as normas elencadas na Portaria MS - GM 1554/2013 tratados no subtópico 3.1.

Em uma análise simplória poder-se-ia refutar de plano tal diferenciação de responsabilidades, haja vista que a própria Constituição Cidadã, a princípio, ao tratar da competência comum[16] no cuidado com a saúde pública, parece inferir a ideia de responsabilidade solidária[17] entre a União, os Estados e os Municípios. Ocorre que as competências comuns referem-se a ações administrativas nas quais os entes federados podem atuar simultaneamente, o que não implica necessariamente em solidariedade.

No âmbito publicista, já há autores como Carvalho Filho que advogam a aplicação da responsabilidade subsidiária ao Estado, em assunto correlato ao direito sanitário, senão vejamos:

> O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligencia e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com *culpa in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é exclusiva da pessoa prestadora do serviço, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 593).

Também já existem avanços jurisprudenciais neste sentido, vejamos que o colendo TJMG têm admitido a análise do fornecimento de medicamentos de alto custo e de tratamento médico sob a ótica da subsidiariedade:

> REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CIVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO - PESSOA IDOSA - **SAÚDE** - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 127, DA CF/88 - **SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - PRINCÍPIO DA CO - GESTÃO - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ENTE ESTATAL DEMANDADO - RECONHECIMENTO - ENTE MUNICIPAL - OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA** - CONDICIONAMENTO AO DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO PELO ESTADO RESPONSÁVEL - RETENÇÃO DA RECEITA MÉDICA - CABIMENTO - ASTREINTE - POSSIBILIDADE - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.
> - A responsabilidade imposta aos entes políticos, nos casos de tratamento médico e fornecimento de medicamentos de alto custo, deve ser analisada sob a ótica da subsidiariedade, respondendo o Município em caso de negativa do Estado em fornecer o tratamento pleiteado pela Requerente, conforme o caso. Desta maneira, previne-se a duplicidade de fornecimento, pelo município e pelo Estado, gerando prejuízo à administração e, a final, aos demais cidadãos que, porventura, necessitem

[16] Idem 6.

[17] **Art. 264 / CC 2002.** Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. (BRASIL, 2002).

> da mesma medicação ou tratamento. - Deve ser condicionado o fornecimento do medicamento à apresentação e retenção do receituário médico. - Sentença parcialmente reformada. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2014).

Assim, o que deve imperar nestes casos é que a determinação prevista no artigo 196[18] da CR-88 é norma programática[19] que fica adstrita à previsão orçamentária para sua execução. Isto porque**,** determinações judiciais que apoiam-se na responsabilidade solidária entre União, Estados e Municípios podem acarretar tanto o não cumprimento da obrigação imposta por nenhum destes entes quanto o cumprimento em duplicidade ou triplicidade, o que, impacta negativamente a saúde do cidadão e a previsão orçamentária, respectivamente.

Infelizmente, na prática os Municípios suportam os maiores ônus do fenômeno da judicialização da saúde, posto que por terem maior proximidade com os cidadãos acabam sendo mais demandados pelo judiciário às custas de seu orçamento e de suas políticas públicas.

Ademais, o direito à saúde é consequência constitucional indissociável do direito à vida e a aferição de qual Ente está mais apto a cumprir a decisão judicial figura como agente facilitador do acesso universal à saúde, bem como respeitador das finanças públicas.

Em que pesem os argumentos aqui elencados, verifica-se um importantíssimo precedente jurisprudencial apto a conduzir a aplicação da responsabilidade subsidiária às ações assecutórias do direito à saúde e, por conseguinte, a construir uma solução para a excessiva judicialização das políticas públicas de saúde de forma consentânea com as normas de direito sanitário.

## 6 CONCLUSÃO

O fenômeno da judicialização da saúde ao mesmo tempo em que está subvertendo os papéis dos três poderes estatais, não têm observado a repartição de competências entre os três Entes Públicos. Isto porque o poder judiciário tem-se imiscuído no papel do executivo e, na maioria das vezes, determinado a assecução do direito à saúde em casos isolados, sem observar as normas de direito sanitário, mormente aquelas estatuídas na lei universal do SUS (Lei 8080/1990), o princípio da reserva do possível e o orçamento público.

---

[18] **Artigo 196 da CR-88**. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

[19] Segundo José Afonso da Silva: ñtais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicadosò. (SILVA, 2012).

Neste sentido, o poder judiciário tem se olvidado de que a efetivação do direito à saúde necessita de constante aprimoramento das políticas públicas, que, por sua vez, devem sempre priorizar a racionalização dos gastos, o adequado planejamento e a realização de investimentos no setor.

Assim, a União, o Estado e os Municípios têm sido considerados solidariamente responsáveis pela assecução do direito à saúde de determinados cidadãos, o que tem ocasionado o não cumprimento dessas determinações judiciais ou o seu cumprimento em duplicidade ou triplicidade, em patente desconsideração da programação orçamentária e financeira do Estado.

Como medida de mais lídima e efetiva justiça deve-se sempre observar a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas prestações positivas e a qual Ente compete realizar aquela específica obrigação assecutória do direito universal à saúde.

Ademais, repensar a responsabilidade dos Entes Públicos em âmbito do direito sanitário implica em dar à Constituição Brasileira de 1988 uma interpretação consentânea com a realidade brasileira, haja vista que a competência comum preconizada em seu artigo 23, II, implica somente em simultaneidade de atuação administrativa dos entes Federados.

Dessa forma, a aplicação da responsabilidade subsidiária na assecução do direito à saúde, desponta como viável solução para reduzir os drásticos impactos orçamentários suportados, principalmente pelos Municípios, que, inclusive, já encontra precedentes judiciais favoráveis.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. A Saúde como Direito de Todos e Dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. In: AITH, Fernando; *et al*. ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Direito sanitário**: saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte, MG: Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, 2010. Cap. IV, p. 73-142.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 85-110.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 28 n. 59, p. 137-176, jun. 2004.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RUBIM, Thiago; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do Sentido Normativo dos Princípios Doutrinários do Direito à Saúde como Instrumentos Mitigador da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. 1 ed. Campinas: Saberes, 2014. p. 331-365.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 maio 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015

DUQUE, Bruna Lyra. Teoria geral da obrigação solidária. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5908>. Acesso em: 16 jun. 2017.

FERREIRA, Paulo Brum. O modelo federativo brasileiro: evolução, o marco da Constituição de 1988 e perspectivas. In: **Subsidiariedade e fortalecimento do poder local**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1999.

HAMACHER, Flávio Jordão. A judicialização do direito à saúde na assistência farmacêutica. In: ASSIS, Gilmar de (Coord.). **Saúde**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais). p. 21-42.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.135548-9/001 (1). Rel. Silas Vieira. Belo Horizonte, 24 set. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 nov. 2009b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. AC: 10625120120617001 MG. Rel. Barros Levenhagen. Belo Horizonte, 08 maio 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 maio 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0000.08.476433-1/000(1). Rel. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 06 ago. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 30 set. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0699.07.070899-4/002(1). Rel. Dídimo Inocêncio de Paula. Belo Horizonte, 13 nov. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 13 jan. 2009a.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jul. 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html>. Acesso em: 28 abr. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19. ed. atual. até a EC nº 48/05. São Paulo: Atlas, 2006.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada ñjudicialização da saúdeò: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 353-366.

PAVÃO, Kellen; COSTA, Thomaz Felipe da. Descentralização e Regionalização: a Distribuição de Competências Possibilitando Maior Efetividade à Implantação do Sus. In: AITH, Fernando; *et al*. ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Direito sanitário**: saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte, MG: Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, 2010. Cap. VII, p. 187-202.

PEREIRA, Wilson Medeiros. **Judicialização das políticas públicas de saúde**. Belo Horizonte: DØPlácido, 2015.

PIRES, Maria Coeli Simões. O município no federalismo brasileiro: Constrangimentos e perspectivas. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 8, n. 13, p. 55-84, jan./dez. 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Sétima Turma Especializada. APELREEX: 200551010138178 RJ 2005.51.01.013817-8. Rel. Desembargador Federal Reis Friede. Rio de Janeiro, 23 maio 2012. **Diário de Justiça Federal**, Rio de Janeiro, 30 maio 2012. p. 419-420.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. AC: 70043621895 RS. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 18 ago. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 25 ago. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas públicas**: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.