



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

SIMONE ALVES DA SILVA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFETIVAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE**

Brasília

2017

SIMONE ALVES DA SILVA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFETIVAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE**

Artigo científico apresentado ao Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, como quesito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientador: Dr. Valter Shuenquener de Araújo

Brasília
2017

SIMONE ALVES DA SILVA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFETIVAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE**

**Artigo científico apresentada ao Curso de Especialização Ordem Jurídica e
Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do
Distrito Federal e Territórios, como quesito parcial para a obtenção do título de
Especialista em Direito**

Área de Concentração: Direito Administrativo

Data da Aprovação: ____/____/____

Examinador:

Orientador: Dr. Valter Shuenquener de Araújo

Menção: _____ ()

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Simone Alves da Silva¹

RESUMO

O presente artigo procura elaborar um exame doutrinário e jurisprudencial a respeito do judicialização da saúde, enquanto direito que exige ação positiva do Estado. A fim de fundamentar o tema proposto abordou-se no presente estudo o direito à saúde, sua judicialização e consequências para com respeito à separação dos poderes, a inafastabilidade da jurisdição e o pleno exercício do direito à saúde frente à escassez de recursos econômicos, adentrando nas teorias da reserva do possível, do princípio da proteção do núcleo essencial e do princípio da proporcionalidade, todos ligados diretamente às questões legais levantadas pelo tema. Para tanto, adotou-se como princípio metodológico pesquisa em materiais secundários compostos por livros e trabalhos acadêmico científico que possibilitaram fundamentar e responder os objetivos do presente trabalho, que foi o de descrever o processo de judicialização da saúde atualmente enfrentado pelo Brasil de forma cada vez mais enfática. Chegou-se à conclusão que este é um problema causado pela ineficiência do Estado em prover, em muitos casos, o mínimo necessário para que a população tenha acesso à medicamentos ou tratamentos médicos necessários à preservação de sua saúde, senão de sua própria vida. Mas, neste intento, por vezes a razoabilidade tem que ser levada em consideração por conta da teoria da reserva do possível e de serem, muitas vezes, fármacos ou tratamentos cuja eficiência ainda não foram comprovados.

Palavras-chave: Direito fundamental; Judicialização da Saúde; escassez; reserva do possível; políticas públicas.

ABSTRACT

This article seeks to elaborate a doctrinal and jurisprudential examination regarding the judicialization of health, as a right that requires positive action by the State. In order to justify the proposed theme, the present study addressed the right to health, its judicialization and consequences for the separation of powers, the inability of the jurisdiction and the full exercise of the right to health in the face of the scarcity of economic resources, in theories of the reserve of the possible, the principle of protection of the essential nucleus and the principle of proportionality, all directly linked to the legal issues raised by the theme. To do so, it was adopted as a methodological principle research in secondary materials composed of books and academic scientific work that allowed to base and answer the objectives of the present work, which was to describe the process of health judicialization currently

¹ Aluna do Curso de Pós-graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). E-mail: s1m0n3.alves@gmail.com.

faced by Brazil every time more emphatic. It has come to the conclusion that this is a problem caused by the inefficiency of the State to provide, in many cases, the minimum necessary for the population to have access to the medicines or medical treatments necessary for the preservation of their health, but of their own life. But in this endeavor, reasonableness sometimes has to be taken into account because of the reserve theory of what is possible and often are drugs or treatments whose effectiveness has not yet been proven.

Key-words: Fundamental law; Health Judicialization; scarcity; reservation of the possible; public policy.

1 INTRODUÇÃO

Previsto no art. 6^o da Carta Magna de 1988, dentro do Capítulo dos Direitos Sociais, e resultante do direito fundamental à vida digna, o direito à saúde também é um direito fundamental.

A Constituição democrática foi elaborada em um momento de transição do Estado Liberal para o *Welfare State*, o que significa que o Estado passaria a ter a obrigação de agir em benefício do bem-estar³ dos indivíduos. Nesse sentido, o legislador constituinte positivou no Art. 196 do diploma legal o dever prestacional do Estado em proporcionar serviços e ações de saúde.

Verifica-se que os cidadãos brasileiros estão recorrendo, cada vez mais, à Justiça em assuntos de diversas áreas, inclusive da saúde. Chama-se de judicialização a operacionalização por parte do Poder Judiciário da relação entre oferta e demanda de direitos sociais. A judicialização da saúde, portanto, é quando os direitos requeridos são referentes a essa área. No entanto, qual é a causa? O que é saúde e como ela é entendida pelos diferentes indivíduos? Como é impactada em processos de judicialização? Quais são as diretrizes e os princípios que servem de referências para os atores protagonistas do assunto?

A judicialização da saúde trata, de fato, de duas questões fundamentais: 1. As leis orçamentárias e as normas da delimitação das Políticas Públicas para oferecer à sociedade os melhores resultados possíveis; 2. O ativismo judicial em busca da garantia dos direitos referentes à dignidade humana.

² Art. 6^o 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.

³ A Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua Constituição (1946), conceitua saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Nessa senda, este artigo tem como objetivo analisar o direito à saúde a partir do viés prestacional e da chamada “judicialização da saúde”, conceito estudado a seguir.

2 DIREITO À SAÚDE

Existem questões estruturais para o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. A saúde deixou de ser entendida apenas como um quadro de ausência de doenças a partir da “Constituição Cidadã”, de 1988, quando passou a significar uma condição de qualidade de vida. A partir desse ponto, o SUS busca alcançar os princípios da equidade, universalidade e integralidade. O primeiro indica que pessoas e grupos em condições diferentes ou especiais devem ser tratados de modo diferenciado para que exista a igualdade. A universalidade diz respeito ao papel do Estado em assegurar a saúde para todos, conforme reza a Carta Magna de 1988 em seu Art. 196. Já o princípio da integralidade é aquele que amplifica o entendimento de saúde, enxergando além da condição biológica do indivíduo, levando em consideração suas carências sociais e psicológicas. A integralidade visa mais que a cura, objetivando a reabilitação e a proteção, maximizando, dessa forma, a atuação dos serviços da saúde.⁴

Canotilho e Vital Moreira, a partir dos enunciados constitucionais, explicam que o direito à saúde possui duas vertentes:

Uma de natureza positiva, visto que se refere ao direito às prestações e ações do Estado para garantir a prevenção e tratamento de doenças; e outra entendida como negativa, pois autoriza a exigir que o Estado (ou terceiros) se exima de qualquer atitude que seja prejudicial à saúde.⁵

Essas suas vertentes são exemplificadas por Sarlet e Figueiredo tanto no direito de prestação quanto no de defesa, *in verbis*:

Na condição de direito a prestações, o considerado positivo, em seu sentido amplo, o direito à saúde exige ações de proteção da saúde pública e pessoal, bem como deveres de caráter procedimental e organizatório, como a organização das formas de acesso ao sistema e dos próprios serviços; a

⁴ YAMAGUCHI, Cristina Keiko. **Judicialização da saúde no Brasil**: uma abordagem interdisciplinar. Erechim: Deviant, 2017.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed., v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 341.

distribuição de renda; controle da participação privada na assistência de saúde pública; definição dos órgãos e instituições que atuarão na promoção de políticas públicas para a área e, também, aqueles que serão responsáveis pela defesa desse direito fundamental, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, fornecendo as ferramentas para esse trabalho. Já no sentido estrito do direito a prestações, o direito a saúde abrange o fornecimento de prestações materiais, como os medicamentos, tratamentos, internações, exames, consultas, entre outros. No direito de defesa, o negativo, o direito à saúde busca a proteção da saúde pública e individual das intromissões indevidas do Estado ou de agentes privados.⁶

Vale ressaltar que a necessidade de se efetivar direitos é usada como principal argumento por aqueles que defendem uma maior interferência judicial na sociedade, por meio de ações mais energéticas do Poder Judiciário. O entendimento dessa linha de pensamento é o de que os demais poderes são omissos ou agem de modo a dificultar o desfrute dos direitos consagrados pela Constituição. São exemplos desse pró-ativismo o reconhecimento da possibilidade de pesquisas com células-tronco⁷; da possibilidade dos indivíduos utilizarem os banheiros segundo sua identificação sexual⁸; da possibilidade da união estável homoafetiva⁹; na descriminalização da posse de drogas para uso próprio¹⁰; entre outros. Todas essas decisões acarretam em efeitos diretos na vida social e possibilitam o estabelecimento de outros estilos de vida¹¹

Do outro lado, existem aqueles que entendem como perigoso esse tipo de posicionamento ativo por parte dos tribunais e juízes, justamente pelo fato dessas ações interferirem no meio social, possibilitando a criação de um ambiente propício para a “judicialização da vida”. Nesse caso, o Poder Judiciário é solicitado para agir tanto em uma regulação de processo de impeachment, no qual se destitui um

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O Direito Fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ingo.pdf>. Acesso em: 23 de ago. 2017.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, DF, 29 de maio de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. André dos Santos Fialho. Lédio de Novaes Martins e outro(a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Santa Catarina, SC, 13 de novembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, DF, 05 de maio de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Francisco Benedito de Sousa. Relator: Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília.

¹¹ NETTO, Pedro Ribeiro de Sales. Judicialização da saúde. **Revista de Patologia do Tocantins**, v. 3, n. 4, p. 112-121, 2016.

presidente da República de seu cargo, como também em casos irrelevantes, como definir se o “colarinho” do chope é ou não, para fins de tributação, parte do todo.¹²

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Há algum tempo a controvérsia sobre criação e implementação de políticas públicas de saúde não está restringida unicamente aos poderes Executivo e Legislativo, visto que abrange, também, o Poder Judiciário.

No contexto posterior à promulgação da Constituição, demandas judiciais referentes a requerimentos ou procedimentos de saúde ainda não eram cogitados. No entanto, essa realidade mudou na década de 1990, por conta dos problemas ocasionados pela Aids. Naquela época, os pacientes soropositivos recebiam o diagnóstico da doença como uma sentença de morte e o único consolo para esses indivíduos era a possibilidade de um tratamento médico que minimizasse os sintomas da doença. Porém, a necessidade de cuidados médicos encontrava entrave na impossibilidade financeira dos pacientes que, por conta de questões econômicas, iniciaram pleitos jurisdicionais requerendo o custeio do tratamento pelo Estado, sustentando os pedidos no art. 196 da Constituição Federal, que assegura saúde à população de modo abrangente. Este movimento pode ser considerado o primeiro de judicialização da saúde.¹³

Vale ressaltar que a promulgação da Lei n. 9.313/96 decretou, no art. 1º¹⁴, a distribuição gratuita de todos os medicamentos para o tratamento da Aids. Em seguida, por diversas vezes, recorreu-se à legislação por analogia para solicitar que o SUS custeasse medicação para outras enfermidades. Em vários desses pleitos, a resposta do Judiciário positiva para os requerentes.¹⁵

Nas palavras de Ferraz¹⁶, o êxito das ações iniciadas pelos soro positivos:

¹² NETTO, 2016.

¹³ ALVES, Cândice Lisboa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. **Liberdade, igualdade e fraternidade: 25 anos de constituição brasileira**. São Paulo: D'Plácido, 5 nov. 2015.

¹⁴ Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

¹⁵ KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. A efetivação do direito à saúde através da ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 417-431, p. 422.

Acabou se tornando um incentivo para indivíduos portadores de outras doenças. Atualmente, são muitas as doenças para as quais os tratamentos são exigidos. Algumas delas são raras, como é o caso da doença de Gaucher, epidermólise bolhosa e distrofia muscular, por exemplo. Outras são mais comuns e atingem grande porcentagem da população. Na maioria dos casos, os processos judiciais requer medicação para doenças crônicas, como o crânio, hepatite, diabetes, artrite e a hipertensão arterial, mas também para problemas do sistema cardiovascular, do sistema nervoso central, do sistema digestivo e de metabolismo.

Uma pesquisa realizada recentemente confirma a presença do Poder Judiciário nos hospitais, trazendo dados que apontam para a existência de uma “ditadura do poder judiciário”. Isso porque ele não tem se restringido a somente efetivar a legislação corrente para disciplinar o direito à saúde¹⁷, mas, também, tem elaborado pareceres sobre a eficiência de procedimentos, de tratamentos e de fármacos¹⁸, sendo um desrespeito aos princípios constitucionais de divisão de poderes, que tem como objetivo ressaltar a necessidade de se analisar a área de competência de cada profissão, órgão ou entidade. *Reductio ad absurdum*: estamos cada vez mais próximos de assistir a juízes desempenhando procedimentos cirúrgicos em salas de audiência. Pode parecer um exemplo inocente pela gritante invasão de competências que propõe, entretanto, isso tem acontecido de forma sutil diariamente por meio de decisões liminares.¹⁹

Diniz, Machado e Penalva²⁰ explicam que, por conta da emergência de demandas predominantes, a decisão liminar é requisitada pela maioria dos requeredores. Em 70% dos casos, os juízes concedem as liminares, enquanto somente 8% das decisões não são favoráveis aos pacientes (ver Tabela 5). Esses dados não surpreendem, visto que são muito altas as demandas por vagas de UTI de pessoas com agravamento de condição clínica ou correndo risco de morte.

Muito embora a Aids tenha sido um dos mais importantes fatores que levaram à judicialização da saúde, são três os motivos que resultavam em um

¹⁶ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. **Pesquisa em foco**: Judicialização: um risco para a saúde pública no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/node/? 1962>>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹⁷ Art.196 e seguintes da Constituição Federal, *in verbis* “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e lei n° 8080/90, conhecida como “lei do SUS”, e ainda, alein °8142/90..

¹⁸ FRANCA, Ribeirão e. **Mesmo sem testes, justiça autoriza venda de “pílula do cancer” por R\$ 6.** 09 maio 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/05/mesmo-sem-testes-justica-autoriza-venda-de-pilula-do-cancer-por-r-6.html>>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹⁹ NETTO, 2016.

²⁰ DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, n. 2, 2014.

crescimento intenso do fenômeno, conforme explica Barroso²¹. Como primeira causa, o autor aponta a redemocratização do país. A elaboração e promulgação da Constituição de 1988 reavivou a cidadania e trouxe mais informação e consciência sobre os direitos aos diferentes segmentos da sociedade e, a partir disso, passaram a buscar a garantia dos seus direitos por meio do Judiciário. A segunda causa tem relação com a constitucionalização abrangente, que trouxe matérias que, antes, só eram abarcadas em outros processos políticos para a Constituição. Em terceiro lugar, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade permitiu que qualquer tribunal ou juiz se eximam de aplicar leis que entendam ser inconstitucionais (característica do modelo americano). Ademais, existe a possibilidade de fazer esse controle por ações diretas apreciadas de forma imediata pelo Supremo Tribunal Federal (característica do modelo europeu). Desse modo, diversas questões políticas podem ser objeto de observação do STF.

Desse modo, discorrer sobre as demandas por requerimentos de saúde deve passar pela construção conceitual da saúde, sobretudo sobre a dicotomia de compreendê-la como um direito subjetivo ou como uma norma programática que depende de ações do Estado para implantar políticas públicas referentes às enfermidades. Ao longo do tempo, diferentes respostas surgiram para dar conta dessa controvérsia, resultando em uma rede ampla de significados relacionados ao direito à saúde.²²

De acordo com Tate e Vallinder (1995 apud CARVALHO, 2004), pode-se entender a judicialização como uma reação do judiciário frente à instigação de outros. Complementam que ela tem o objetivo de rever decisões de um poder político tendo como referência a Constituição, o que acaba por ampliar o poder judiciário em detrimento dos demais poderes.²³

Alguns temas complicados são envolvidos pela judicialização de políticas públicas, como o princípio da isonomia, em que a permissão de ordem judicial causa modificações na ordem da lista de outros pacientes com quadro clínico semelhante;

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**. 4.ed. 2009. Conselho Federal da OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>>. Acesso em 21 set. 2017.

²² ALVES; MARCONDES, 2015.

²³ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.** no.23 Curitiba Nov. 2004.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 4 ago. 2017.

a possibilidade de restrição do direito à saúde, por conta do princípio da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial; e a questão da separação de poderes, visto que há a interferência do judiciário na implementação de políticas públicas.

Somente no ano de 2009, 10.486 ações foram recebidas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS), segundo dados do próprio órgão. A CONJUR/MS age em quase todos os processos judiciais que colocam a União como ré nas ações da área da saúde. Atua, também, em orientações e fornecimento de contribuições técnicas ao Ministério da Saúde com relação ao cumprimento de decisões. Nos anos seguintes, o número de processos foi aumentando: 11.203 em 2010, 12.436 em 2011 e 13.051 em 2012. Esses valores demonstram o crescimento progressivo de ações pleiteando o fornecimento de medicação pela União, a realização de procedimentos médicos e outras demandas.²⁴

Uma análise empírica feita por Diniz, Machado e Penalva²⁵ aponta que 95% dos processos utilizam o direito à saúde para fundamentar os argumentos. Os que tomam como base o direito à vida têm uma representação de 50%. Do ponto de vista jurídico, ambos os direitos são de difícil contestação. Mesmo que a visão dos juízes possa variar, é improvável que se consiga contrapor uma ação ancorada no direito à vida com argumentos fundamentados na reserva do possível. Também são muito normal os processos que usam como argumentos: o risco de vida, com um índice de 76%, o dano irreparável ou de difícil reparação, em 52% das ações, e o risco de agravo da doença, presente em 18% dos processos. Faz sentido quando se nota que a grande maioria dos requerimentos é de vagas em UTI. Por fim, encontra-se, também, o argumento da insuficiência de renda, aparente em 20% das ações.

Alves²⁶ acrescenta que, para que a doutrina da efetividade se materialize, são necessárias políticas de direitos fundamentais. Alerta, ainda, que o vocábulo “política” precisa ser compreendido em um sentido mais amplo, colocando a questão da saúde em um campo de confrontos políticos que atravessam os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Por isso, embora uma análise de uma política

²⁴ CONJUR/MS. Intervenção Judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. 2013. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em 7 set. 2017.

²⁵ DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014.

²⁶ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde**: efetividade e proibição do retrocesso social. São Paulo: D'Plácido, 5 nov. 2015.

pública de liberação de remédios seja relevante, ela não bastaria para a compreensão do tema. Do mesmo modo, precisaria mais do que uma observação do teor judiciário com relação à judicialização da saúde. Esse fenômeno é um aspecto do embate político na luta a favor da efetividade do direito à saúde, entretanto, para que se concretize, precisa se ligar às demais. Também, a judicialização é o deslocamento de competência nas decisões políticas referentes à saúde, entretanto, só é legítima quando os demais poderes são omissos com relação às atividades que são seus deveres institucionais.

É por isso que há a possibilidade de vários ângulos na observação do fenômeno. Contudo, Pepe²⁷ acredita que estudos sobre o tema demonstram que a maior parte das pesquisas têm como foco os processos judiciais individuais em que cidadãos reivindicam o provimento de remédios.

3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES X INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º do capítulo XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso significa que a Carta Magna preserva a possibilidade do Poder Judiciário julgar questões referentes a políticas públicas de saúde. Nesse caminho, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que o Poder Público não deve ser indiferente ao problema da saúde da população, independente se qual seja a esfera de sua ação no plano da organização federativa do país, para não correr o risco de acometer em inconstitucionalidade, ainda que por omissão (AI n. 553712 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 1 T., DJe 4/6/2009).

No mesmo ano em que fez a afirmação anterior, o STF, frente às incompreensões do SUS e alta demanda judicial, convocou uma audiência pública em que o ministro Gilmar Mendes concluiu algumas questões de política sanitária como um sentido orientador para as decisões das demandas. No ano seguinte, em 2010, a Recomendação 31, com orientações relevantes para o campo, foi emitida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²⁸

²⁷ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, n. 5, 2010.

²⁸ SANTOS, Lenir. **Unidade 2** – Judicialização da saúde. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

Diante da ocasional prestação omissa, insuficiente, negligente e, algumas vezes, da inexistência de assistência à saúde por parte da Administração Pública, Barroso defende que a intervenção do judiciário é benéfica.

Quando a Constituição estabelece um direito fundamental, ele passa a ser exigível, inclusive por meio de uma ação judicial. Algumas vezes, acontece de um direito fundamental necessitar ser avaliado em conjunto com outros direitos fundamentais ou, ainda, princípios constitucionais. Tal situação precisa ser executada na maior extensão possível, mantendo o seu núcleo essencial e levando em consideração os limites jurídicos e fáticos. Sempre que um direito fundamental ou infraconstitucional for descumprido, sobretudo de vulnerabilizar a existência de qualquer indivíduo, o Judiciário deverá intervir. Caso o legislador tenha realizado escolhas e ponderações corretas, sem colidir com os direitos e princípios, então o Judiciário deverá deferir em favor delas, respeitando o princípio democrático²⁹.

Ao discorrer sobre o assunto em uma análise econômica do direito, o mesmo ministro afirma que é um hábito acreditar que o benefício recebido pela população através da distribuição de medicação é consideravelmente inferior ao investimento em demais políticas públicas para a área³⁰, comparando de forma a estabelecer maior ou menor efetividade das políticas que visam promover a saúde. Ele ressalta, também, uma carência de análise das ações do Poder Judiciário ao desconsiderar os distintos aspectos que abrangem a questão, como a gestão pública.

Sobre a concessão de remédios, a jurisprudência brasileira se fundamentaria em um tratamento individualista das questões sociais no momento em que uma administração eficaz de recursos públicos insuficientes precisa ser elaborada como uma política social, sempre embasada na avaliação de gastos e benefícios.³¹

Por causar desordem na gestão da saúde pública, que já é falha, são comuns as objeções com relação às decisões judiciais referentes à distribuição de medicamentos. Barroso³² acrescenta que essas decisões impediriam o planejamento da Administração, comprometendo sua eficiência no atendimento de cada cidadão, pois, muito embora elas atendam às necessidades urgentes do jurisdicionado, de

²⁹ BARROSO, 2017.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMÊNTO, Danieb SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008, p. 893.

³¹ Id. *Ibidem.*, p. 893.

³² Id. *Ibidem.*, p. 894.

modo global atrapalham a melhoria das possibilidades do Estado na promoção da saúde pública.

É relevante destacar que é um preceito fundamental da Carta Política de 1988 a divisão dos três poderes e, por ser uma cláusula pétrea, não é possível nem que seja objeto de uma Proposta de Emenda à Constituição.

Castro³³ defende que a judicialização desenfreada da saúde reduz o princípio da divisão dos poderes, já que não leva em conta o papel constitucional do Poder Executivo de estabelecer políticas públicas, e do Poder Legislativo, de avaliá-las. Desse modo, quando um provimento jurisdicional impõe o atendimento público de uma urgência médica específica e individual, ou seja, para além do que é determinado pelas regras do SUS e independente das políticas públicas desenhadas no contexto dos limites do orçamento público, acaba por prejudicar a coletividade. Isso porque resolve uma necessidade pessoal em desfavor do equilíbrio financeiro do sistema, contrariando os próprios direitos fundamentais que pretendia assegurar.

Existem considerações sobre os efeitos negativos da judicialização da saúde a partir de três pontos. O primeiro deles diz que as iniquidades de acesso ao sistema público da área podem ser aprofundadas pelo deferimento total de pedidos judiciais. Tal situação viola os princípios do SUS, visto que beneficia aqueles com maiores capacidades de defender sua demanda judicialmente, prejudicando a parcela que não tem acesso à justiça. Do mesmo modo, pode afetar o princípio da integralidade, pois, como afirmado anteriormente, as decisões de processos individuais não são ampliadas aos outros pacientes que sofrem a mesma doença e que poderiam ser beneficiados.^{34,35,36}

O segundo ponto diz respeito das dificuldades na administração da AF. Nesse caso, as decisões sobre as demandas judiciais que acontecem de forma rápida e que não estão calculadas no planejamento dos serviços acabam por fazer com que sejam criadas estruturas “paralelas” para o seu desenvolvimento. Também

³³ CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. Judicialização da Saúde. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 34, n. 00, 2016.

³⁴ VIEIRA, F.S.; ZUCCHI P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

³⁵ MARQUES, S.B.; DALLARI S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Rev. Saude Publica**, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

³⁶ ANDRADE, E. I. G. A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. **Rev Med Minas Gerais**, n. 18, 4 Supl. 4, S46-S50. 2008.

levam à realização de processos de compras incomuns na gestão pública, resultando em maior gasto para adquirir algumas medicações.

Já o terceiro ponto diz sobre a segurança do paciente. Podem ocorrer prescrições inadequadas de remédios já incorporados ao Sistema de Saúde Único e, também, sobretudo, a indicação de tratamentos inovadores ou a prescrição de novas técnicas terapêuticas sobre as quais ainda não se estabeleceram comprovações científicas. Essas situações, por vezes, estimulam a utilização de tecnologias inovadoras de maneira acrítica, muitas vezes influenciada pela indústria farmacêutica^{37,38}. O maior problema é que alguns desses medicamentos não indicam, de fato, um ganho verdadeiro em eficácia terapêutica, podendo, até mesmo, provocar efeitos inesperados e adversos. Ou seja, a utilização dessas drogas que estão fora das indicações para as quais foram registradas, o chamado uso *off label*, ou, ainda, sem registro sanitário, podem representar um grande risco à saúde.³⁹

Entretanto, quando o judiciário se intromete em ações ou omissões do executivo para, por exemplo, conceder uma medicação não se configura como uma quebra do princípio da separação dos poderes, mas se trata de ponderar qual princípio deve sobrelevar no referido caso.

Ribeiro⁴⁰ elucida que uma Constituição provida de direitos sociais, coletivos e individuais que, no entanto, não são efetivados pela prática política necessita de uma instância julgadora que faça valer as normas constitucionais como diretivas e fundamentais.

Portanto, entende-se que sempre que a ação do Judiciário tiver como único objetivo assegurar um direito fundamental e constitucional, a resposta será afirmativa.

Frente a uma colisão de direitos fundamentais, é preciso uma avaliação de princípios, conforme ensina Alexy.

A discussão sobre quais direitos fundamentais sociais tem um cidadão requer uma ponderação entre princípios. Por um lado, tem-se o princípio da liberdade fática, enquanto, por outro, há os princípios formais da

³⁷ LOPES, L. C. et al. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. In: **Relatório de resultados dos projetos de pesquisa** - Seminário PPSUS-SP. São Paulo; 2008.

³⁸ ANGELL M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito. Rio de Janeiro: Record; 2007

³⁹ PEPE, 2010.

⁴⁰ RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. **Revista Amagis Jurídica**. Ano V, n. 9. Belo Horizonte, MG: 2013.

competência de decisão do legislador com legitimidade democrática, bem como o princípio da divisão dos três poderes e os princípios materiais, referentes aos direitos fundamentais sociais, a interesses coletivos e à liberdade jurídica de terceiros.⁴¹

Nesse sentido, o Tribunal Federal da 3ª Região decidiu favoravelmente a uma criança portadora da rara doença “puberdade precoce verdadeira”, que exige um tratamento muito caro para os padrões da família da menor, por isso o pleito em uma ação civil pública. A decisão final destaca que:

O benefício que essa determinação judicial trouxe para a criança faz prevalecer os princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade, da proteção à saúde e ao menor frente aos princípios democráticos e à divisão de poderes, que foram pouco afetados no processo (TRF 3ª Região, 1ª T., AC n. 261.220 - 0303145-09.1994.4.03.6102, Rel. Juiz Convocado David Diniz, DJU 23/10/2001).

No entanto, primeiramente, o indivíduo precisa requerer o seu direito à saúde administrativamente e, caso haja a negação de seu pedido, aí sim recorrer ao Judiciário, o que faz com que a ação judicial seja secundária. Isso porque a ameaça ao direito só acontece a partir da resposta negativa ao requerimento na Administração Pública.

Dessa forma, pode-se firmar a judicialização da saúde naquilo que é defendido pelo SFT na questão do direito previdenciário. De acordo com essa instância, só a real necessidade de ir a juízo pode justificar a ação. O consentimento de benefícios previdenciários precisa do anterior requerimento do cidadão, que não terá seu direito infringido antes da avaliação e recusa do pedido pelo INSS ou, ainda, se o prazo legal para análise não tiver excedido. Entretanto, não se deve confundir a exigência prévia de requerimento com o esgotamento das vias administrativas (RE n. 631.240, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 10/11/2014).

Entende-se que o procedimento legítimo do Poder Judiciário é aquele que não ultrapassa suas funções institucionais e somente assegura os direitos fundamentais.

Portanto, não será necessária a interferência judicial nas políticas públicas se estiver comprovado que os demais poderes, Executivo e Legislativo, agiram em prol da permanência dos direitos fundamentais.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 512.

3.2 O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO À SAÚDE X ESCASSEZ DE RECURSOS ECONÔMICOS

As políticas públicas podem ser entendidas como programas de ação do Governo que têm como objetivo administrar as atividades privadas e públicas no sentido de realizar metas importantes social e politicamente, conforme elucida Maria Paula Dallari Bucci⁴².

Contudo, os direitos fundamentais sociais são de alto custo, segundo Alexy⁴³, e a única alternativa do Estado para assegurar-los é distribuir o que recebe em forma de taxas e impostos, por exemplo. Isso quer dizer que além da elaboração da política pública para atender às necessidades da população, é preciso que o gestor tenha condições financeiras para a implantação. Ou seja, a carência de recursos econômicos é uma barreira para o exercício pleno do direito à saúde.

Por esse motivo, o Poder Público acaba tendo que optar por atender alguns interesses sociais em detrimento de outros, respeitando seu orçamento, afinal, como afirma Ana Paula Barcellos, não se pode ignorar a existência da limitação de recursos.

Tal limitação deve ser levada em consideração pelo intérprete na hora de estabelecer que algum material pode ser requisitado judicialmente e, também, pelo magistrado ao decretar que o Estado forneça o bem. Vale ressaltar que a obtenção de recursos pelo Estado e posterior gastos em prestações de serviços, obras e políticas públicas é justamente uma ação para atingir as metas fundamentais da Constituição.⁴⁴

O STF estruturou a seguinte formulação ao apreciar o RE 592.581/RS:

O Judiciário é permitido a obrigar a Administração Pública a promover medidas ou executar obras urgentes em edifícios prisionais para assegurar o respeito à integridade moral e física dos detentos e efetivar o postulado da dignidade da pessoa humana, conforme reza o Art. 5º, XLIX da Carta Magna, não sendo passível e funcionar em oposição à decisão a justificativa do princípio da divisão de poderes nem o da reserva do possível (RE n. 592.581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 1º/2/2016).

Portanto, o desafio do juiz ao julgar uma situação que abrange a aplicação do direito à saúde é aproveitar a máxima eficácia jurídica da norma constitucional, no

⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

⁴³ ALEXY, 2008, p. 510.

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 245-246

entanto, sem extrapolar os limites que lhe são determinados. Entre esses limites, três são principais e se completam e interagem entre si: a reserva do possível, que será abordada em sequência, a reserva de consistência e o princípio da proporcionalidade.

3.2.1 Teoria da reserva do possível

No que tange às finanças do Estado, a “reserva do possível” se refere aos recursos materiais disponíveis para o cumprimento de possíveis condenações por parte do Poder Público que demandem a prestação de assistência farmacêutica.

Comumente utilizada pela Administração Pública como forma de defesa para se eximir da execução das obrigações primárias, a teoria da reserva do possível foi construída no julgamento do caso *Numerus Clausus I*, pela Corte Constitucional alemã (BVerfGE nº 33, S. 333).

Ingo Wolfgang Sarlet escreveu sobre a configuração da reserva do possível em seu contexto inicial.

No caso *numerus clausus*, a Corte Constitucional Federal da Alemanha, discorrendo sobre o direito de acesso ao ensino superior, decidiu que, a partir daquele momento, a prestação reclamada deveria ser compatível àquilo que o cidadão poderia exigir de forma razoável da sociedade. Desse modo, mesmo que o Estado disponha dos recursos necessários, não se pode argumentar sobre uma obrigação de prestar algo que não se enquadre dentro dos limites do razoável.⁴⁵

Também se faz importante discorrer resumidamente sobre o princípio do “mínimo existencial”, conhecido, ainda, como “piso mínimo normativo” ou “piso vital”.

O piso mínimo normativo ou mínimo existencial foi trazido pela Constituição Federal de 1988. O judiciário poderia ordenar este “padrão mínimo” na execução das tarefas do Estado. De certo modo, a negação dos trabalhos essenciais de saúde se iguala a condenação à pena de morte. Pesquisadores defendem a tese de que o “mínimo existencial” deve ser garantido pelo Estado, o que significa assegurar os direitos básicos dos indivíduos, sem interferência para além desse piso. Também afirmam que é a avaliação da necessidade e da capacidade do provedor e dos que precisam quem definirá esse mínimo. Ademais, todo ser humano detém o direito ao mínimo existencial, conforme reconhece a doutrina e a jurisprudência de vários países, o que significa que, pela garantia da dignidade humana, todos os indivíduos possuem direito aos meios que atendam às necessidades básicas, como a saúde.⁴⁶

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 301.

A partir dessas ponderações, compreende-se que o déficit dos recursos financeiros do Estado é uma barreira para a concretização do “mínimo existencial”. Essa insuficiência de recursos vem sendo confrontada pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do STF, por meio do que foi denominado como “reserva do possível”.

De acordo com Gandini, Barione e Souza⁴⁷, a reserva do possível é um dos princípios mais mencionados como oposição à judicialização da saúde, pois se refere justamente à possibilidade financeira do Estado para cumprir condenações do Poder Público que ordenem a disposição de recursos materiais e fornecer assistência farmacêutica. Entretanto, a argumentação de que não existem recursos estatais para executar a decisão judicial só será aceita se o Poder Público comprovar que tal medida acarretará em mais desvantagens do que em benefícios para a concretização dos direitos fundamentais, sendo uma forma de ponderação.

Portanto, o limite fático para a efetivação de um direito social está na verdadeira existência de recursos públicos para que o Estado cumpra seus deveres. Ademais, existe, ainda, a limitação relacionada à possibilidade jurídica do Estado de aproveitar esses recursos, quando, de fato, existem. A “reserva do possível” é composta por essas duas limitações.⁴⁸

Tal conceito se fortaleceu a partir da década de 1970, quando foi admitido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, conforme dito anteriormente, compreendeu que a prestação solicitada deve ser condizente com aquilo que o cidadão pode exigir da sociedade.⁴⁹

A reserva do possível é identificada em diferentes aspectos, como na suficiência de recursos para a concretização dos direitos fundamentais; na questão da proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade; e na disponibilidade jurídica

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado.** Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2000. p. 29.

⁴⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.** Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário>. Acesso em 21 set. 2017.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 26-29.

⁴⁹ SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29.

dos recursos humanos e materiais (ligados à partilha das receitas e competências orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas, que, no caso brasileiro, clama por equacionamento, visto que tem um sistema constitucional federativo).⁵⁰

São aspectos que se relacionam tanto com outros princípios quanto entre si, e necessitam de um equacionamento constitucionalmente adequado e sistemático para que não sejam barreiras invencíveis, mas, ao contrário, instrumentos para assegurar os direitos sociais de caráter prestacional, no ponto de vista da maior efetividade dos direitos fundamentais.⁵¹

Diniz, Machado e Penalva explicam que, muito embora a reserva do possível seja um fator que precisa ser considerado, o principal motivo para indeferir a concessão de liminares é a carência de provas da emergência do caso. Nota-se a pouca preocupação com os efeitos orçamentários resultantes das decisões, em sua maioria relacionadas ao custeio de medicação, visto que apenas 6% das ações tem o indeferimento com base no argumento da reserva do possível⁵².

A reserva do possível, então, não impossibilita que o Poder Judiciário trabalhe em prol da concretização dos direitos sociais, como bem explicam Sarlet e Figueiredo, entretanto, isso deve ser feito com responsabilidade e cuidado, tendo sempre em mente a carência real de recursos. Contudo, muitas vezes ela é utilizada como uma maneira de impedir a interferência do Judiciário em conteúdos relacionados aos direitos sociais. Portanto, é função do Poder Público comprovar a verdadeira escassez de recursos e de demonstrar que cumpre seu dever de aplicá-los de forma eficaz.

É importante ressaltar que a reserva do possível deve ser entendida assim como outras reservas e é papel das entidades públicas promoverem o crescimento dos recursos e diminuir os efeitos da reserva do possível. Em outras palavras, deve gerir o déficit de recursos e aprimorar a efetividade dos direitos sociais. Também vale dizer que as limitações da reserva do possível são verídicas, mas não pode ser uma justificativa para o Estado não buscar a concretização dos direitos

⁵⁰ MARTINS, Gustavo Rocha; CARPANEZ, Natã, Ferraz. Judicialização da saúde: apontamentos sobre a atuação jurisdicional, uma análise sob a ótica do estado democrático de direito e o acesso à justiça. **Revista eletrônica das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. Juiz de Fora, v. 7, n. 2, jul/dez. 2016.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12.ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2015.

⁵² Levantamento de processos julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF - 2005 a 2010

sociais. O Poder Público precisa demonstrar a carência de meios essenciais para atender às necessidades e às prestações.

Em sequência, o princípio da proteção do núcleo essencial será abordado.

3.2.2 Princípio da proteção do núcleo essencial

Apesar da reserva do possível significar uma barreira à liberdade de desenvolvimento e implantação de políticas públicas, ela não pode ser utilizada pelo Estado como justificativa para se desviar da sua função de assegurar o direito social à saúde.

No que diz respeito ao núcleo essencial, existem duas teorias: a absoluta e a relativa⁵³. A teoria absoluta entende que o núcleo essencial tem natureza absoluta, como diz o nome, e, de forma alguma, pode ser desrespeitado. Já a teoria relativa entende que o núcleo essencial deve ser ponderado no caso concreto. Defende-se que a primeira é mais coerente, tendo em vista que a segunda se arrisca a relativizar de forma exacerbada, tornando sem efeito o entendimento de conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

De forma geral, o limite de até onde o Poder Público pode ir ao delimitar direitos dotados de fundamentalidade é dado pelo mínimo essencial dos direitos fundamentais. Também, mesmo quando existe o argumento da reserva do possível, o mínimo essencial é capaz de associar a Administração de maneira positiva na concretização daquele direito (DUARTE, 2011, p. 81-82).

A obrigação do Estado em promover assistência à saúde por meio de políticas econômicas e sociais é determinada pela Constituição Federal. Pretende-se, desse modo, impossibilitar que os direitos fundamentais se configurem como um “comportamento constitucional inconsequente”, em concordância com o redigido pelo Ministro Celso de Mello no RE n. 271.286 AgR/RS:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**, v. 1, n. 4, out./dez. 2006. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017, p. 22-24.

INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RE n. 271.286/RS, Relator: Min. Celso de Mello, DJe 23/8/2000)

Embora o Art. 196 determine que a saúde é um direito de todos, ainda não havia, após a Constituição Federal alguma política já determinada para a área, como coloca Alves (2015). As dúvidas sobre os meios pelo qual esse direito seria implementado, surgiram controvérsias, especialmente, sobre os limites da obrigação do Estado com o custeio dos serviços e materiais de saúde. Ou seja, não havia respostas definidas que indicassem se a gratuidade seria absoluta ou se o Estado arcaria com todos os requerimentos de saúde.

Barcellos afirma que são vários os estudiosos⁵⁴ que observaram o posicionamento do STF com relação ao direito à saúde. Pelo fato da educação, assim como a saúde, ter um tratamento diferenciado dos demais direitos prestacionais na Constituição, muitos desses pesquisadores comparam ambos. Vale esclarecer que, para a doutrina e a jurisprudência, tanto a saúde quanto a educação são direitos subjetivos.

Nessa senda, o princípio da proteção do núcleo essencial, segundo Gilmar e Branco⁵⁵, tem como objetivo dificultar que restrições descabidas resultem no esvaziamento do conteúdo do direito fundamental.

A liberdade de formação do administrador público e do legislador para determinar critérios para a implantação do direito será maior quando o grau do preceito normativo constitucional também for. Tal liberdade não pode fomentar condições que tornem o direito previsto pelo constituinte impraticável, visto que o cumprimento da Constituição é imposto aos poderes constituídos.⁵⁶

3.2.3 Princípio da proporcionalidade

⁵⁴ Citam-se como exemplos Amaral (2010), Barcellos, (2010, p. 58), Wang (2010, p. 353) Lima (2010, p. 237), entre outros.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁶ MAGALHÃES, Iasmim Pacheco. **Judicialização da saúde: critérios e limites para a atuação de magistrados em ações judiciais para aquisição de medicamentos pelo Estado**. Brasília, 2014. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília.

Para a efetividade e proteção dos direitos, os poderes precisam levar em conta os critérios parciais da adequação, proporcionalidade e necessidade. Dessa forma, quando um direito for concedido, outro não será desfavorecido.⁵⁷

O dito princípio da proporcionalidade defende que o Estado não pode agir de forma insuficiente para alcançar suas metas, entretanto, também não deve fazer de modo demasiado. Tanto os excessos quanto as deficiências se enquadram como violações do princípio.⁵⁸

Embasados no conceito de reserva do possível, os magistrados entendem que as decisões judiciais referentes a matérias acerca do direito à saúde devem ser no sentido de assegurar-lo. Compreende-se, também, que as regras orçamentárias ou administrativas não devem ser uma barreira para essa ação. No entanto, os princípios da razoabilidade⁵⁹ e da proporcionalidade têm auxiliado as análises dessa teoria, apontando que requerimentos devem ser avaliados de acordo com a relevância econômica dos direitos prestacionais, considerando a carência de recursos disponíveis para a concretização do direito no mundo dos fatos^{60,61}. Já que se supõe que as políticas públicas da área devem manifestar modos de efetivação do direito à saúde, mas, assiste-se à inércia do Estado para cumprir esse objetivo, nota-se um paradoxo. Por esse motivo, outras instituições vêm sendo acionadas, entretanto, questiona-se a eficácia destas para reparar essa inação.⁶²

Portanto, é dever do Estado entregar prestações conforme o limite do razoável, não deixando de levar em conta, caso por caso, os critérios da razoabilidade – correspondência de sentidos entre causas, meios e finalidades,

⁵⁷ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2013.

⁵⁸ SARLET, Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111.

⁵⁹ Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade referem-se às ponderações que devem ser observadas em relação aos bens jurídicos em conflitos: direito social requerido e orçamento público, fundamentando-se na idéia de justiça e vedação das arbitrariedades, sendo utilizado como importante instrumento de proteção aos direitos fundamentais e do interesse público, sobretudo nas atividades realizadas sob o fundamento da discricionariedade dos atos do poder público (ROSA, M. F. E. **Direito Administrativo**. 10 ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42-43)

⁶⁰ VIOLA, L. A. **O direito prestacional saúde e sua proteção Constitucional**. 2006. 108p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006.108p

⁶¹ SANT’ANA, R. N. **Judiciário: o novo defensor da saúde?** Observatório da Constituição e da Democracia. UnB/SindjusDF - Brasília. 2007. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/ced/files/texto-RamiroDireitoSaude.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

⁶² NEPOMUCENO, Marly Akemi Shiroma et al. O campo jurídico na garantia do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 14, n. 2, p. 119-136, 2013.

considerando os valores fundamentais da organização do Estado, como a paz, a segurança, a ordem, a justiça e a solidariedade⁶³ – e da proporcionalidade – consideração entre prejuízos causados e metas a serem alcançadas. Assim, a tese que diz que não é possível obrigar o Estado a assumir a assistência social de uma pessoa que não a mereça é válida, visto que o próprio indivíduo dispõe de recursos para isso.⁶⁴

Ademais, a Carta Magna não oferece normas para o emprego dos recursos no contexto das reservas orçamentárias, estas, dependentes da situação socioeconômica global. Desse modo, deixa como papel das entidades políticas, sobretudo o órgão legislador, assegurarem as prestações materiais dos direitos sociais. A escassez de recursos à disposição para satisfazer as demandas por políticas sociais cria uma crise de efetividade dos direitos fundamentais por meio do “custo do direito”.⁶⁵

Então, é obrigação do Judiciário permanecer atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que o juiz assume a condução da demanda, exigindo a fundamentação do requerimento por ambas as partes.

4 METODOLOGIA

Neste estudo, recorreu-se a uma pesquisa bibliográfica para responder as questões propostas. Segundo Santos (2006), essa metodologia se configura como uma busca de conteúdo para análise em materiais impressos ou on-line. Ressalta-se que, como estamos inseridos em um meio de muita produção teórica e conceitual, vivemos em uma tradição de pensadores clássicos.

Esta pesquisa bibliográfica tem início na revisão de literatura, por meio das oito fases definidas por Marconi e Lakatos (2005): escolha do tema; planejamento do trabalho; identificação; localização; coleta de material; fichamento; análise; e redação. A revisão bibliográfica seguiu com a observação das informações contidas nas fontes consultadas (LIMA; MIOTO, 2007), que foram utilizadas na construção teórica que embasaram as discussões do presente estudo.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto, **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13898/13462>>. Acesso em 21 set. 2017.

⁶⁴ SARLET; FIGUEIREDO, 2008.

⁶⁵ Id. Ibidem.

Também estará presente a pesquisa descritiva, a qual observa, absorve conteúdo e analisa os fatos do mundo físico e humano, porém sem manipulá-los, ou seja, sem intervenção do pesquisador (RAMPAZZO, 2002).

Por fim, acredita-se que este estudo pode ser caracterizado como qualitativo, fundamentando-se, primordialmente, neste tipo de análises e não lançando mão de observações de dados estatísticos. Zouain (2006) elucida que a pesquisa qualitativa é aquela que não baseia sua argumentação em relações estatísticas entre variáveis. Ao contrário, se ancora em conhecimentos teóricos e empíricos que lhe garantem cientificidade.

5 CONCLUSÃO

A partir desta pesquisa, pôde-se concluir que a “judicialização da saúde” é um fenômeno recorrente no atual contexto brasileiro, sendo que o Judiciário do país tem atuado de forma receptiva às demandas pessoais que requerem o fornecimento de remédios, tratamentos pelo SUS e insumos. O posicionamento da entidade é que devem assegurar o direito à saúde, previsto na Carta Magna de 1988, de modo a garantir ao indivíduo o direito de ter acesso a esses produtos quando existe a necessidade.

Por esse motivo, compreende-se que, por conta do crescimento desmedido da judicialização da saúde, o fenômeno mereça atenção de todos os setores da sociedade. Ressalta-se que o fortalecimento da prática pode resultar em consequências graves ao controle orçamentário do Brasil. Muito embora a saúde seja um direito humano fundamental, ele está mal implantado, o que acaba por influenciar o progresso do movimento. Contudo, alerta-se para a necessidade de equidade entre o cumprimento do direito individual e das políticas públicas, de modo que o orçamento público não sofra danos que tornem impossíveis a atuação estatal.

Constatou-se, também, por meio dos baixos índices de deferimentos realizados por conta do argumento da reserva do possível, que o Judiciário brasileiro não se preocupa com o impacto orçamentário de uma decisão judicial que impõe ao Estado fornecer bens como remédios ou tratamentos.

Vale ressaltar que o principal motivo que leva indivíduos a entrarem com ações judiciais contra o Estado para fazer valer seu direito à saúde são pelo atraso

na inclusão da oferta de tratamentos pelo Sistema Único de Saúde ou na análise de novos tratamentos pela ANVISA.

Nessa senda, compreende-se que é necessário diminuir o custo e o número das demandas judiciais, de maneira que não prejudiquem o direito da população à saúde, sendo uma “contenção saudável” da judicialização. Apesar de não serem complicadas, as soluções exigem o trabalho conjunto de médicos, pacientes, Judiciário, advogados, Ministério Público e sociedade como um todo. Mas, para que funcione, essas ações precisam estar juntas às exigências de melhorias no SUS, no sentido de conquistar um sistema público de saúde de excelência. Dessa forma, não será mais necessária a judicialização da saúde.

Nesse sentido, o ideal é buscar uma "contenção saudável" da judicialização, ou seja, contê-la com diminuição da quantidade de ações civis públicas, o que acabará por resultar em menor custo à sociedade, a qual também tem que ser adequadamente assistida em suas necessidades básicas de saúde. Deve ser um esforço conjunto do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados e sociedade.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 512.

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito à saúde: efetividade e proibição do retrocesso social**. São Paulo: D'Plácido, 5 nov. 2015.

ALVES, Cândice Lisboa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. **Liberdade, igualdade e fraternidade: 25 anos de constituição brasileira**. São Paulo: D'Plácido, 5 nov. 2015.

ANDRADE, E. I. G. A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. **Rev Med Minas Gerais**. n. 18, 4 Supl. 4, S46-S50. 2008.

ANGELL M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito. Rio de Janeiro: Record; 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 245-246

BARROSO, Luís Roberto, **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13898/13462>>. Acesso em 21 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: SARMENTO, Danieb SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008, p. 893.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 4 ago. 2017

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**. 4.ed. 2009. Conselho Federal da OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>>. Acesso em 21 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, DF, 29 de maio de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Distrito Federal, DF, 05 de maio de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Francisco Benedito de Sousa. Relator: Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. André dos Santos Fialho. Lédio de Novaes Martins e outro(a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Santa Catarina, SC, 13 de novembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed., v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pág. 341.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.** no.23 Curitiba Nov. 2004

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. Judicialização da Saúde. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 34, n. 00, 2016.

CONJUR/MS. **Intervenção Judicial na saúde pública**: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. 2013. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em 7 set. 2017.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, n. 2, 2014.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. **Pesquisa em foco**: Judicialização: um risco para a saúde pública no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/node/? 1962>>. Acesso em: 21 set. 2017.

FRANCA, Ribeirão e. **Mesmo sem testes, justiça autoriza venda de “pítula do cancer” por R\$ 6**. 09 maio 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/05/mesmo-sem-testes-justica-autoriza-venda-de-pilula-do-cancer-por-r-6.html>>. Acesso em: 21 set. 2017.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial**: critérios e experiências. Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário>. Acesso em 21 set. 2017.

KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. A efetivação do direito à saúde através da ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 417-431.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamasso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Revista Katalysis**, v. 10, p. 35-45, 2007.

LOPES, Luciana et al. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. In: **Relatório de resultados dos projetos de pesquisa** - Seminário PPSUS-SP. São Paulo; 2008.

MAGALHÃES, Iasmim Pacheco. **Judicialização da saúde**: critérios e limites para a atuação de magistrados em ações judiciais para aquisição de medicamentos pelo Estado. Brasília, 2014. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de saúde pública**, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MARTINS, Gustavo Rocha; CARPANEZ, Natã, Ferraz. Judicialização da saúde: apontamentos sobre a atuação jurisdicional, uma análise sob a ótica do estado democrático de direito e o acesso à justiça. **Revista eletrônica das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. Juiz de Fora, v. 7, n. 2, jul/dez. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEPOMUCENO, Marly Akemi Shiroma et al. O campo jurídico na garantia do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 14, n. 2, p. 119-136, 2013.

NETTO, Pedro Ribeiro De Sales. Judicialização da saúde. **Revista de Patologia do Tocantins**, v. 3, n. 4, p. 112-121, 2016.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, n. 5, 2010.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia Científica**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. **Revista Amagis Jurídica**. Ano V, n. 9. Belo Horizonte, MG: 2013.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 10 ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42-43.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **Judiciário: o novo defensor da saúde? Observatório da Constituição e da Democracia**. UnB/SindjusDF - Brasília. 2007. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/ced/files/texto-RamiroDireitoSaude.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

SANTOS, Lenir. **Unidade 2 – Judicialização da saúde**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

SANTOS, Vanice dos. **Trabalhos acadêmicos: uma orientação para pesquisa e normas técnicas**. Porto Alegre: RS: AGE, 2006.

SARLET, Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado.** Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2000. p. 29.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil:** principais aspectos e problemas. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ingo.pdf>. Acesso em: 23 de ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B (orgs). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**, v. 1, n. 4, out./dez. 2006. Disponível em: http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 22 ago. 2008.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev. Saúde Pública.** v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

VIOLA, L. A. **O direito prestacional saúde e sua proteção Constitucional.** 2006. 108p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006.108p

YAMAGUCHI, Cristina Keiko. **Judicialização da saúde no Brasil:** uma abordagem interdisciplinar. Erechim: Deviant, 2017.

ZOUAIN, Deborah Moraes. **Pesquisa qualitativa em administração.** Rio de Janeiro: FGV, 2006.