

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL**  
**CURSO DE DIREITO**

Natália de Barros Schmidt

**ATUAÇÃO JUDICIAL E SEUS LIMITES NA TUTELA COLETIVA E INDIVIDUAL DO  
DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E AS  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Santa Cruz do Sul  
2018

Natália de Barros Schmidt

**ATUAÇÃO JUDICIAL E SEUS LIMITES NA TUTELA COLETIVA E INDIVIDUAL  
DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E AS  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de  
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Caroline Muller Bitencourt

Santa Cruz do Sul  
2018

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Darci e Arlete: fonte de amor e apoio incansáveis nessa trajetória. O sonho de estar concluindo a graduação em Direito é possível em razão do auxílio e esforço que vocês me concederam nesses quase 05 anos de graduação. Obrigada por me incentivarem sempre a estudar, me mostrando que esse é o melhor caminho. Obrigada também por serem minha inspiração, por me mostrarem os valores importantes da vida, por não só os falarem, mas por demonstrarem com seus exemplos. Meu eterno e mais sincero muito obrigada, pai e mãe!

Também agradeço à minha irmã Juliana, por todo seu companheirismo e paciência comigo durante a faculdade. Não raras vezes ela me ajudou a estudar, paciente ao ler os meus resumos comigo antes das provas. Foi incrível contar com teu incentivo durante esse período. Além disso, agradeço também por seu meu exemplo de determinação: me mostrou que o estudo leva muito longe sim, onde você quiser. Orgulho do ser humano que és e por ter a oportunidade de ter crescido ao seu lado; aprendo a cada novo dia contigo, especialmente sobre humanidade e paciência. Obrigada por tudo!

Impossível não agradecer a minha orientadora: Caroline Muller Bitencourt, ou como melhor é conhecida no bloco 18, a prof.<sup>a</sup> Carô! Tenho somente agradecimentos a serem feitos. Desde o primeiro dia de aula, em 2015, nas aulas de Direito Constitucional I, me apaixonei pela matéria e mais ainda pela professora que ministrava a aula. Não é sobre ensinar o conteúdo, mas sim a forma de ensinar: e a tua forma de ensinar... essa toca a alma de cada um que passa por tuas mãos! Tenho admiração pela profissional e pelo ser humano que és. Era impossível não escolher você para ser a minha orientadora nessa reta final da graduação. Admiração e carinho eternos por você!

É tempo de agradecer também a todos os mestres que a UNISC me proporcionou ter a honra e o prazer de ser aluna, meu sincero obrigada a todos vocês. Todos me marcaram de alguma forma ou outra. Em especial, gostaria de agradecer aos mestres que me fizeram refletir para muito além das aulas ministradas e me despertaram a cada aula o porquê de eu ter feito essa escolha: Leonardo Fetter, Veridiana Rehbein, Caroline Muller Bitencourt, Rosana Helena Maas, Fabiana Spengler, Suzete Reis, Tatiane Kipper, Jorge Reis, Martin Jora e

Egon Richter. Imensamente agradecida por ter a oportunidade de ter aprendido com vocês, os levo em meu coração!

Por fim, mas não menos importante: agradeço imensamente às minhas amigas, que estiveram comigo ao longo dessa jornada e comemoram junto comigo a cada pequena vitória. Agradeço em especial à Ana Elisa Baumhardt, Miriane Nepomuceno, Paula Keller, Andrea Ferreira, Paolla Pacheco, Laura Reis e Jenifer Freitas.

Tenho muitíssimo a agradecer à Francine Raquel Rauber, que sempre me forneceu todo apoio possível, não mediu esforços para me auxiliar no que eu precisasse para a realização da presente monografia. Foi emocionante, lindo e sincero ver tua lealdade e preocupação comigo nesse momento. Jamais me esquecerei. Muito obrigada por tudo! Por ser minha dupla da faculdade e da vida!

Além da Meline Kern, que muito me ouviu falar do meu trabalho e eu muito a ouvi também: obrigada por essa troca de experiências, foi maravilhoso poder dividir contigo as preocupações, alegrias e recompensas que o Trabalho de Conclusão de Curso proporciona. Meu sincero agradecimento a todas vocês, que tornaram esse caminho mais leve e por estarem vibrando junto comigo nesse momento tão marcante da graduação!

## RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre a temática da atuação do Poder Judiciário e seus limites na prestação da tutela coletiva e individual do direito à saúde no Brasil. Esta monografia possui como objetivo geral analisar os limites da intervenção judicial no âmbito da tutela individual e coletiva do direito à saúde no Brasil. Em uma observação mais específica, o trabalho visa analisar o direito à saúde como um direito fundamental e a forma de organização do sistema de saúde pública no Brasil; compreender as diferentes formas de tutela do direito à saúde no Brasil, tanto individual quanto coletiva, delineando os diferentes limites de atuação jurisdicional e proceder na verificação das consequências das diferentes formas de tutela do direito à saúde no Brasil em relação à concretização das políticas públicas sobre saúde. Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada, considerando a ineficácia das políticas públicas em concretizar o direito à saúde e o consequente crescimento do fenômeno da judicialização da saúde, consiste em verificar quais são os limites existentes da atuação do Poder Judiciário na tutela coletiva e individual do direito à saúde no Brasil e como as diferentes formas de tutela impactam nas políticas públicas de saúde. Para realizar tal análise foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica com base em livros, artigos científicos, dissertações, teses, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, análise das legislações infraconstitucionais e, principalmente, partindo da observação dos dispositivos da Constituição Federal de 1988. Por fim, pode-se afirmar que a atuação judicial do Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde é legítima, quando verificada a ineficácia do poder público em garantir tal direito através das políticas públicas, desde que seja julgado de acordo com as regulamentações do Sistema Único de Saúde. Constatou-se ainda, que a judicialização da saúde gera uma microjustiça, na qual privilegia apenas aqueles indivíduos que possuem certo grau de conhecimento e uma melhor condição financeira que possibilitem o acesso ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Limites. Políticas públicas. Sistema Único de Saúde.

## **ABSTRACT**

This term paper deals with the judiciary and its limits on the individual and collective protection on the right to health in Brazil. This paper has the main goal of analyzing the limits of the judicial intervention on the individual and collective protection on the right to health in Brazil. In a more specific observation, the term paper has the goal of analyzing the right to health in Brazil as a fundamental right and the organization of the public health system in Brazil; understand the different ways of protection on the right to health in Brazil, individual and collective, outlining the different limits of the judiciary interaction and proceed in the verification of the consequences of different ways of protection on the right to health in Brazil regarding the concretization of public policies in the health system. In this context, the problem to be faced, considering the inefficiency of public policies in materializing the right to health and the consequent judicialization of health, consists in verifying what are the limits of the judicial power on the individual and collective protection on the right to health in Brazil and how the different ways of protections impact the health public policies. In order to develop the analysis, a bibliographic research was made, using books, scientific articles, dissertations, thesis, the jurisprudence of the Supreme Federal Court, non-constitutional laws and, mainly, the observation of the federal constitution of 1988. Lastly, it can be said that the judiciary interaction with the health system is legitim, when verified the inefficacy of the public power in guaranteeing the right to health through the public policies, provided that it is judged in accordance with the Brazilian Unified Health System regulations. It was noticed that the judicialization of health generates a micro justice, in which only the individuals that have a certain degree of knowledge and the best financial conditions are privileged.

Keywords: Right to health. Health judicialization. Limits. Public policies. Brazilian Unified Health System (SUS).

## SUMÁRIO

|          |                                                                                                                         |           |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                  | <b>07</b> |
| <b>2</b> | <b>O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DO SEU RECONHECIMENTO À SUA FORMA DE ORGANIZAÇÃO.....</b>     | <b>09</b> |
| 2.1      | O direito à saúde como direito fundamental.....                                                                         | 09        |
| 2.2      | Saúde pública no Brasil: surgimento do Sistema Único de Saúde a partir do movimento sanitário.....                      | 13        |
| 2.3      | A forma de organização do SUS no Brasil: um direito gestado a partir da participação social.....                        | 18        |
| <b>3</b> | <b>ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....</b>                                                     | <b>24</b> |
| 3.1      | Ativismo ou judicialização: vale tudo em nome dos direitos fundamentais?.....                                           | 24        |
| 3.2      | A decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a saúde como um direito público subjetivo: implicações práticas..... | 28        |
| 3.3.     | Os números da judicialização da saúde no Brasil.....                                                                    | 35        |
| 3.4      | Limites da atuação do Judiciário na tutela individual do direito à saúde no Brasil.....                                 | 38        |
| <b>4</b> | <b>CONSEQUÊNCIAS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SAÚDE.....</b>                                    | <b>46</b> |
| 4.1      | Conceito de políticas públicas e sua relação com os direitos sociais.....                                               | 46        |
| 4.2      | Princípio da separação dos poderes.....                                                                                 | 52        |
| 4.3      | Planejamento e orçamento: a via avessa da programação a partir da decisão judicial.....                                 | 56        |
| 4.4      | A microjustiça da saúde hoje no Brasil.....                                                                             | 61        |
| 4.5      | O ideal da tutela coletiva na efetivação do direito à saúde.....                                                        | 64        |
| <b>5</b> | <b>CONCLUSÃO.....</b>                                                                                                   | <b>69</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                                 | <b>73</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da atuação judicial e seus limites na tutela coletiva e individual do direito à saúde no Brasil. Tal temática vem sendo muito discutida em face dos inúmeros impactos causados, tanto administrativos quanto sociais, caracterizando assim a significativa relevância do tema, visto que as consequências da atuação judicial nas demandas de saúde atingem e geram diversas implicações na sociedade como um todo.

Dentre muitos fatores, destacam-se: a dificuldade de efetivação deste direito frente à ineficácia do Poder Executivo na implementação de políticas públicas sobre saúde, o desenfreado aumento das ações judiciais, as consequências da intervenção judicial nas políticas públicas sobre saúde, aumentando significativamente a concretização desse direito mediante tutela individual, trazendo números alarmantes.

Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada, considerando esses fatores, consiste em verificar quais são os limites existentes da atuação judicial na tutela coletiva e individual do direito à saúde no Brasil e como as diferentes formas de tutela impactam nas políticas públicas de saúde.

Dessa forma, o trabalho possui como objetivo geral analisar os limites da intervenção judicial no âmbito da tutela individual e coletiva do direito à saúde no Brasil. Para realizar tal análise, em relação às técnicas de pesquisa, esta é bibliográfica, tendo em vista que a mesma foi norteadada pela leitura de livros, artigos científicos, dissertações, teses, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além da análise das legislações infraconstitucionais e dos dispositivos inseridos na Constituição Federal de 1988.

O trabalho divide-se em três capítulos, sendo que o primeiro se destina à apresentação do tratamento constitucional dispensado ao direito à saúde no Brasil, sendo necessário analisar os dispositivos inseridos no Texto Constitucional. Em seguida, será explanado como é efetivado, na prática, o direito à saúde, sendo imprescindível a abordagem acerca do surgimento do Sistema Único de Saúde. Também se enfrentará de que forma é realizada a organização do Sistema Único de Saúde, partindo da elucidação de seus princípios e diretrizes constitucionais, a fim de que se possa compreender seu funcionamento e de qual maneira é concretizado o direito à saúde no atual ordenamento brasileiro.

Já no segundo capítulo, será explanado de que forma o Judiciário vem atuando no tocante à concretização do direito fundamental à saúde no Brasil, sendo abordado brevemente os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização. Também será elucidado um importante marco no âmbito da saúde: a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o direito à saúde como um direito público subjetivo, além de proceder na verificação das implicações práticas dessa decisão. Buscará apresentar a realidade da judicialização da saúde no Brasil, destacando os números relativos à quantidade de processos, assuntos mais recorrentes dentre as ações de saúde e também as despesas orçamentárias. Por fim, serão tecidas considerações visando traçar e analisar quais são os limites existentes na atuação judicial no âmbito da tutela individual do direito à saúde, visto que essas limitações refletem diretamente na decisão dos casos concretos, resultando em importantes implicações práticas.

O último capítulo se destina à verificação e explanação das consequências da intervenção judicial nas políticas públicas sobre saúde. Para isso, serão realizadas algumas considerações acerca do conceito de políticas públicas e qual sua relação com os direitos sociais, vez que o entendimento desses se tornam essenciais para que se possa proceder na explanação das consequências da atuação judicial. Em seguida, será analisado o princípio da separação de poderes, visto que esse é frequentemente arguido quando há intervenção judicial no âmbito da saúde, sob a alegação de que o Judiciário estaria afrontando tal princípio, logo, tal discussão revela-se como uma das consequências da atuação judicial.

Serão verificadas as consequências da intervenção judicial no orçamento público destinado ao Sistema Único de Saúde, analisando os impactos trazidos pela tutela individual pleiteada via judicial no orçamento das políticas públicas sobre saúde. Serão realizadas considerações sobre uma das principais consequências geradas pela atuação judicial: a microjustiça da saúde no Brasil e suas implicações.

Ao final, o capítulo encerra com apontamentos acerca da atuação judicial no âmbito da tutela coletiva do direito à saúde, realizada através de ações coletivas, especialmente no tocante à ação civil pública. Além disso, serão explanadas as implicações da tutela coletiva nas políticas públicas sobre saúde.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DO SEU RECONHECIMENTO À SUA FORMA DE ORGANIZAÇÃO**

O presente capítulo destina-se, inicialmente, à apresentação do tratamento constitucional dispensado ao direito à saúde no Brasil, sendo necessário então, proceder na identificação e análise dos dispositivos implementados pela Constituição Federal de 1988.

Em um segundo momento, será explanado como é efetivado, na prática, o direito à saúde. Sendo assim, torna-se imprescindível a abordagem acerca do surgimento da política pública nacional de saúde, corporificada pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Posteriormente, se enfrentará de que forma é realizada a organização do Sistema Único de Saúde, partindo da elucidação de seus princípios e diretrizes constitucionais, a fim de que se possa compreender o funcionamento do Sistema e de que maneira é concretizado o direito à saúde no atual ordenamento brasileiro.

### **2.1 O direito à saúde como direito fundamental**

Antes de adentrar na explanação do direito à saúde como um direito fundamental, se faz necessário, primeiramente, acentuar algumas considerações acerca do que vem a ser um direito fundamental, para que se tenha uma compreensão de maneira adequada.

Desse modo, como ponto de partida, ressalta-se a distinção existente entre direitos fundamentais e direitos humanos, visto que frequentemente esses são utilizados como sinônimos.

Sendo assim, os direitos humanos são aqueles reconhecidos pela ordem jurídica internacional e possuem presunção de uma validade universal. Já os direitos fundamentais, são os direitos reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico de cada país, na esfera do direito constitucional. (SARLET, 2012, p. 251).

Reconhecer a distinção dessas terminologias não implica em uma rejeição à íntima relação existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tendo em vista que a maioria das Constituições formuladas na época do Segundo Pós-Guerra se inspiraram tanto na Declaração de Direitos Humanos de 1948 como em outros documentos de cunho regionais e internacionais. (PIOVESAN, 1996).

Em um breve apanhado histórico, pode-se constatar que, embora os direitos fundamentais não tenham nascido na antiguidade, a partir de então originaram-se algumas ideias importantes para o reconhecimento dos direitos humanos e posteriormente dos direitos fundamentais. Especialmente no tocante aos valores da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana, os quais possuem raízes na tradição judaico-cristã e também no pensamento greco-romano. (SARLET, 2012, p. 252).

À vista disso, começou a ser difundida - a partir da conferência de 1979 realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo - a concepção de que a evolução dos direitos humanos e fundamentais pode ser entendida através de uma classificação de três gerações de direitos. (SARLET, 2012, p. 258).

A terminologia “gerações” causou inúmeras críticas, visto que o reconhecimento de novos direitos fundamentais possui cunho cumulativo, ou seja, uma complementação. (BREGA FILHO, 2003, p. 25). Dessa forma, a expressão utilizada pode causar uma interpretação equivocada, insinuando uma falsa ideia de substituição de uma geração para outra. Por essa razão, prefere-se o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, conforme Sarlet (2012, p. 258).

Os direitos fundamentais da primeira dimensão são caracterizados pelo seu forte cunho individualista, entendido como direitos do indivíduo frente ao Estado. (LAFER, 1991, p. 126). Logo, são considerados direitos de defesa, os quais pressupõe a não intervenção estatal. Por esse motivo, são tidos como direitos de caráter negativo, vez que exigem uma abstenção estatal e não necessitam de uma prestação positiva do poder público. (BONAVIDES, 1999, p. 517). Dessa forma, destacam-se os direitos à vida, liberdade, propriedade.

Quanto aos direitos da segunda dimensão, esses podem ser considerados, em regra, como direitos de caráter positivo, de forma que exigem um comportamento ativo do Estado para a concretização da justiça social, através de prestações positivas. São caracterizados por assegurarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais, como por exemplo, assistência social, educação, trabalho e também o direito à saúde. Ou seja, os direitos de segunda dimensão podem ser compreendidos como um “direito de participar do bem-estar social”. (LAFER, 1991, p. 127).

Os direitos de segunda dimensão não englobam exclusivamente os direitos de cunho positivo, visto que também abrangem as chamadas liberdades sociais, das

quais se destacam o direito à greve, liberdade de sindicalização, garantia do salário mínimo e o direito a férias. Logo, conclui-se que a segunda dimensão de direitos fundamentais compreende outros direitos além daqueles que exigem prestação positiva do Estado. (SARLET, 2012, p. 262).

Em relação aos direitos fundamentais da terceira dimensão, também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, caracterizam-se pela proteção à nação. À vista disso, são denominados como direitos de titularidade transindividual, ou seja, coletiva, difusa. (LAFER, 1991, p. 131). Dessa forma, conforme refere Sarlet (2012, p. 262) destacam-se os direitos: à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e o direito de comunicação.

Compreende-se que os direitos da terceira dimensão diferenciam-se justamente pela sua titularidade transindividual, de modo que até mesmo ao próprio Estado é atribuído titularidade de direitos fundamentais, como se pode observar, a título exemplificativo, dos direitos à autodeterminação, à paz e ao desenvolvimento.

No tocante à discussão das dimensões dos direitos fundamentais, ressalta-se que há tendência ao reconhecimento da existência de outras dimensões. No entanto, ainda não restam consagradas no âmbito do direito internacional e nos ordenamentos constitucionais internos. (BONAVIDES, 1999, p. 524). Ademais, não cabe aprofundar a questão em seu mérito, tendo em vista que foge a proposta central aqui abarcada.

Realizadas algumas considerações necessárias ao devido entendimento dos direitos fundamentais, pode-se então, adentrar, de fato, na explanação da temática ora proposta: o direito à saúde como direito fundamental. Como ponto de partida, impende realizar uma análise do tratamento concedido à saúde pela Constituição Federal.

O primeiro momento em que o Texto Constitucional se refere de modo explícito ao direito à saúde está disposto no “capítulo II- dos direitos sociais” especificamente em seu artigo 6º. Pode-se afirmar que tal artigo traz um rol meramente exemplificativo acerca dos direitos sociais. Logo, por expressa previsão da Constituição Federal, pode-se concluir corretamente que o direito à saúde é um direito social. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

O supramencionado artigo 6º da Carta Magna, encontra-se contido no “título II – dos direitos e garantias fundamentais”, o qual compreende cinco capítulos. Sendo assim, por definição expressa do legislador, os direitos elencados nesse título são

considerados como direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, que o direito à saúde é um direito fundamental por explícita previsão da Constituição Federal. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

O referido título II da Carta Magna não se traduz como um rol taxativo dos direitos fundamentais, tendo em vista o disposto do próprio artigo 5º, § 2º do Texto Constitucional: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Através da análise do disposto no artigo 5º, § 2º da Carta Magna, pode-se entender que existem duas espécies de direitos fundamentais: os “direitos formais e materialmente fundamentais” (abrangidos, mesmo que de forma implícita, pela Constituição formal) e “direitos apenas materialmente fundamentais” (não compreendidos na Constituição). (SARLET, 2012, p. 271). Logo, conclui-se que o direito à saúde pertence à primeira espécie de direitos fundamentais, visto que o mesmo está abrangido explicitamente na Constituição Federal.

Portanto, os direitos fundamentais não se restringem ao rol elencado na Constituição Federal de 1988, podendo ser reconhecidos outros direitos como fundamentais, tendo em vista que a própria Constituição permite essa ampliação.

Outrossim, o entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência, especialmente em relação as decisões do Supremo Tribunal Federal, admitem a ampliação do catálogo constitucional, não se limitando a dilatar apenas os direitos individuais, podendo ampliar o reconhecimento dos direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais como direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 82).

Importante mencionar que o direito à saúde é tratado como norma de aplicação imediata, em razão da previsão do artigo 5º, §1º do Texto Constitucional, a qual dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Contudo, é válido ressaltar que mesmo se tratando de norma de aplicação imediata, não se pode afirmar que inexistem limites fáticos e jurídicos aos direitos sociais, visto que esses limites também alcançam os direitos fundamentais de uma maneira geral. Isso decorre do fato de que, “em princípio, inexistente direito fundamental imune a qualquer tipo de restrição ou limite”. (SARLET, 2012, p. 550).

Posto isso, pode-se concluir que, o direito à saúde como direito fundamental

também está sujeito a sofrer algumas limitações, sob a perspectiva de que todos os demais direitos fundamentais também são suscetíveis de sofrerem restrições e limitações.

Importa ressaltar que a expressão direito à saúde tem sido frequentemente utilizada, contudo, mostra-se uma imprecisão contida nessa terminologia, a qual decorre justamente da imprecisão existente no conceito de saúde. O conceito de saúde não é determinado tão somente pela ausência de doença, mas também implica em um “completo bem-estar físico, mental e social”. (DALLARI, 1988, p. 327).

Compreende-se, portanto, que o legislador além de elencar a saúde como um direito fundamental, ainda se preocupou em tornar cristalina a importância desse direito, através do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, o qual estabelece explicitamente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>). Tema que posteriormente será enfrentado nesse trabalho, a partir do momento que se buscará compreender a estrutura e organização da saúde no Brasil.

## **2.2 Saúde pública no Brasil: surgimento do Sistema Único de Saúde a partir do movimento sanitário**

A Constituição Federal de 1988 traz uma verdadeira revolução em relação ao modo de tratamento dispensado à saúde pública no Brasil. Dessa forma, conforme Dallari (1988, p. 329) verifica-se que anteriormente ao período industrial, a única preocupação existente com a saúde era no sentido de afastar aquele que estava doente, a fim de evitar o contato desagradável que esse causava e para repelir um possível contágio da doença.

Já com a ascensão do processo de industrialização, no século XIX, o qual trouxe como consequência direta a urbanização, situação essa que implicou no início de uma preocupação por parte do Estado em relação à saúde da população. Além disso, os empresários começaram a observar que necessitavam manter seus operários com saúde para que a produção não fosse interrompida. (DALLARI, 1988, p. 329).

Sendo assim, os donos das indústrias, observando que deveriam manter os trabalhadores saudáveis, começaram a reivindicar ao Estado melhores condições,

visto que “[...] o Estado liberal era instrumento do empresariado nessa fase da sociedade industrial, foi relativamente fácil a transferência das reivindicações operárias de melhores cuidados sanitários dos empresários para o Estado”. (DALLARI, 1988, p. 329).

Posteriormente, no decorrer da maior parte do século XX, ainda se constatava que as intervenções sanitárias promovidas pelo Estado se preocupavam somente em repelir situações consideradas emergenciais e de forma que procedessem apenas na conservação da integridade física do trabalhador. (PIVETTA, 2012, p. 111).

Nesse contexto, importante destacar o modelo de intervenção estatal adotado do início do século XX a meados de 1930, o qual se destinava especialmente ao enfrentamento de doenças epidêmicas. Tal modelo, denominado por Barroso (2008, p. 883) como “campanhista”, ficou assim conhecido, vez que se tratava tão somente de campanhas que visavam ao combate de doenças.

O modelo campanhista pode ser retratado e compreendido através da forma de tratamento concedida à febre amarela e à varíola. A campanha feita no Rio de Janeiro para enfrentar a febre amarela previa duas etapas: eliminar os focos de mosquitos e identificar os doentes; assim, foram formadas “brigadas de mata mosquitos”, que com equipamentos específicos podiam, inclusive, invadir os domicílios – o que era feito, muitas vezes, contra a vontade dos cidadãos. (SCLIAR, 2005, p. 107-108).

Em relação à varíola, a campanha realizada foi ainda mais radical. Como era sabido, apenas a vacinação em massa poderia controlar a doença, logo, foi editado um regulamento sanitário no qual todos eram obrigados a se vacinarem. Havendo descumprimento, aplicava-se multa e o atestado de realização da vacina era requisito para tomar posse em concursos públicos, celebração de casamento e para matrículas nas escolas. (BARROSO, 2008, p. 883).

A partir de ambos casos mencionados, pode-se verificar de que forma a saúde pública no Brasil era tratada no início do século XX. Portanto, pode-se afirmar que “o modelo campanhista privilegiava o combate às epidemias, como forma de evitar que o contágio de doenças se alastrasse de maneira incontrolável” (PIVETTA, 2013, p. 113). Logo, pode-se concluir que as ações estatais não visavam a promoção da saúde, apenas havia uma atuação voltada à proteção em geral da população, no sentido de disseminar as doenças epidêmicas.

Importa ressaltar, conforme Pivetta (2013, p. 113), que a Constituição de 1891, vigente na época, não previa qualquer forma de realização do direito à saúde. Pode-se afirmar que o início da preocupação estatal em promover ações de cunho curativas se deu na década de 1930, com a fundação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão. Esses prestavam serviços curativos de saúde, entretanto, tão somente àqueles trabalhadores que contribuíam com a instituição da previdência. (BARROSO, 2008, p. 883).

Decorrido algumas décadas, em 1964, já no período da Ditadura Militar, houve a reformulação do sistema previdenciário, no qual todos os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados no Instituto Nacional da Previdência Social (INPS). Vinculado ao INPS, criou-se o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência. Contudo, novamente a rede pública de saúde se restringia a um pequeno grupo seletivo: os trabalhadores urbanos com carteira assinada. (PIVETTA, 2013, p. 114).

À vista disso, pode-se afirmar que a grande parte da população ainda continuava à míngua dos recursos estatais, dependendo de ações de caridade para obtenção da prestação de saúde. (BARROSO, 2008, p. 883).

Ao longo da década de 1970, permanecia, em linhas gerais, o modelo campanhista de saúde, ainda priorizando o combate a doenças infecciosas. Nesse sentido, pode-se afirmar que a concepção de saúde da época possuía cunho privatista e curativista, como reforça Pivetta (2013, p. 115):

[...] privatista na medida em que o acesso aos serviços de saúde não era universalizado, sendo restrito aos trabalhadores que possuíam carteira assinada, e, por outro lado, a grande maioria dos serviços era prestada por instituições privadas, que recebiam repasses do Estado; curativista porquanto as medidas preventivas eram desprestigiadas, assim como outros fatores determinantes da saúde (por exemplo, a extrema pobreza e a falta de saneamento básico não eram consideradas pelo Poder Público como problemas ligados à saúde).

De acordo com Pivetta (2013), surgiram estatísticas da Organização Pan-Americana de Saúde de 1974, as quais apontaram números negativos em relação à situação da saúde pública brasileira.

Dentre elas, o baixo investimento destinado à saúde no governo Médici, o que resultou ao Brasil uma das últimas posições entre os países da América a investir em políticas sanitárias, e, ainda, apontou que até 1980, quarenta milhões de

cidadãos não possuíam acesso aos serviços de saúde devido à falta de médicos e de leitos nos hospitais. (PIVETTA, 2013, p. 115).

Diante desse cenário alarmante, os departamentos de medicina preventiva de algumas universidades do país começaram a debater e pesquisar a organização sanitária do Brasil, em especial a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidade de Campinas (Unicamp) e a Universidade Estadual de Londrina (UEL). Os pesquisadores buscaram estabelecer um diálogo aberto com a sociedade, através das comunidades dos bairros e sindicatos de trabalhadores. (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE– CONASEMS, 2007, <<http://iah.iec.pa.gov.br>>).

Dessa forma, através da iniciativa das universidades de medicina, é que se deu o início do Movimento Sanitário Brasileiro. Tal movimento inovou em relação ao modo de compreender o processo de doença, agora passando a ser analisado sob novas perspectivas, como o fator do ambiente social e até mesmo a luta de classes. (PIVETTA, 2013, p. 116).

O Movimento Sanitário Brasileiro foi o responsável por impulsionar uma mudança ainda maior: o Movimento pela Reforma Sanitária. Tal Reforma era composta por diversos movimentos populares, tendo seu ápice com a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986. (CONASEMS, 2007, <<http://iah.iec.pa.gov.br>>).

A Conferência foi consequência das discussões entre os Municípios e as Universidades, reunindo mais de cinco mil pessoas em Brasília. O lema da Conferência era “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Dessa reunião é que surgiram os princípios que posteriormente regulariam a atuação do Sistema Único de Saúde. (PIVETTA, 2013, p. 117).

O Movimento pela Reforma Sanitária, marcado pela preocupação com as condições sociais dos indivíduos, teve significativa participação na Assembleia Constituinte, na qual reivindicavam que a Constituição garantisse o direito à participação da comunidade no processo de formular, executar e fiscalizar as políticas sanitárias. (DELDUQUE et al., 2009, p. 110).

Foram recolhidas aproximadamente cinquenta e quatro mil assinaturas pelo país, garantindo assim a previsão do Sistema Único de Saúde (SUS) na Constituição Federal. Entretanto, não houve somente pontos positivos, vez que o sistema de saúde era para ser totalmente público, acabou também sendo aberto à iniciativa

privada. (LOPES, 2008, p. 174).

Nesse sentido, conforme Pivetta (2013, p. 118) a Constituição Federal de 1988 veio para modificar profundamente a realidade do direito à saúde no Brasil. A incorporação do artigo 196, o qual dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” foi o marco do novo sistema de saúde, distinguindo-se dos demais modelos conhecidos anteriormente.

Ainda partindo da análise do supramencionado artigo, pode-se identificar claramente o princípio da universalidade, o qual pressupõe que todos os indivíduos devem ter garantido o acesso ao sistema público de saúde. Logo, com o advento da Constituição Cidadã, não é mais necessário que se tenha carteira de trabalho assinada e nem contribuir com o órgão da previdência para gozar das políticas públicas de saúde. (PIVETTA, 2013, p. 118).

A positivação do Sistema Único de Saúde se deu através do artigo 198 da Carta Magna, tendo sua regulamentação ocorrido nos dois anos seguintes, com o advento da Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e a Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, a qual “dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências”). (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Conclui-se que o surgimento do Sistema Único de Saúde teve início com o movimento sanitário, sendo que esse foi fortemente influenciado pelas pesquisas dos departamentos de medicina preventiva, os quais contribuíram de forma significativa ao constatarem que o processo de doença perpassa pelo entendimento da relação do indivíduo com o ambiente social no qual está inserido.

Posteriormente, este Movimento impulsionou o Movimento pela Reforma Sanitária, o qual contou com a atuação de vários movimentos populares, tendo obtido êxito em suas reivindicações, dentre elas, a garantia e incorporação do Sistema Único de Saúde na Constituição Federal.

Portanto, a criação do Sistema Único de Saúde está associada diretamente com o engajamento das universidades de medicina do país e com a participação direta da sociedade, os quais conseguiram conquistar melhores condições sanitárias e de saúde pública como um todo.

### 2.3 A forma de organização do Sistema Único de Saúde no Brasil: um direito gestado a partir da participação social

Inicialmente, importa esclarecer que o Sistema Único de Saúde (SUS) se consolida através de princípios previstos no artigo 194 da Carta Magna, os quais possuem o condão de impor ao poder público objetivos para nortear as políticas públicas e assim reduzir a discricionariedade estatal, quais sejam: universalidade da cobertura e atendimento, múltiplas fontes de custeio, descentralização da administração, distributividade na prestação de serviços, entre outros. (FREITAS, 2016, p. 48).

Com o advento da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, a qual “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), essa trouxe em seu artigo 7º diversos princípios derivados daqueles já estabelecidos no texto constitucional. (FORTES; PAULSEN, 2005, p. 318).

O artigo 7º da Lei nº 8.080 de 1990, inspirado nos princípios constitucionais, traz em seus quatorze incisos os princípios que integram o Sistema Único de Saúde, dentre eles, destacam-se:

**I - universalidade** de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; **II - integralidade** de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos [...] III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; **IV - igualdade** da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; **VIII - participação da comunidade**; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo [...] XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral [...] (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

Verifica-se que o Sistema Único de Saúde é formulado através de um sistema eminentemente principiológico. Dentre tantos princípios elencados, merece especial relevância o princípio da universalidade, vez que, conforme Teixeira (2011, p. 2), esse é o princípio fundamental que direciona as normas de atuação do SUS, considerando o que dispõe expressamente o artigo 196 do texto constitucional: “A

saúde é direito de todos e dever do Estado”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Pode-se afirmar que o princípio da universalidade é caracterizado por se constituir como um princípio finalístico, o qual objetiva atingir um ideal. Além disso, para que o Sistema Único de Saúde seja efetivamente universal, se torna preciso:

[...] se desencadear um processo de universalização, isto é, um processo de cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a ser tornar acessíveis a toda população. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se interpõe entre a população e os serviços. (TEIXEIRA, 2011, p. 3).

Os princípios da integralidade de assistência, igualdade de assistência e da universalidade de acesso podem ser compreendidos como de caráter doutrinário ou ideológico. Já em relação os princípios da descentralização, regionalização e da hierarquização, pode-se afirmar que esses possuem natureza organizacional da estrutura do Sistema Único de Saúde. (FORTES; PAULSEN, 2005, p. 318).

Além dos princípios, o Sistema Único de Saúde estrutura-se por meio de diretrizes constitucionais, inseridas no artigo 198 da Carta Magna, sendo elas: regionalização, hierarquização, descentralização, atendimento integral e a participação da comunidade. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

As diretrizes constituem-se como um importante instrumento para a concretização do Sistema Único de Saúde na prática, com base nos padrões estabelecidos pelos princípios, ambos devendo ser concomitantemente respeitados, visto que a coexistência e obediência desses são fundamentais para a sobrevivência do sistema. (FREITAS, 2016, p. 48-49).

A fim de compreender de forma adequada a organização do atual sistema nacional de saúde pública do Brasil, corporificado pelo Sistema Único de Saúde, se faz necessário analisar as supramencionadas diretrizes constitucionais. Partindo da análise da descentralização, o Texto Constitucional estabelece que se tenha uma direção única em cada esfera do governo (municipal, estadual e federal).

De acordo com a Lei nº 8.080/90, no âmbito da União será exercida através do Ministério da Saúde, nos Estados e Distrito Federal pelas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente e nos Municípios permanece a mesma lógica dos Estados. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Importa referir que a Carta Magna estabelece em seu artigo 23, inciso II, que a saúde é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sendo assim, a tomada de decisões deve ser realizada conjuntamente entre os entes da federação, tendo em vista a relação de interdependência e o interesse comum. (PIVETTA, 2013, p. 126). Logo, de acordo com Clève (1989, p. 24-25), é comum que haja a realização de atividades de forma articulada, especialmente em relação ao financiamento das ações.

A Lei nº 8.080/1990 estabelece de que forma efetivamente ocorrerá essa descentralização nos entes federativos. Sendo assim, incumbe à direção nacional do Sistema Único de Saúde a coordenação e normatização do sistema. Ou seja, apenas em casos excepcionais que a União poderá exercer ações de vigilância epidemiológica e sanitárias, como na hipótese de haver risco de disseminação nacional, conforme dispõe o seu artigo 16, parágrafo único. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Já as direções estaduais do Sistema Único de Saúde possuem a atribuição de promover a descentralização dos serviços de saúde para os Municípios, devendo prestar o devido apoio técnico e financeiro a esses. Sendo assim, apenas supletivamente é que os Estados devem executar de forma direta os serviços, por expressa previsão do artigo 17, inciso III da mesma Lei. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No que diz respeito ao nível municipal, compete a esses planejar, organizar, controlar e executar os serviços públicos de saúde. Aliás, é nos municípios em que se inicia a estrutura e organização do sistema. A própria Lei nº 8.080/1990 refere explicitamente que o planejamento e o orçamento do Sistema Único de Saúde serão ascendentes, partindo da esfera local à federal. (PIVETTA, 2013, p. 130).

Compreende-se pela diretriz da regionalização, a necessidade de organizar o sistema por circunscrições regionais, levando em consideração não somente os critérios geográficos, mas também as peculiaridades de cada região e suas necessidades no âmbito da saúde. (COIMBRA, 2012, p. 27).

A diretriz hierarquização pode ser entendida como a prestação dos serviços a partir da sua complexidade, visando à otimização dos recursos. A hierarquia do SUS é estruturada em três graus: atendimento primário, secundário e terciário. Sendo este o modelo aconselhado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), por viabilizar uma maior eficiência dos recursos públicos. O atendimento primário,

chamado de rede de atenção básica, destina-se aos casos de baixa complexidade, caracterizados pelo baixo custo. (PIVETTA, 2013, p. 120).

Dessa forma, a seleção realizada no nível primário identifica as demandas de saúde que realmente necessitam ser encaminhadas aos atendimentos secundários e terciários, os quais são marcados por possuírem gastos mais elevados. (DALLARI, 2010, p. 84).

A diretriz do atendimento integral, prevista no artigo 198, inciso II da Carta Magna, destina-se a promoção da saúde como um todo, de forma a priorizar as atividades preventivas, entretanto, não excluindo os serviços assistenciais e curativos. A Lei 8.080/90 ainda prevê no artigo 7º, inciso II, que é princípio do SUS a “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Além de executar todos esses serviços previstos, o Sistema Único de Saúde ainda possui o dever de absorver as inovações de cunho tecnológicas e científicas no âmbito da saúde pública. (PIVETTA, 2013, p. 122).

Em relação à baliza da participação da comunidade, inserida mais especificamente no artigo 198, inciso III do Texto Constitucional, a qual estabelece a possibilidade de a população realizar o controle das políticas públicas de saúde. (FREITAS, 2016, p. 51).

É justamente essa diretriz que será abordada com mais profundidade no presente tópico, tendo em vista que essa constitui-se a base da organização do Sistema Único de Saúde, uma vez que este é gestado a partir da participação da sociedade.

A referida diretriz da participação social representa mais um dos dispositivos implementados na Constituição Federal de 1988 que se direcionam a uma mesma finalidade: a democratização do Estado Brasileiro. (PIVETTA, 2013, p. 131).

Importante acentuar que a Carta Magna promove, em diversos momentos do seu texto, um projeto democrático. A começar pelo preâmbulo, ao declarar que se instituíra um “Estado Democrático”. Em seguida, em seu parágrafo único do artigo 1º, refere que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

É cristalino que o Texto Constitucional acolhe a possibilidade do exercício da

democracia de forma direta pela comunidade. (CLÈVE, 2011, p. 171). Ou seja, ganha destaque a democracia participativa, considerada como “a possibilidade de os cidadãos participarem das decisões políticas do Estado, do debate público que define o destino do país”, conforme Pivetta (2013, p. 133).

Compreende-se que a baliza constitucional da participação da comunidade no âmbito do Sistema Único de Saúde, se reveste também como um instrumento de aproximação da máquina estatal da sociedade, reduzindo assim a distância existente entre os governantes dos governados. (DI PIETRO, 1993, p. 132).

O direito de participação tem caráter de direito fundamental, vez que decorre dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático que consolidam a República Federativa do Brasil. (SCHIER, 2002, p. 27). Tal conclusão é possível em razão do disposto no artigo 5º, §2º da Carta Magna, o qual autoriza a ampliação do rol de direitos fundamentais. (PIVETTA, 2013, p. 134).

Delineadas algumas considerações acerca do tratamento concedido à diretriz da participação da comunidade no âmbito do Sistema Único de Saúde pela Constituição Federal, se faz necessário compreender de que forma é efetivada essa participação social.

A regulamentação do artigo 198, inciso III do Texto Constitucional se dá através da Lei nº 8.142/1990, a qual dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. A referida Lei instituiu dois órgãos de participação popular, quais sejam: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. É através desses órgãos que se torna viável a inserção dos indivíduos nas decisões sobre as políticas sanitárias. (PIVETTA, 2013, p. 138).

A Conferência de Saúde é formada por representantes de vários segmentos sociais, com o objetivo de avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para formulação da política de saúde da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, realizando reuniões a cada quatro anos, conforme dispõe o artigo 1º, §1º da Lei nº 8.142/90. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Já o Conselho de Saúde, constitui-se como órgão permanente e deliberativo, composto por membros do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários. O Conselho atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nas questões econômicas e financeiras, tais decisões devem ser homologadas pelo chefe do poder de cada esfera governamental, consoante previsão do artigo 1º, §2º da

mesma Lei. (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A participação da população por meio das Conferências e dos Conselhos de Saúde é de significativa importância na gestão das políticas sanitárias, tanto na fase da formação, quanto da execução, controle e avaliação, de forma que fortalece os mecanismos de interlocução justamente com aqueles que serão afetados pelas políticas públicas, os cidadãos. Ou seja, é através da participação social que é possível a identificação das reais demandas da população. (VALLE, 2009, p. 86).

Outro aspecto positivo da participação da comunidade é a possibilidade de fiscalização da adequada utilização dos recursos orçamentários destinados às políticas públicas. Além disso, torna-se viável identificar os pontos falhos e melhorias a serem realizadas, de forma a colaborar com possíveis readequações das políticas, visando sua maior efetivação. (PIVETTA, 2013, p. 140).

Pode-se concluir que a organização do Sistema Único de Saúde se dá através de princípios e diretrizes constitucionais, as quais regulam sua forma de atuação, objetivando a cooperação entre os entes da federação, a fim de que se promova a otimização dos recursos públicos e, conseqüentemente, seja conferida uma maior efetividade ao sistema.

Outrossim, compreende-se que a baliza constitucional da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde é de extrema significância, tanto por revelar-se como um meio de exercício direto da democracia, quanto por ser instrumento de controle social sobre as políticas públicas de saúde.

Portanto, verifica-se que tal diretriz traz profundos impactos na forma de organização do Sistema Único de Saúde, justamente por possibilitar o acesso da comunidade desde a formulação, planejamento, organização, controle e avaliação das políticas de saúde. Por isso, foi necessária a criação da Lei nº 8.142/1990, para desenvolver mecanismos que possam garantir efetivamente a implementação da participação social na prática.

### **3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Como ponto de partida, em um primeiro momento do capítulo, será explanado de que forma o Poder Judiciário vem atuando no tocante à concretização do direito fundamental à saúde no Brasil. Para isso, inicialmente, se torna imperioso esclarecer noções acerca da judicialização da saúde, uma vez que é através desse fenômeno que ocorre a atuação judicial nas demandas de saúde.

Em seguida, será abordado um importante marco no âmbito da saúde: a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o direito à saúde como um direito público subjetivo. Outrossim, se buscará nesse tópico ainda, a elucidação das implicações práticas dessa decisão, de forma que será necessário proceder na análise de alguns julgados proferidos pela Suprema Corte após essa decisão.

Nesse seguimento, importante se faz apresentar a realidade da judicialização da saúde no Brasil, através da explanação de estatísticas, momento no qual será abordado tanto os números relativos à quantidade de processos, quais são os assuntos mais recorrentes dentre as ações de saúde e também no tocante às despesas orçamentárias oriundas da judicialização.

Por fim, serão tecidas considerações visando traçar e analisar quais são os limites existentes quando se refere à atuação do Poder Judiciário no âmbito da tutela individual do direito à saúde, tendo em vista que essas limitações refletem diretamente na decisão do caso concreto. Dessa forma, visto que resulta em importantes implicações práticas, se torna imperioso proceder na averiguação dos limites da atuação do Judiciário no âmbito da saúde.

#### **3.1 Ativismo ou judicialização: vale tudo em nome dos direitos fundamentais?**

Quando se discute a atuação do Poder Judiciário, especialmente no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, são constantemente trazidos ao debate as terminologias “ativismo judicial” e “judicialização”.

Sendo assim, se faz necessário então, que se proceda, brevemente, na busca de definições dos respectivos conceitos, a fim de que se possa compreender de que forma se dá a atuação do Poder Judiciário no âmbito da realização do direito à saúde no Brasil.

Pode-se entender a judicialização como o resultado de acontecimentos

históricos, típico do constitucionalismo democrático, baseado na centralidade da Constituição, em conjunto com a supremacia e seu caráter principiológico. Assim, percebe-se uma transformação na forma de atuação do Poder Judiciário. Portanto, a judicialização possui como principal característica o protagonismo do Judiciário. (LEAL, 2014, p. 128).

Sucintamente, a judicialização do direito à saúde origina-se em um processo que pode ser compreendido através da análise da seguinte consideração:

A judicialização da saúde decorre do déficit de democracia pela qual passa o Estado brasileiro, **transferindo-se o *locus* do debate dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) para a autoridade judiciária.** A recente ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro é a marca de um modelo de omissões estatais [...] (SCHULZE, 2014, p. 163, grifo nosso).

A judicialização da saúde é um fenômeno recente, tendo em vista que teve início em meados da década de 1990, a partir da organização de um grupo que buscava o tratamento em relação à patologia AIDS. Dessa forma, pode-se afirmar que essa doença é considerada a precursora das ações judiciais no âmbito da saúde. (PAMPLONA; REIS; 2013, <<https://jurisprudenciaemrevista>>).

No tocante ao fenômeno do ativismo judicial, esse pode ser identificado e compreendido através de suas múltiplas facetas, tendo em vista que o mesmo se fundamenta na tênue relação existente entre o direito e a política. (KOERNER, 2013, <<http://www.scielo.br/>>).

Importante mencionar a dificuldade encontrada no momento de se proceder na busca de uma definição da terminologia do ativismo judicial, devido ao fato de não haver uma unicidade de conceito. Inclusive, o que se verifica é justamente o contrário, tendo em vista que, por vezes tais conceitos de ativismo até mesmo se confrontam. (FREITAS, 2016, p. 87).

No entanto, se torna necessário a tentativa de delinear, no mínimo, um norte, uma direção que venha a esclarecer, de maneira que se forneça subsídios necessários para contribuir com uma melhor compreensão da nebulosa terminologia ora discutida. Dessa maneira, importa salientar o seguinte entendimento:

[...] ativismo judicial é um termo tão aberto quanto as normas de princípio garantidoras de direitos fundamentais contidas nos textos constitucionais; o conceito do que é considerado “ativo” é relativo e variável, pois demanda,

sempre, também ele, uma atividade interpretativa que não possui standards definidos, que variam no tempo e no espaço. (LEAL, 2014, p. 135).

Logo, o termo ativismo judicial possui um alcance mais amplo, especialmente se comparado ao conceito de judicialização. Nesse sentido, conforme Barroso (2008, <<https://www.conjur.com.br>>), o ativismo judicial é um comportamento proativo do magistrado, o qual atua de forma a ampliar a abrangência da norma constitucional, para ao final, adequá-la ao caso concreto.

Embora tais terminologias tenham significados distintos, não há como negar a íntima relação existente entre ambos. Tal situação pode ser retratada pelo seguinte entendimento: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. (BARROSO, 2008, <<https://www.conjur.com.br>>).

Já traçadas algumas considerações acerca de tais terminologias, cabe, nesse momento, mencionar que não há unanimidade doutrinária no que diz respeito às posições adotadas pelos juristas. Pelo contrário, há diversos posicionamentos em relação à temática abordada, ora favoráveis e ora em discordância.

Partindo da corrente contrária ao ativismo judicial, tem-se entendimentos de que tal fenômeno revela uma forma de atuação do Poder Judiciário a qual ultrapassa os limites definidos pelo ordenamento vigente. Dessa forma, ocorrendo uma deturpação da função típica do Judiciário, em detrimento dos outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 129).

Por outro lado, no tocante à defesa do ativismo, destaca-se Barroso (2008, <<https://www.conjur.com.br>>), o qual refere que o ativismo está ligado a uma atuação com maior ampliação e intensidade do Poder Judiciário, na realização dos preceitos e finalidades constitucionais, consequentemente resultando em uma maior interferência desse na atuação do Executivo e Legislativo.

Em relação aos posicionamentos que se manifestam favoráveis, pode-se afirmar que, sucintamente, aqueles que defendem o ativismo, compreendem que a natureza política do Poder Judiciário é inevitável ao jogo político, à proteção dos valores democráticos e à sua adequação no tocante à evolução histórica. (AZEVEDO, 1999, p. 46).

No que concerne à judicialização, verifica-se que há maior preponderância de posições favoráveis a mesma. Isso decorre do fato de que, a judicialização deve ser

entendida como consequência do modelo constitucional adotado com o advento da Constituição Cidadã de 1988. Dessa forma, consequentemente houve o aumento das ações judiciais, as quais passam também a reivindicar questões oriundas dos outros Poderes. (FREITAS, 2016, p.103-104).

Logo, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, houve uma verdadeira transformação em relação à forma de atuação do Estado como um todo, em razão de todos os valores constitucionais esculpidos e, principalmente, devido à previsão de instrumentos garantidores da realização dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a atuação judicial encontrou maior relevo, em razão do Texto Constitucional explicitamente referir os diversos deveres do Estado com a população, dessa forma permitindo que os cidadãos busquem a efetivação desses direitos quando não realizados, tanto os de cunho individuais quanto os sociais – sendo que o direito à saúde se encontra nesse segundo grupo, tema que posteriormente será enfrentado nesse trabalho.

Se os direitos sociais não pudessem ser pleiteados individualmente, estaria se concedendo uma plena discricionariedade à atuação do Legislador ou do Administrador, na medida em que o Judiciário restaria de mãos atadas, caso as políticas públicas fossem a única via para realização do direito social. (BITENCOURT, 2012, p. 121). Embora se tenha tal possibilidade, não muda o fato de que a forma adequada de concretização dos direitos sociais seja o campo das políticas públicas, uma vez que a realização individual desse direito é capaz de comprometer a sua tutela coletiva.

Ressalta-se que a busca da efetivação dos direitos sociais através da tutela individual não seria o meio mais adequado, visto que as políticas públicas e serviços públicos surgiram justamente com o intuito de realizar os direitos sociais de forma coletiva.

No entanto, ainda conforme o entendimento de Bitencourt (2012, p. 125-126), pregar um discurso contra a judicialização dos direitos sociais é o mesmo que deixar a sociedade à mercê da vontade pública dos governantes. E mais, significa ir contra a própria soberania popular e até mesmo contra o Estado Democrático de Direito, que pressupõe vinculação à Constituição e sua força normativa.

Em relação à judicialização, pode-se concluir que é o resultado de um processo histórico, a qual se fortaleceu com a Constituição Federal de 1988, momento em que se concedeu a maximização dos direitos fundamentais e o amplo dever do Estado

em concretizá-los, garantindo assim, a faculdade dos cidadãos pleitearem via Judiciário os direitos não realizados pelos outros Poderes. Sendo assim, há muitos posicionamentos no sentido de entender a judicialização como um importante meio garantidor dos deveres constitucionais.

Portanto, conclui-se que o ativismo judicial e a judicialização possuem entre si uma linha de atuação muito tênue, o que gera diversos posicionamentos. No Brasil, a atuação judicial no âmbito do direito à saúde é comumente chamada de judicialização, cujo fenômeno pode ser entendido como a faculdade dos indivíduos pleitearem a efetivação do seu direito fundamental através de ações judiciais, em razão do amplo dever do Estado em concretizá-lo, em conformidade com os dispositivos constitucionais e todos os seus valores insculpidos.

### **3.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a saúde como um direito público subjetivo: implicações práticas**

Como já explanado anteriormente, com a implementação da Constituição Federal de 1988, houve um aumento significativo do ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário, pleiteando a concretização do direito fundamental à saúde, através da tutela individual.

Considerando a amplitude e complexidade das questões que envolvem o direito à saúde, não raras vezes a tramitação processual alcança a esfera do Supremo Tribunal Federal (STF). Diante desse quadro, o presidente do STF na época, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou a audiência pública nº 4, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e em 4, 6 e 7 de maio do ano de 2009. (PIVETTA, 2013, p. 222).

Na audiência foram ouvidas mais de cinquenta pessoas, de diversos contextos sociais, dentre elas: médicos, advogados, defensores públicos, promotores de justiça, magistrados, usuários do Sistema Único de Saúde e professores. O objetivo da audiência era obter esclarecimentos acerca das problemáticas trazidas no âmbito da saúde, de forma que auxiliassem as decisões dos ministros em seus julgamentos. (FEDERAL- STF, 2009, <<http://www.stf.jus.br>>).

O ministro Gilmar Mendes esclareceu o posicionamento delineado pelo Supremo Tribunal Federal, levando em consideração as informações obtidas na audiência pública, a partir de então, passaria a adotar critérios melhores definidos

visando direcionar e orientar as futuras posturas do Judiciário quando houver julgamento das demandas de saúde. (PIVETTA, 2013, p. 223).

Torna-se importante destacar alguns dos entendimentos que foram firmados na referida audiência, especialmente pelo fato de que esses serão considerados na apreciação dos julgamentos posteriores, no que tange às demandas de saúde. Logo, verifica-se que tais posicionamentos adotados na audiência pública, resultarão em implicações práticas, visto que terão aplicabilidade em casos concretos.

Ressalta-se alguns desses importantes posicionamentos delineados na audiência pública, quais sejam: constatou-se que o problema talvez não seja a interferência do Judiciário, pois o que acontece na maioria dos casos é somente a determinação judicial para cumprir as políticas públicas que já existem e a responsabilidade dos entes federativos é efetivamente solidária. (STF, 2009, <<http://www.stf.jus.br/>>).

Pode-se então proceder na análise das efetivas implicações práticas dos entendimentos firmados na audiência pública. Para proceder em tal análise, impende destacar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais trouxeram em seus julgados algumas das conclusões obtidas naquela audiência.

Em 17 de março de 2010, o STF negou provimento à nove recursos formulados pelos entes da federação contra decisões nas quais o Judiciário determinou ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de medicações de alto custo e tratamentos não concedidos pelo Sistema aos pacientes portadores de doenças graves que buscaram a via judicial, assim mantendo as decisões que favorecem às partes requerentes do direito à saúde. (VALLE; CAMARGO, 2011, p. 10).

Dentre esses julgamentos, destaca-se a decisão proferida no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Trata-se de Agravo interposto pela União contra decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, a qual havia indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br/>>).

A parte agravante buscava a suspensão da decisão que lhe impôs o fornecimento do medicamento Zavesca à parte autora, cujo tratamento custava em torno de R\$ 52.000,00 por mês, à uma jovem de 21 anos que possuía uma doença neurodegenerativa rara, denominada “Niemann-Pick Tipo C”. Tal patologia causa diversos distúrbios neuropsiquiátricos, dentre eles: movimentos involuntários, restrições de avanço escolar e paralisias progressivas. (BRASIL, 2010,

<<http://www.stf.jus.br>>).

No agravo, a União sustentava, em síntese, os seguintes argumentos: violação do princípio da separação de poderes, ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências, grave lesão às finanças públicas por se tratar de medicamento de alto custo, além de defender que essa é uma intervenção indevida do Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Diante do exposto, já realizadas breves considerações sobre o caso em comento, embora essenciais para que se possa entender o deslinde do presente julgamento, pode-se então, proceder na análise do voto proferido pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal.

Para fundamentar seu voto, o presidente Gilmar Mendes procedeu na investigação detalhada do artigo 196 da Constituição Federal. Dessa forma, levou em consideração os debates realizados na audiência pública e desmembrou o artigo em seis aspectos, quais sejam: saúde como direito de todos; dever do Estado; direito garantido através de políticas sociais e econômicas; objetivo na redução do risco de doenças; princípio do acesso igualitário e universal e ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde. (PIVETTA, 2013, p. 223-224).

O voto do referido ministro rechaçou as argumentações trazidas pela União, no sentido de que trouxe as seguintes conclusões, baseadas nos entendimentos firmados na audiência: a responsabilidade dos entes federativos é efetivamente solidária; o alto custo de medicamento registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por si só não é suficiente para impedir sua concessão pelo Poder Público; não procede a alegação que tal decisão ensejará efeito multiplicador, visto que cada decisão deve ser analisada nas peculiaridades do caso concreto. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Portanto, verifica-se que o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes foi no sentido de negar provimento ao Agravo Regimental, rejeitando as alegações formuladas pela União e, dessa forma, mantendo a decisão favorável à parte autora, detentora do direito à saúde.

Diante das considerações tecidas pelo ministro, o mesmo conclui que não existe um direito subjetivo absoluto em qualquer que seja a prestação jurisdicional. No entanto, refere a existência de um direito público subjetivo a políticas públicas que visem promover, proteger e recuperar a saúde. (PIVETTA, 2013, p. 224).

Acentua-se ainda, o entendimento formulado pelo ministro Gilmar Mendes na ocasião do encerramento dessa decisão: “[...] em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa”. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Ou seja, o ministro além de refutar os argumentos da União, o mesmo ainda conclui que, caso fosse suspensa a decisão, quem viria a sofrer os danos seria a parte autora, sendo lesada pelo não fornecimento do medicamento pleiteado.

Destaca-se ainda, a decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, também julgada no dia 17 de março de 2010, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de Agravo interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão do então Presidente do STF, ministro Nelson Jobim, o qual havia negado o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida na 8ª Vara Federal de Petrolina/PE na Ação Civil Pública nº 2004.83.08.000505-0, cuja suspensão foi negada no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Nessa Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra a União, Estado de Pernambuco e o Município de Petrolina/PE, foi deferida a liminar determinando que o Município adotasse algumas providências administrativas para melhorias no Hospital Municipal Dom Malan, tendo em vista o estado precário que se encontrava, com ausência de médicos de plantão, falta de medicamentos e materiais para realizar cirurgias, quantidade insuficiente de leitos, entre outros problemas. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Já em relação à União e o Estado de Pernambuco, a liminar limitou-se a determinar que ambos adotassem todos os meios necessários para que auxiliassem o Município de Petrolina no cumprimento das medidas a ele impostas. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

No agravo, em síntese, o Estado de Pernambuco alegava: a ocorrência de grave lesão à ordem administrativa, à economia e à saúde pública; invasão de competência administrativa, impondo deveres ao Estado que são do Município, causando, dessa forma, desordem nessa esfera. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Da análise dos votos dos ministros, verifica-se que os argumentos suscitados pelo Estado de Pernambuco foram repelidos. Segmentou-se o entendimento de que não se trata de invasão de competência, vez que a liminar determina apenas uma

atuação subsidiária da União e do Estado, a fim de que providenciem os meios necessários para auxiliarem o Município a cumprir a decisão, no âmbito e limites de suas competências, além de estarem cumprindo com sua missão constitucional. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

No tocante às alegações de grave lesão à ordem administrativa, à economia e à saúde pública, essas foram afastadas em razão de que o Estado de Pernambuco não procedeu na comprovação de dados concretos que realmente justificassem o perigo de grave lesão. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, negou provimento ao presente Agravo. Dentre os votos proferidos, destaca-se o voto do então Presidente da Corte, Gilmar Mendes, o qual foi o único ministro que mencionou em sua decisão as considerações formuladas na audiência pública sobre saúde. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Pode-se concluir que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal levaram em consideração os debates realizados na audiência pública, sendo que o relator, ministro Gilmar Mendes, delineou critérios de julgamento (com base na audiência), os quais possuem o condão de subsidiar as decisões futuras acerca das demandas judiciais de saúde. (VALLE; CAMARGO, 2011, p. 13).

Além de trazer inovações nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a audiência pública de 2009 gerou outras implicações, como por exemplo, a edição da Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, formulada pelo Conselho Nacional de Justiça. (VALLE; CAMARGO, 2011, p. 13).

A Recomendação foi elaborada com a finalidade expressa de: “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. (JUSTIÇA - CNJ, 2010, <<http://www.cnj.jus.br>>).

A mesma ainda orienta que os magistrados evitem autorizar a concessão de medicamentos ainda não registrados na ANVISA ou em fase de experimento, com a ressalva das exceções expressas em lei. Também recomenda que a Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados incorpore o direito sanitário nos cursos de formação e que realize seminários de estudos no âmbito da saúde, além de outras recomendações. (CNJ, 2010, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Outra implicação foi a edição da Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010 do

CNJ, sendo que a mesma foi elaborada “considerando o elevado número e a ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos”; “considerando os resultados coletados na audiência pública nº 04 realizada pelo Supremo Tribunal Federal”. (CNJ, 2010, <<http://www.cnj.jus.br>>). Tal Resolução criou o Fórum Nacional do Judiciário para:

[...] monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e **propor medidas concretas** e normativas **para o aperfeiçoamento de procedimentos**, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à **prevenção de novos conflitos**. (CNJ, 2010, <http://www.cnj.jus.br>, grifo nosso)

Ou seja, a referida Resolução constitui-se em um importante instrumento para a realização do controle das demandas judiciais de saúde, visando sugerir medidas para a melhor otimização dos processos judiciais, além de propor medidas destinadas à prevenção de novos litígios no âmbito do Poder Judiciário.

Importa destacar algumas ações realizadas para a diminuição da judicialização da saúde no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Ressalta-se a atuação do Comitê Executivo do Rio Grande do Sul do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do Conselho Nacional de Justiça, o qual promoveu um workshop para discutir a judicialização da saúde com os gestores públicos, realizado em 09 de março de 2017. (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO - PGE, 2017, <<http://www.pge.rs.gov.br>>).

No evento, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul apresentou o “Projeto Resolve + Saúde”, o qual “busca racionalizar a atuação judicial e extrajudicial nos conflitos em saúde, mapeando as principais demandas e os medicamentos mais solicitados”. (PGE, 2017, <<http://www.pge.rs.gov.br>>).

O coordenador da assessoria jurídica da Secretaria Estadual da Saúde (SES) ressaltou as altas despesas dos processos judiciais em comparação com os gastos administrativos. Destacou que para a redução desse impacto, em 2016 a SES foi reorganizada administrativamente, com a exclusão dos indivíduos que não mais utilizavam os medicamentos concedidos na via judicial e com a introdução de novas medicações do rol disponível no SUS. (SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE – SES, 2017, <<http://www.saude.rs.gov.br>>).

O referido coordenador ressaltou que a Secretaria reduziu 10% do número dos

indivíduos em atendimento judicialmente, o que resultou na disponibilidade de mais recursos para a compra de medicamentos na via administrativa, que aumentou de R\$ 74 milhões para R\$ 82 milhões no ano. (SES, 2017, <<http://www.saude.rs.gov.br>>).

Contudo, há, ainda, alguns aspectos a serem melhor delineados pela jurisprudência. Entretanto, pode-se afirmar que é possível verificar certo consenso quanto algumas questões, quais sejam: existe um direito público subjetivo plenamente exigível quando se trata de medicamento ou procedimento já existente nos protocolos oficiais; o afastamento de exigência ao sistema público de fornecimento de procedimentos e medicamentos experimentais e a importância das providências preventivas de saúde assim como a necessidade de diálogo entre os órgãos públicos. (VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18).

Dentre as conclusões obtidas na audiência, ressalta-se o reconhecimento da existência do direito público subjetivo à saúde, a responsabilidade dos entes da federação é essencialmente solidária e a atuação judicial nesse âmbito não invade a esfera dos demais Poderes. (STF, 2009, <<http://www.stf.jus.br/>>).

A partir da audiência pública decorreram implicações práticas, podendo concluir que a mesma gerou reflexos nas decisões proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, de forma que esses utilizem tais considerações para orientar e justificar seus votos. Além de resultar na atuação do Conselho Nacional de Justiça, com a edição de recomendações e resoluções, que visam orientar a atuação do Judiciário nas demandas de saúde.

Logo, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a saúde como um direito público subjetivo é uma questão já resolvida perante o Supremo. Contudo, há outros casos polêmicos e que já foram reconhecidas a repercussão geral, que ainda aguardam a decisão do STF, como por exemplo, o caso dos medicamentos não previstos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e os tratamentos experimentais e de alto custo.

O Recurso Extraordinário nº 566471, no qual será decidido o dever ou não do Estado em fornecer os medicamentos de alto custo, encontra-se em trâmite há 11 anos, sendo que foi reconhecida a repercussão geral em 03 de dezembro de 2007. (BRASIL, 2007, <[http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br/)>).

Já o Recurso Extraordinário nº 657718, o qual versa sobre o dever (ou não) de o Estado fornecer os medicamentos não registrados na ANVISA, tramita há 7 anos,

tendo reconhecida a repercussão geral reconhecida em 18 de novembro de 2011. (BRASIL, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>).

Portanto, pode-se concluir que ainda há importantes questões referentes às demandas judiciais de saúde que ainda não foram solucionadas, as quais aguardam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e, enquanto isso, geram diversas discussões no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.3 Os números da judicialização da saúde no Brasil**

A judicialização do direito à saúde no Brasil possui tamanha importância tanto no âmbito teórico quanto nas implicações práticas, sendo que sua relevância ultrapassada a esfera de atuação dos operadores do direito, atingindo também os gestores públicos, profissionais da área de saúde e a sociedade como um todo.

Já realizadas algumas considerações no tópico imediatamente anterior acerca do fenômeno da judicialização da saúde, se torna imprescindível proceder na explanação das estatísticas numéricas do mesmo, a fim de que se possa verificar, em termos práticos, de que forma a judicialização afeta a realidade da comunidade e de qual maneira reflete na atuação do Poder Judiciário.

Como ponto de partida, cumpre ressaltar que há muitas instituições públicas as quais realizam pesquisas e estudos com o objetivo de proceder na colheita e averiguação das estatísticas no que diz respeito à judicialização da saúde no Brasil.

Dentre essas instituições, destaca-se o Tribunal de Contas da União (TCU), o qual trouxe significativas contribuições com a realização da auditoria ocorrida no dia 16 de agosto de 2017, sendo constatadas questões referentes à identificação, volume e impacto das demandas judiciais de saúde. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

Além disso, o Tribunal de Contas da União também procedeu na análise da atuação do Ministério da Saúde e dos demais órgãos dos três poderes visando à redução dos resultados negativos causados pela judicialização da saúde em relação à verba orçamentária. (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

O TCU ainda constatou que, no âmbito da União, entre o período de 2008 a 2015, as despesas com o cumprimento das determinações judiciais para aquisição de medicamentos aumentaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, o que representa um crescimento de 1.300%. (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

Verificou-se que a maioria dos gastos com medicamentos advindos da judicialização, no âmbito do Ministério da Saúde, refere-se a medicações não incorporadas no Sistema Único de Saúde. Em 5 anos, de 2010 a 2015, o Ministério da Saúde gastou mais de R\$ 2,7 bilhões com aquisições determinadas no Judiciário. Ressalta-se que 54% desse valor, ou seja, R\$ 1,9 bilhão, foi despendido para comprar apenas três medicamentos. (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

Concluiu-se que a grande maioria das demandas de saúde são ajuizadas no âmbito da justiça estadual, sendo que o maior número de ações se encontram nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e a maior parte dos processos versam sobre mecanismos curativos e não em meios preventivos de saúde. (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

A judicialização da saúde também gera reflexos nas contas dos entes federativos, haja vista que muitas vezes é realizado o “BacenJud” (bloqueio judicial das contas), quando não cumprida a ordem judicial de forma voluntária. A tabela abaixo demonstra os valores bloqueados em alguns estados do país, conforme aponta o relatório da auditoria do TCU, ocorrido em agosto de 2017. (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

**Tabela 1- Bloqueios judiciais de valores nas contas dos estados:**

| Estado | 2013              | 2014              |
|--------|-------------------|-------------------|
| MT     | R\$ 51.032.534,85 | R\$ 90.886.403,59 |
| SP     | R\$ 13.828,21     | R\$ 2.305.180,78  |
| SC     | R\$ 1.765.278,37  | R\$ 829.783,36    |
| DF     | R\$ 216.958,58    | R\$ 648.463,08    |
| RJ     | R\$ 708.181,93    | R\$ 469.454,87    |

Fonte: (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

No tocante aos bloqueios judiciais no âmbito da União, conforme relatado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a qual é responsável pela movimentação dos recursos financeiros à nível federal, não foi verificada nenhuma ocorrência de

bloqueios judiciais em conta única da União para o cumprimento de decisões judiciais relativas à saúde. (TCU, 2017, <<https://portal.tcu.gov.br>>).

Pode-se concluir que os bloqueios judiciais realizados a fim de efetivar o cumprimento das decisões proferidas judicialmente ocorrem com muita mais frequência no âmbito dos Estados, acarretando reflexos negativos, de forma que onera o planejamento e orçamento público desses.

Por expressa previsão da Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 103-B, compete ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizar o “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário” bem como “elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br/>>).

Visando dar cumprimento ao disposto no Texto Constitucional, o Conselho Nacional de Justiça formulou a Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009, a qual dispõe sobre o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ), fixa prazos, determina penalidades e estabelece outras providências. (CNJ, 2009, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Verifica-se assim, outro importante instrumento de colheita de dados acerca da judicialização do direito à saúde no Brasil, qual seja, a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual anualmente desenvolve o relatório “Justiça em Números”. O relatório divulga estatísticas oficiais do Poder Judiciário em relação aos seus gastos, volume de processos, gestão judiciária e produtividade dos tribunais. (SANTOS, 2017, <<https://blog.ipog.edu.br>>).

Os dados do relatório de 2016 -o qual tem como ano base 2015- indicaram a totalidade de 792.851 ações judiciais relacionadas à saúde. Já o relatório de 2017 (ano base 2016), concluiu que haviam 1.183.812 processos desse gênero. Portanto, comparando o relatório de 2016 com o de 2017, pode-se concluir que houve um aumento significativo das demandas judiciais na esfera da saúde, o que corresponde a um crescimento de 49% de processos no curto lapso temporal de um ano. (SANTOS, 2017, <<https://blog.ipog.edu.br>>).

Dentre o aumento de 49% do total de processos, dos diversos assuntos pleiteados no âmbito da saúde, absolutamente todos eles tiveram aumento, entre eles estão: os relacionados aos planos de saúde, saúde mental, tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos, entre outros. Dentre esses assuntos, os processos que mais aumentaram foram os que reivindicam o fornecimento de

medicamentos, com crescimento de 42% e os relativos à tratamento médico-hospitalar com aumento de 62%. (SANTOS, 2017, <<https://blog.ipog.edu.br>>).

Pode-se concluir que as estatísticas demonstram que os números da judicialização da saúde no Brasil estão crescendo num ritmo acelerado e incessante, tanto no que tange aos números de ajuizamento das ações judiciais, quanto aos bloqueios de contas realizados no âmbito dos estados, e, principalmente, o aumento das despesas em relação à aquisição de medicamentos a fim de dar cumprimento às decisões judiciais.

### **3.4 Limites da atuação do Judiciário na tutela individual do direito à saúde no Brasil**

Como já explanado anteriormente, após a implementação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário vem ganhando significativo destaque, especialmente no tocante ao papel de garantidor da concretização dos direitos fundamentais, devido ao elevado número de ações judiciais que pleiteiam a satisfação de tais direitos.

Em razão do atual protagonismo do Judiciário, tratando-se em especial no que tange as demandas de saúde, a sua forma de atuação vem sendo muito discutida, tanto pelos doutrinadores, quanto no meio acadêmico e, principalmente, sendo contestado pelos próprios entes da federação, nos processos judiciais os quais estão inseridos na condição de réus.

Como ponto de partida, antes de adentrar na análise das especificidades encontradas no tocante aos limites da atuação do judicial na tutela individual do direito à saúde, se faz necessário, primeiramente, ressaltar brevemente a legitimação dessa atuação.

Destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual demonstra o posicionamento já segmentado. Nesse sentido, para retratar tal posição, colaciona-se um trecho da decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão da Liminar nº 47, julgada em 17 de março de 2010, no entendimento do ministro Celso de Mello:

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a **necessidade de fazer prevalecer a**

**primazia da Constituição da República**, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente **omissão** dos poderes públicos. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso).

Diante da decisão supramencionada, pode-se afirmar que a atuação do Judiciário no âmbito das ações de saúde legitima-se como instrumento essencial para a garantia das disposições contidas na Constituição Federal quando verificada a omissão do Poder Executivo e do Legislativo na concretização de tais mandamentos constitucionais.

À vista disso, quando se trata da abordagem desses limites, deve-se observar que os mesmos se esbarram na aplicação de diversos princípios, visto que se extrapolado tais limites, a atuação judicial deixa de ser legítima.

Os princípios possuem significativa importância no momento de averiguar quais as limitações existentes na atuação do Judiciário. Dessa forma, importa acentuar que: “A aplicação dos princípios, portanto, não segue a lógica do “tudo ou nada”, ocorrendo através de ponderação, em que devem ser expressos os motivos que justificam a precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto”. (PIVETTA, 2013, p. 49).

A aplicação dos princípios deve ser realizada através da ponderação dos mesmos. Importa esclarecer que as noções de ponderação são frequentemente utilizadas quando se tem a necessidade de resolver quem possui o direito nas hipóteses em que ocorrem colisões entre bens juridicamente tutelados, situação essa que vem sendo cada vez mais recorrente no âmbito do direito. (CANOTILHO, 1999, p. 1236-1237).

A fim de proceder na análise pormenorizada dos limites da atuação do Poder Judiciário na tutela individual do direito à saúde no Brasil, a qual corporifica-se nas ações judiciais de saúde pela via individual, se torna necessário identificar quais são os aspectos mais recorrentes dentre a problemática ora abordada.

Dentre os pontos mais questionados em relação aos limites da atuação do Judiciário estão: o princípio da proporcionalidade, a afronta ao princípio da separação de poderes, princípio da reserva do possível em relação à teoria do mínimo existencial, a reserva de consistência e, principalmente, a alegação de que a realização da tutela individual do direito à saúde causa prejuízos à concretização do direito social à saúde, inviabilizando a programação da gestão pública.

A proporcionalidade pode ser compreendida como princípio da vedação do

excesso, o qual busca evitar abusos na prestação do direito à saúde, como por exemplo, para afastar uma ação judicial em que se esteja pleiteando um tratamento a ser realizado no exterior, sendo que esse já é disponibilizado e realizado no Brasil. Logo, as decisões judiciais que concretizem direitos fundamentais devem limitar-se a atender aos parâmetros da adequação e proporcionalidade, repelindo os excessos. (PAMPLONA; REIS, 2013, <<https://jurisprudenciaemrevista.com.br/>>).

Salienta-se que o princípio da proporcionalidade pode ser desdobrado em três elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação (ou conformidade) seria como um “controle da viabilidade”, ou seja, da “idoneidade técnica”. Já a necessidade (ou exigibilidade), diz respeito à opção “pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição”, o qual envolve também a análise da adequação de meios e a análise do meio que seja menos restritivo. A proporcionalidade em sentido estrito pode ser entendida como a “razoabilidade ou justa medida”, pois até mesmo uma decisão adequada e necessária pode se configurar desproporcional. (SARLET, 2012, p. 339).

Verifica-se a existência de outro limite em relação à atuação do Judiciário, o denominado “princípio da reserva do possível”. O termo reserva do possível pode ser entendido, inicialmente, como a limitação dos recursos existentes em face das necessidades -na maioria das vezes- infinitas. Logo, há uma restrição da viabilidade material para a concretização desses direitos. (BARCELLOS, 2002, p. 236).

A reserva do possível pode ser entendida como uma limitação orçamentária, cujo limite não objetiva proteger o interesse econômico do Estado em si, mas sim, justamente proteger a garantia da prestação coletiva do direito à saúde. Sendo assim, importa destacar a seguinte consideração:

Dado que o fornecimento de bens e serviços de saúde, assim como de todos os demais direitos constitucionais, depende de recursos limitados, **não há aqui um conflito real entre a vida e os interesses financeiros do Estado. Ao invés disso, existe um problema de difícil alocação de recursos limitados entre inúmeras necessidades individuais entre diversas vidas igualmente valiosas.** O interesse financeiro secundário do Estado é, de fato, o interesse de toda a população (...). Ao ignorar esta dimensão distributiva e policêntrica de suas decisões, o Judiciário está na verdade simplesmente desviando recursos de programas de saúde escolhidos pelos órgãos políticos e técnicos do Estado para a **satisfação das necessidades de alguns indivíduos que conseguem chegar ao Judiciário (necessariamente uma minoria,** dado que o acesso às Cortes é também um recurso limitado). (FERRAZ, 2013, p. 124, grifo nosso).

Ou seja, pode-se afirmar que a limitação existente nos recursos orçamentários deve ser observada pelo Judiciário, visto que se tal situação for simplesmente ignorada pelos magistrados, a concretização da tutela individual de saúde poderá gerar reflexos negativos na prestação da saúde coletiva, ou seja, de toda a comunidade usuária do Sistema Único de Saúde.

De forma sucinta, conforme refere Barroso (2007, p. 04), o que se discute não é o direito à saúde de um lado e de outro a limitação orçamentária do Poder Público; o que está em jogo é o direito à saúde de alguns versus o direito à saúde de outros.

A desconsideração desses limites importa em uma extrapolação da atuação judicial, visto que o Legislativo já realizou a ponderação quando formula a lista de medicamentos disponibilizados no Sistema Único de Saúde. Ou seja, conforme Barroso (2007), o Judiciário não pode desconsiderar a ponderação realizada pelo Legislador, salvo se comprovar que tal ponderação legislativa é incompatível com o Texto Constitucional.

Essa atuação dos magistrados estaria desorganizando as políticas públicas, comprometendo o orçamento da saúde como um todo, além de representar também, uma forma de intervenção do Judiciário nas funções que são de atribuição do Executivo. (BARROSO, 2007, <<https://www.conjur.com.br>>).

Contudo, mesmo que se tenha conhecimento de que os recursos são caracterizados como finitos e as necessidades como infinitas, a mera alegação da reserva do possível não basta para afastar a responsabilidade do Estado. Ressalta-se o voto proferido pelo ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, o qual ocorreu em 17 de março de 2010:

Cumpre advertir, desse modo, que a **cláusula da “reserva do possível”-ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível- não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais**, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso).

Dessa forma, não poderá prosperar as alegações do Poder Público baseadas somente no princípio da reserva do possível (exceto se houver justo motivo devidamente comprovado), em razão de que o Estado possui deveres constitucionais que devem ser devidamente cumpridos.

Imperioso ressaltar a dificuldade da aplicação correta, na prática, da teoria da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a reserva do possível precisa ser construída de acordo com a realidade do direito brasileiro, principalmente em relação à existência dos distintos conceitos de direitos sociais e políticas públicas, visto que um caracteriza-se como um meio e o outro como um fim à concretização dos direitos fundamentais. (BITENCOURT, 2014, <<http://www.revistaaec.com>>).

Verifica-se que a reserva do possível é utilizada muitas vezes de forma arbitrária, sendo que em alguns casos é invocada para restringir direitos e em outros, utilizada como argumento para conceder tais direitos. Logo, pode-se concluir que há a necessidade de desenvolver uma “teoria para os limites externos aos direitos fundamentais e as políticas públicas que tenha como norte o texto e o contexto constitucional brasileiro”. (BITENCOURT, 2014, <<http://www.revistaaec.com>>).

Além disso, importa frisar o contraponto existente em relação à reserva do possível, qual seja: a teoria do mínimo existencial. Nesse sentido, o mínimo existencial pressupõe um conjunto de condições mínimas para que seja garantida uma vida com dignidade. (TORRES, 1990).

Pode-se afirmar ainda, que a não realização do mínimo existencial é considerada uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Constituição Federal, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, à concretização dessa prestação, dentro dos parâmetros estabelecidos na teoria dos deveres de proteção, de forma que imponha ao Estado o cumprimento de suas obrigações constitucionais. (PAMPLONA; REIS, 2013, <<https://jurisprudenciaemrevista>>).

Conforme se extrai da reserva do possível, existe uma limitação material no que tange aos recursos econômicos, vez que esses são findáveis em contrapartida das necessidades infindáveis. Contudo, quando há uma demanda judicial pleiteando prestação à saúde, o Estado não pode simplesmente arguir de forma abstrata e genérica (sem nenhuma comprovação efetiva) a mera escassez de recursos para se eximir de sua responsabilidade constitucional, inclusive em razão do dever de garantir o mínimo existencial à dignidade humana.

O Poder Judiciário encontra limitações na sua atuação quando há colisão entre o princípio da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial, sendo que o

mesmo deverá zelar pela realização da garantia de um mínimo de dignidade ao indivíduo ao invés de proteger interesses secundários, como os cofres públicos.

Outra limitação existente quando se trata da atuação judicial na tutela individual do direito à saúde, é a denominada “reserva de consistência”. A reserva de consistência estabelece que o processo de interpretar é infinito e a consequência dessa interpretação gera, no caso concreto, a aplicação de justificativas diversas ou ainda sujeitas a mudanças através de opções racionais. (HÄBERLE, 1997, p. 42).

Nesse seguimento, importante destacar a consideração tecida por Sarmiento (2006, p. 200):

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Pode-se afirmar que a reserva de consistência limita à atuação judicial, especialmente no tocante às demandas que visem à concretização de direitos fundamentais, de forma que as decisões devem ser julgadas através de parâmetros objetivos, afastando a invocação de princípios com conceitos extremamente abertos, para que assim se evite que as decisões judiciais se tornem opiniões pessoais acerca do que os magistrados consideram como justiça.

A partir da reserva de consistência, todos os magistrados devem julgar de forma consistente, expondo todas as razões dessa decisão, de forma a dar transparência no processo decisório. Em razão da reserva de consistência, o Judiciário ao decidir demandas que envolvam colisões de direitos fundamentais, tem o dever de expor argumentos consistentes, os quais demonstrem que essa é a solução adequada para o caso concreto, de acordo com a ótica da Carta Magna. (PEREIRA JUNIOR, 2014, <<http://www.conteudojuridico.com.br>>).

Conclui-se que a reserva de consistência é uma limitação imposta à atuação judicial nas demandas de saúde, vez que a mesma estabelece que os magistrados ao decidirem as ações que visem à concretização de direitos fundamentais, devem se limitar a julgar de acordo com critérios objetivos, com fundamento em argumentos

consistentes, evitando trazer princípios abstratos para assim evitar que os juízes os utilizem para dar respaldo em um julgamento baseado em suas ideologias pessoais.

Além disso, aponta-se outra limitação no tocante à necessidade de existir um regramento que estabeleça parâmetros técnicos e científicos para que seja possível verificar a eficácia real dos medicamentos ora pleiteados judicialmente. Isso porque, a indústria farmacêutica busca vender as medicações mais caras, mesmo existindo outro de valor mais acessível e de mesma eficácia. (SANTOS, 2006).

Para que seja suprida essa falta, por parte dos juízes, de conhecimento técnico e científico, os quais são necessários para julgar as demandas de saúde complexas, uma alternativa adequada seria a possibilidade de consulta aos órgãos especialistas, havendo assim uma maior atuação de terceiros nas ações judiciais, como por exemplo, através do instituto do *amicus curiae*. (SARMENTO, 2010).

Logo, no modelo vigente da atuação judicial nas demandas de saúde, os magistrados, atualmente, ao julgarem tais demandas, se encontram limitados a atuarem de acordo com os conhecimentos de sua área, ao invés de atuarem conjuntamente com órgãos e profissionais especialistas na área da saúde, que poderiam oferecer importantes subsídios técnicos para uma correta decisão judicial nas peculiaridades de cada caso concreto.

Outro questionamento enfrentado em relação aos limites, é a alegação de que o Poder Judiciário ao julgar as demandas de saúde estaria afrontando o princípio da separação de poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, de forma que estaria ultrapassando seus limites de atuação, visto que é função do Poder Executivo promover as políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, em relação às alegações de que o Judiciário está ferindo o princípio da separação de poderes quando julga as demandas de saúde, destaca-se o entendimento proferido no voto do ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, ocorrido no dia 17 de março de 2010:

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões institucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, **nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental** da República. (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso).

Da análise do voto supracitado, pode-se concluir que, quando o Judiciário julga as ações de saúde, o mesmo está cumprindo com os deveres constitucionais, uma vez que esses não foram cumpridos pela ineficácia dos demais Poderes. O cidadão, titular do direito fundamental, não pode ser prejudicado pela omissão do Poder Público, cabendo ao Judiciário, quando provocado, concretizar o direito à saúde, respeitando as regulamentações do Sistema Único de Saúde, tema esse que será posteriormente enfrentado com mais profundidade no item 4.2, vez que a separação de poderes também se constitui como uma das consequências da atuação judicial.

Conclui-se que a atuação judicial no tocante à concretização da tutela individual do direito à saúde, deve ser pautada através da observância de diversos limites, os quais possuem o condão de direcionar o magistrado a proferir a correta e adequada tutela a cada caso concreto, visando garantir ao indivíduo a devida prestação do direito fundamental à saúde, sem que ocorra prejuízo ao direito à saúde da coletividade.

#### **4. CONSEQUÊNCIAS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Como ponto de partida, o presente capítulo inicia abordando algumas considerações acerca da definição de políticas públicas e qual sua relação com os direitos sociais, vez que o entendimento desses conceitos se torna essencial para que se possa, posteriormente, proceder na explanação das consequências da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas sobre saúde.

Em seguida, será analisado o princípio da separação de poderes, visto que esse é frequentemente discutido quando há intervenção judicial no âmbito da saúde, sob a alegação de que o Judiciário estaria afrontando tal princípio, e consequentemente, infringindo a competência do Poder Executivo na promoção das políticas públicas de saúde, constituindo-se como uma das consequências da atuação judicial na saúde.

Após, se faz necessário verificar as consequências da atuação judicial no âmbito da saúde e de que forma essa reflete no orçamento público destinado à realização da tutela coletiva do direito à saúde. Ou seja, será realizada uma análise dos impactos trazidos pela tutela individual (realizada pela via judicial) no orçamento destinado ao Sistema Único de Saúde.

O último capítulo ainda busca tecer apontamentos acerca da microjustiça da saúde existente no Brasil, expondo as implicações de um Poder Judiciário acessível apenas para um grupo de indivíduos, os quais possuem conhecimento e recursos para pleitearem o direito à saúde jurisdicionalmente, resultando muitas vezes na inviabilidade do direito à saúde à coletividade como um todo.

Por fim, o capítulo finaliza com a abordagem da tutela coletiva no âmbito judicial, realizada através das ações coletivas, destacando a importância da ação civil pública e suas implicações nas políticas públicas sobre saúde.

##### **4.1 Conceito de políticas públicas e sua relação com os direitos sociais**

A abordagem do tema políticas públicas é absolutamente relevante ao direito social à saúde, uma vez que ambas estão intimamente ligadas, sendo que é através do mecanismo de implementação de políticas públicas e da prestação de serviços públicos que o Estado realiza a concretização desse direito fundamental. Ou seja, as

políticas públicas buscam concretizar o direito constitucionalmente previsto, assim como o papel dos serviços públicos é de fundamental importância para efetivação de do direito à saúde.

Inicialmente, mostra-se importante realizar algumas breves considerações acerca das políticas públicas, vez que somente compreendendo algumas noções básicas é que será possível prosseguir na explanação bem como na devida compreensão do presente capítulo.

Sendo assim, de antemão pode-se afirmar que o conceito de políticas públicas é considerado deveras complexo, especialmente pela necessidade de contemplar uma análise tanto de cunho jurídico quanto político. (BITENCOURT, 2012, p. 16).

A partir da observação do seu caráter jurídico, ressalta-se que a própria Constituição Federal de 1988 não traz expressamente a definição de políticas públicas. Todavia, conforme Bitencourt (2012, p. 70), nos diversos momentos em que o Texto Constitucional as menciona, é possível extrair o tratamento a elas concedido. Como se pode verificar, a título exemplificativo, dos seguintes artigos:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta [...] (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Art. 198. 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 [...] III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Logo, pode-se afirmar que a Carta Magna “chama” a sociedade para, em conjunto com o Poder Público, construir as políticas públicas. O Texto Constitucional indica quais as matérias que podem ser realizadas mediante políticas públicas, entretanto, a sua materialização deve ser feita com a participação social, como por exemplo, através dos conselhos municipais. Ou seja, a definição de políticas públicas perpassa pela lógica da participação ativa da sociedade. Por essa razão, pode-se dizer que, em tratando-se de políticas públicas, a sociedade atua sobre ela mesma. (BITENCOURT, 2012, p. 70).

As políticas públicas constituem-se como instrumento de planejamento a fim de que o Poder Público realize a prestação de serviços e ações públicas. Tais políticas devem ser bem definidas e precisas, compelindo assim o Estado a desenvolver estratégias e metas para alcançar a finalidade pública de forma efetiva. (SANTIN, 2004, p. 34-35).

Já em relação à análise do cunho político existente na definição de políticas públicas, conforme refere Bitencourt (2012, p. 33), não se admite, no contexto das políticas públicas, escolhas tendenciosas e de plena discricionariedade.

À vista disso, cabe à Constituição Federal promover essa interação entre o jurídico e o político, visando submeter o exercício do poder conforme as noções de justiça, bem-estar social e segurança. Em uma breve síntese, pode-se concluir que:

[...] as políticas públicas devem ser um espaço de constante interlocução, de formulação conjunta através de uma ação comunicativa que envolva e privilegie o maior número de atores, buscando uma construção comunicativa da coletividade voltada ao interesse público. (BITENCOURT, 2012, p. 46).

Logo, as políticas públicas podem ser compreendidas como um instrumento de concretização de direitos, as quais necessitam ser elaboradas através de um processo de ações conjuntas, visando assim alcançar a máxima efetividade, de forma que venha a atingir a coletividade como um todo.

Já traçado um conceito norteador para a adequado entendimento acerca das políticas públicas, pode-se então, proceder na abordagem da temática ora proposta: sua relação com os direitos sociais.

Como ponto de partida, mostra-se necessário, inicialmente, tecer algumas considerações relevantes em relação aos direitos sociais. Os direitos sociais estão inseridos na Carta Magna no “título II- dos direitos e garantias fundamentais” incorporado no “capítulo II- dos direitos sociais”, mais especificamente do artigo 6º ao 11º, sendo que dentre esses encontra-se o direito à saúde. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), abordagem essa já realizada no primeiro capítulo.

Contudo, esse rol de direitos não é considerado taxativo, dada a incidência do disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, ou seja, compreende-se que podem existir outros direitos sociais implícitos e ainda positivados em outros momentos do texto constitucional, até mesmo decorrentes de tratados internacionais. (SARLET, 2012, p. 549).

Ressalta-se que os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, considerados, em regra, como direitos de caráter positivo, de forma que exigem um comportamento ativo do Estado para a concretização da justiça social. Logo, os direitos de segunda dimensão podem ser compreendidos como um “direito de participar do bem-estar social.” (LAFER, 1991, p. 127).

Os direitos sociais são aqueles cujos possuem caráter de fundamentalidade aos cidadãos, de forma que são considerados como liberdades positivas, sendo de extrema importância ao Estado Social de Direito, os quais têm como objetivo atingir a realização da igualdade social. (MORAES, 2002, p. 202).

Pode-se afirmar que os direitos sociais são direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, proporcionando melhores condições aos indivíduos que assim necessitem, visando promover uma maior igualdade àqueles que estejam em situações de desigualdade social. Logo, os direitos sociais estão ligados fortemente ao direito de igualdade. (SILVA, 2001, p. 285).

Embora os direitos sociais, como regra geral, são marcados pela forte tendência de exigirem prestações de cunho positivas, esses também podem possuir caráter de prestação negativa. Sendo assim, conforme explica Coelho (2010, p. 84-85), a concretização dos direitos sociais garantidos constitucionalmente exige ações e também omissões do Poder Público.

Posto isto, conclui-se que os direitos sociais podem se apresentarem tanto na forma de prestações positivas (dever de agir), quanto negativas (omissão) por parte do Estado. Nesse sentido, se torna fundamental ressaltar a seguinte consideração:

[...] não interessa se um determinado direito fundamental está rotulado como “individual” ou “social” ou “político”, **interessa é saber sob qual dos três status (negativo, positivo ou ativo) ele pode ser subsumido**, visto ser daí que se podem retirar as consequências jurídicas a respeito da concretização ou efetivação desse direito fundamental. (BITENCOURT, 2012, p. 113, grifo nosso).

Diante do exposto, pode-se concluir que a mera classificação do direito como sendo de cunho individual, social ou político torna-se irrelevante, sendo que o essencial é a identificação de como esse direito deve ser realizado, ou seja, se através da prestação negativa ou positiva do Estado. Ou seja, é procedendo na interpretação do direito fundamental que será possível realizar a efetiva proteção

dos direitos constitucionalmente previstos aos cidadãos.

Delineadas algumas considerações básicas em relação aos direitos sociais, se faz necessário então, proceder na verificação de como se dá a efetivação desses direitos em termos práticos.

Em relação ao direito social à saúde, a Constituição Federal estabelece que esse será concretizado através de políticas públicas, conforme dispõe o artigo 196 do Texto Constitucional:

**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, <http://www.planalto.gov.br>, grifo nosso).

Os direitos sociais devem ser realizados através do Poder Executivo, ao qual compete realizar as atividades de administração do Estado, providenciando a formulação de políticas públicas, visando concretizar os direitos sociais constitucionalmente previstos. (GONÇALVES, 2009, <<https://www.jurisway.org.br>>).

Contudo, vale lembrar a aplicação da teoria dos deveres de proteção, a qual pressupõe que o Estado possui a obrigação de não violar os direitos fundamentais, além do dever de impedir que os mesmos sejam violados. Para isso, o Estado se vale dos seus poderes de “legislar, de polícia, de fiscalizar, de regulamentar, enfim, pode valer-se dos meios necessários para que os direitos fundamentais sejam respeitados por quem quer que seja”. (LIMA, 2008, <<https://www.jurisway.org.br>>).

Ou seja, pela teoria dos deveres de proteção todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estão vinculados à realização dos direitos fundamentais, o que implica, por exemplo, caso o Executivo não forneça medicamentos, no cabimento do Judiciário obrigar o fornecimento de tal medicação, visando o Estado, em sentido amplo, garantir a realização do direito fundamental à saúde.

Importa esclarecer que as políticas públicas se constituem como um meio utilizado para alcançar um fim específico, podendo este, ser um meio para a concretização dos direitos sociais. Embora nem todas as ações estatais que concretizem direitos sejam necessariamente políticas públicas. (BITENCOURT, 2012, p. 49).

A Administração Pública além de ser detentora do poder vinculado, também possui o poder discricionário quando da realização de atos administrativos,

possuindo liberdade no momento de suas escolhas, de forma que a realização dos atos fique a critério de sua própria conveniência ou oportunidade. (MEIRELLES, 1998, p. 103).

Contudo, quando se trata da concretização de direitos sociais, o poder discricionário do Estado deve ser ponderado de forma cautelosa, vez que a implementação de políticas públicas que visem à realização desses direitos está amparada pelos deveres constitucionalmente previstos, os quais possuem caráter de norma autoaplicável, assim não podendo ser simplesmente rejeitados pela discricionariedade do Poder Público. Logo, verifica-se que o Executivo se encontra vinculado a cumprir atos determinados no Legislativo, especialmente quando se tratar da realização do direito social à saúde. (GONÇALVES, 2009, <<https://www.jurisway.org.br>>).

Compete ao Poder Executivo e ao Legislativo, cada um no âmbito de suas funções, promover a formulação de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais. Entretanto, conforme Gonçalves (2009, <<https://www.jurisway.org.br>>), no caso de não cumprimento de suas funções, seja pela omissão ou ineficiência, se faz necessário que haja uma garantia da realização dos direitos sociais. Logo, o Judiciário atua como um garantidor, ou seja, como uma garantia da realização dos direitos sociais.

Portanto, compreende-se que a relação existente entre as políticas públicas e os direitos sociais está na medida em que as políticas públicas se constituem como um dos importantes instrumentos utilizados para a realização dos direitos sociais. Contudo, ressalva-se que as políticas públicas não são o único meio de concretização dos direitos sociais, podendo haver outras ações estatais para efetivação desses direitos.

Conclui-se ainda, que havendo a omissão ou ineficácia de um dos Poderes no cumprimento de sua atribuição de promover o direito social à saúde através da de políticas públicas, surge então a faculdade do indivíduo de pleitear tal direito no Poder Judiciário, visando a garantia do direito fundamental, uma vez que os cidadãos não podem ficar à mercê da má gestão do Poder Público (seja do Executivo ou do Legislativo), caso em que ocorreria a violação do direito constitucionalmente protegido.

Portanto, já realizadas importantes considerações acerca da relação das políticas públicas com os direitos sociais, pode-se então proceder na averiguação

das implicações da intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, tema que será enfrentado nos próximos tópicos do presente trabalho.

## **4.2 Princípio da separação dos poderes**

A intervenção do Poder Judiciário no âmbito do direito fundamental à saúde gera diversas implicações nas políticas públicas de saúde. Dessa forma, inicia-se a verificação dessas consequências a partir de uma questão que ainda enseja algumas críticas: a alegação que a atuação do Judiciário nas demandas de saúde resulta na violação do princípio da separação dos poderes.

Inicialmente, é necessário esclarecer a questão da terminologia ora trabalhada, uma vez que, de fato, resta consagrada a expressão “separação de poderes”, embora essa não seja a mais adequada, visto que o poder do Estado é uno e indivisível. O que se discute é apenas a divisão das funções realizadas pelos poderes. (DALLARI, 2013, p. 214).

Como ponto de partida, destaca-se que o princípio da separação dos poderes está insculpido no ordenamento jurídico brasileiro através do disposto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Além disso, o Texto Constitucional reforça a importância do princípio da separação dos poderes quando concede a proteção através do manto da cláusula pétrea, determinando que não haverá deliberação de proposta de emenda à Constituição que vise extinguir a separação dos poderes, conforme dispõe o artigo 60, §4º, inciso III da Carta Magna. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Pode-se entender pelo princípio da separação de poderes, que esse é o resultado da divisão das funções do Estado, as quais devem ser atribuídas a órgãos diversos e, ainda, que devem existir mecanismos de controle mútuo entre eles, visando à proteção dos indivíduos contra os abusos de um poder absoluto. (PIÇARRA, 1989, p. 26).

O princípio ora em comento surge, sobretudo, com o intuito de proteger a própria sociedade, tendo em vista que se houvesse a centralização de poderes em apenas uma única pessoa, dessa situação poderia resultar em arbitrariedades e abuso de poder. Nesse sentido, refere Montesquieu (1998, p. 167):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido com o poder executivo não existe liberdade [...] tão pouco existe liberdade se o poder de julgar não fosse separado do Executivo e do Legislativo [...] tudo estaria perdido se o mesmo homem exercesse os três Poderes.

Pode-se verificar que o princípio da separação dos poderes possui respaldo constitucional, tendo como objetivo central a proteção dos cidadãos, uma vez que não seria possível ter o direito à liberdade se uma mesma pessoa tivesse a atribuição de exercer o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, além de que assim estaria se contribuindo para facilitar a ocorrência de abusos de poder.

A Constituição Federal de 1988 prevê a estruturação dos três poderes, estabelecendo a independência dos poderes em relação a suas atribuições típicas. Entretanto, também foi disciplinado as funções atípicas de cada poder, a fim de assegurar um controle mútuo no caso de violação das normas constitucionais. (CHRISTOFOLI; MACHADO, 2015, <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>).

Houve a reformulação das funções do Estado com o advento de uma nova estrutura, a qual estabelece um controle recíproco entre os três poderes, podendo ser chamado de um modelo de colaboração dos poderes. Logo, a título exemplificativo, verifica-se o controle realizado pelo Poder Executivo no processo legislativo, o controle do Poder Judiciário nas omissões dos atos do Executivo, entre outros. (MORAES, 2012, p. 111).

De acordo com a lógica da cooperação dos poderes, pode-se dizer que atualmente o princípio da separação dos poderes não dispõe mais de tanta rigidez, visto que com a ampliação das atividades do Estado contemporâneo se fez necessária a compreensão de uma nova visão acerca da teoria da separação dos poderes, na qual se tem novas formas de relacionamento entre o Poder Legislativo, Executivo e o Judiciário. (SILVA, 2011, p. 109).

O princípio da separação dos poderes deve ser analisado sob o prisma da cooperação entre os três poderes, visto que esses não se restringem em suas funções típicas, uma vez que possuem um alcance muito mais amplo em razão das funções atípicas, nos casos em que seja necessário que um poder impeça ou corrija que o outro incorra em omissões ou abusos de poder.

O referido princípio também ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos, desenvolvido na obra “O espírito das leis” de Montesquieu. O sistema

de freios e contrapesos estabelece que um poder pode intervir nos demais, nos casos em que haja necessidade de conter abusos e arbitrariedades. Portanto, para não haja abuso de poder, é necessário que “o poder freie o poder”. (BARBOSA; SARACHO, 2018, <<http://www.tjdft.jus.br>>).

Dito isso, não se pode olvidar que a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na esfera dos demais poderes (quando provocado) encontra-se amparada no próprio Texto Constitucional, conforme previsão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Pode-se afirmar ainda, que quando a Constituição Federal elenca um direito como fundamental, esse direito se torna exigível, até mesmo através de demanda judicial. Logo, compete ao Poder Judiciário atuar sempre que um direito fundamental não estiver sendo cumprido efetivamente. (BARROSO, 2008, <<https://www.migalhas.com.br>>).

Logo, quando um indivíduo for prejudicado pela omissão ou ineficácia do Poder Executivo em promover uma política pública de saúde, poderá recorrer ao Judiciário para que esse atue como garantidor do seu direito fundamental à saúde, assim agindo o Judiciário em conformidade com os deveres constitucionais. A partir do reconhecimento das funções atípicas trazidas pelo Texto Constitucional que é possível a realização do controle de um poder sobre os demais, caracterizando-se assim o sistema de freios e contrapesos. Verifica-se que a Carta Magna adotou a teoria da tripartição dos poderes criada por Montesquieu, porém, de uma forma mais moderada. (CHRISTOFOLI; MACHADO, 2015, <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>).

Aplicando o princípio da separação de poderes bem como o sistema de freios e contrapesos em termos práticos, pode-se afirmar que, caso o Poder Executivo se mostre ineficiente ou omissos na concretização de políticas públicas de saúde, o Judiciário, quando provocado, deverá cumprir com o Texto Constitucional, assegurando ao indivíduo requerente o direito fundamental à saúde, sem que essa atuação judicial enseje uma violação ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, explica Sarlet (2011, p. 269, grifo nosso):

Que o Judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, **o que não**

**significa a inexistência de limites a essa atividade, que não podem ser desconsiderados.** Ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, **inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação de poderes**, há certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta.

Logo, compete ao Poder Judiciário, quando esse for acionado através da via judicial, zelar pela observância dos deveres constitucionais, sem que essa atuação resulte em qualquer afronta ao princípio da separação de poderes, devendo o Judiciário deve agir de acordo com a observância dos seus limites de atuação.

O princípio da separação de poderes assim como o sistema de freios e contrapesos constituem-se como importantes meios para viabilizar a formação do Estado Democrático de Direito, uma vez que esses visam à prevenção dos abusos daqueles que governam o Estado. (BARBOSA; SARACHO, 2018, <<http://www.tjdft.jus.br>>).

Pode-se afirmar então, que a relação entre os três poderes não pode ser entendida como o resultado de funções expressas, impenetráveis e previamente estabelecidas, tendo em vista que a única forma do princípio da separação de poderes se relacionar com a democracia e concretizar seu objetivo principal de combater as arbitrariedades é havendo uma comunicação contínua com o texto constitucional. (ABRAMOVAY, 2012, p. 32).

Conclui-se que o princípio da separação dos poderes constitui-se em uma importante garantia ao Estado Democrático de Direito bem como à proteção da sociedade, uma vez que esse estabelece a divisão das funções exercidas pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, para que essas sejam realizadas por órgãos e pessoas diversas, visando assim impedir que ocorram arbitrariedades e abuso de poder.

É possível concluir ainda, que em razão da vigência da Constituição Federal de 1988, as relações entre os três poderes se modificaram, visto que o próprio Texto Constitucional prevê a existência de funções atípicas, ou seja, é possível que ocorra a intervenção de um poder sob o outro. Dessa forma, verifica-se que o princípio da separação dos poderes não possui natureza absoluta, visto que em algumas situações a própria Carta Magna permite a interferência de um Poder sobre o outro.

Portanto, o princípio da separação de poderes é fundamental à proteção da sociedade, todavia, esse deve ser analisado sob o prisma do Texto Constitucional, o

qual estabelece uma relação de cooperação entre os três poderes.

Logo, de acordo com a atual compreensão desse princípio, é possível a concretização do direito à saúde pleiteado judicialmente, com base na cooperação do Poder Judiciário frente as omissões do Executivo e Legislativo, sem que essa intervenção afronte tal princípio e desde que o Judiciário atue dentro dos limites de sua atuação, ou seja, especificamente nas ações de saúde, o mesmo deve julgar as demandas considerando a normatização e as diretrizes do Sistema Único de Saúde.

#### **4.3 Planejamento e orçamento: a via avessa da programação a partir da decisão judicial**

Em uma breve retomada, como já visto nos capítulos anteriores, é possível a concretização do direito à saúde pleiteado judicialmente através da tutela individual. Contudo, a partir de uma decisão judicial que condene o Estado a conceder determinado medicamento ou para custear certa cirurgia ao indivíduo, será necessário verificar a questão orçamentária que envolve esse novo custo imposto ao Poder Público.

Inicialmente, é necessário distinguir o tratamento orçamentário concedido às políticas públicas e aos direitos sociais. Sendo assim, conforme Bitencourt (2012, p. 149), as políticas públicas, em regra, pressupõem pelo gestor ou legislador a indicação do quanto a ser gasto e de onde virá a verba pública para seu custeio, visto que há presunção que já se tenha elaborado um plano de ação e execução.

No tocante aos direitos sociais, o orçamento não está predefinido como, em regra, ocorre com as políticas públicas, tendo em vista que os direitos sociais podem ser realizados por outras vias, como por exemplo, através da atuação da sociedade civil ou até mesmo com programas sociais de empresas privadas. (BITENCOURT, 2012, p. 149).

Pode-se verificar que, no que diz respeito à matéria orçamentária, as políticas públicas estão muito mais vinculadas ao orçamento estabelecido pelo Poder Público, diferentemente do que ocorre no âmbito dos direitos sociais, os quais geralmente não possuem recursos predefinidos.

Quando o direito à saúde é pleiteado judicialmente através da tutela individual é que se originam as controvérsias em relação aos recursos orçamentários: o juiz deve julgar a partir do orçamento? Há limites orçamentários na prestação de direitos

fundamentais sociais? E, principalmente, de que forma esse gasto decorrente da decisão judicial afeta as políticas públicas de saúde?

Na tentativa de buscar possíveis respostas às indagações propostas, é necessário abordar, inicialmente, a discussão existente acerca da escassez de recursos, vez que frequentemente alegada pelos entes da federação quando estão na condição de réus nas ações judiciais de saúde, como argumento para a improcedência das demandas.

Pode-se afirmar os recursos são escassos por definição econômica e as necessidades são infinitas. Além disso, os recursos públicos são os decorrentes da arrecadação de tributos de toda a sociedade e as necessidades, especialmente da população de baixa renda, são igualmente infinitas. (SCAFF, 2013, p. 136).

A escassez de recursos não se restringe apenas à matéria ligada ao orçamento. Sendo assim, a chamada escassez de recursos como alegação para a reserva do possível pode surgir de várias formas, por exemplo, através da escassez de órgãos ante a grande demanda de transplantes, a falta de vagas em jardins de infância. (AMARAL, 2010, p. 91-92).

Quando se trata do tema escassez de recursos, se faz necessário também a abordagem da teoria da reserva do possível, uma vez que ambas estão intimamente ligadas, sendo que uma é utilizada para justificar a outra.

A teoria da reserva do possível pode ser entendida como a limitação dos recursos existentes em face das necessidades, que na maioria das vezes são infinitas. Logo, verifica-se que existe uma certa restrição da disponibilidade material para a concretização desses direitos. (BARCELLOS, 2002, p. 236).

Quando nas demandas judiciais for invocada a alegação da escassez de recursos, através da argumentação da reserva do possível, o contra-argumento deve utilizado deve ser o dever imposto constitucionalmente, tendo em vista o comprometimento do Estado Democrático de Direito com a concretização do mínimo existencial. (BITENCOURT, 2012, p. 163-164).

Em relação ao mínimo existencial, cumpre esclarecer que esse não se é um conceito fechado e imutável, visto que está ligado com o momento histórico e com as necessidades que a sociedade demanda a cada época. (WATANABE, 2011, p. 219). Logo, conclui-se que o mínimo existencial se refere à dimensão essencial e inalienável dos direitos do indivíduo, devendo ser garantido pelo Estado. (SILVA, 2005, p. 189).

Logo, se não houver a garantia desse mínimo imprescindível para a existência dos seres humanos, ocorre uma afronta direta aos deveres constitucionais, sobretudo, aos princípios insculpidos na Constituição Federal.

Destaca-se o voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 801.676, julgado em 19 de agosto de 2014, no qual é possível verificar o posicionamento adotado quando abordada a questão do orçamento público: “[...] o Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida”. (BRASIL, 2014, <<http://www.stf.jus.br>>).

Ou seja, o magistrado, no exercício de sua função jurisdicional, não pode se valer do argumento da escassez de recursos públicos para não conceder o direito à saúde que está sendo pleiteado, visto que a Carta Magna impõe uma série de deveres prestacionais ao Estado, os quais devem ser assegurados para que seja concretizado os direitos fundamentais dos indivíduos.

A teoria da reserva do possível não objetiva proteger os recursos orçamentários do Estado em si, uma vez que sua finalidade é a proteção da garantia da prestação coletiva do direito à saúde. Dessa forma, destaca-se a seguinte consideração elaborada por Ferraz (2013, p. 124):

[...] não há aqui um conflito real entre a vida e os interesses financeiros do Estado. Ao invés disso, existe um problema de difícil alocação de recursos limitados entre inúmeras necessidades individuais entre diversas vidas igualmente valiosas. O interesse financeiro secundário do Estado é, de fato, o interesse de toda a população [...]

Pode-se concluir em relação à reserva do possível, que a discussão não gira em torno de ponderar o direito à saúde de um lado e de outro a limitação orçamentária do Poder Público; mas sim, o que se está em jogo é o direito à saúde de alguns em face do direito à saúde de outros. (BARROSO, 2007, p. 04).

E é justamente nesse contexto que se encontra a questão central que será aprofundada no presente tópico: a partir de uma decisão judicial que condene o Estado a conceder um medicamento, especialmente em relação àqueles não previstos na lista do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário está desconsiderando toda a lógica do SUS e suas garantias, acarretando despesas que não estavam previstas no orçamento público.

Dentre as principais consequências orçamentárias decorrentes das decisões judiciais estão: a perda do controle de administrar as aquisições de medicamentos, o desequilíbrio na distribuição dos recursos, a desconsideração dos princípios do Sistema Único de Saúde e, principalmente, gera prejuízo a própria lógica do Sistema, com novos gastos a partir de um atendimento totalmente diverso daquele que foi estipulado pelas políticas públicas de saúde. (AGU, 2013, <<http://portalarquivos.saude.gov.br>>).

Pode-se afirmar que a judicialização do direito à saúde realizada através da tutela individual acaba impactando de forma negativa na concretização da tutela coletiva do direito à saúde. Nesse sentido, aponta Barroso (2008, <<https://www.migalhas.com.br>>):

[...] põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

As decisões judiciais no tocante à saúde geram reflexos negativos em relação ao orçamento destinado à concretização da tutela coletiva realizada no âmbito do Sistema Único de Saúde, prejudicando assim que um maior número de cidadãos seja beneficiado com as políticas públicas de saúde.

A fim de exemplificar em termos práticos tais prejuízos trazidos à coletividade, ou seja, aos usuários do Sistema Único de Saúde, destaca-se alguns dados trazidos pela pesquisa intitulada “Intervenção Judicial na saúde pública”, realizada pela Advocacia Geral da União (AGU), no âmbito do Ministério da Saúde.

A pesquisa demonstrou que o município de Campinas em São Paulo, no ano de 2009, teve 86 novas ações judiciais de saúde, gastando cerca de R\$ 2.505.762,00, sendo que o valor total que possuía para atender a comunidade usuária do SUS era de R\$16.929.316,29. Ou seja, aproximadamente 16% de todo recurso orçamentário do município foi despendido para realizar o atendimento das apenas 86 decisões judiciais. (AGU, 2013, <<http://portalarquivos.saude.gov.br>>).

Esses números demonstram que os cidadãos que possuíram acesso ao Judiciário, especificamente àquela decisão judicial, obtiveram a tutela postulada. Contudo, verifica-se que o valor gasto com apenas algumas ações judiciais são

demasiadamente alto em comparação com o valor total destinado a atender todos os usuários do SUS. Logo, as ações judiciais impactam significativamente no orçamento destinado ao Sistema Único de Saúde, de forma que traz prejuízos ao atendimento de toda comunidade usuária do Sistema.

Outra consequência decorrente das decisões judiciais é a implicação na desorganização da Administração Pública. Quando o juiz determina a entrega imediata de medicamento, normalmente o Estado retira tal medicação do programa, de forma que assim desatenda aquele cidadão que recebia habitualmente, para entregar ao indivíduo que teve acesso àquela decisão favorável. Tais decisões impedem a capacidade de planejamento do Poder Público. (BARROSO, 2008, <<https://www.migalhas.com.br>>).

As decisões judiciais geram a descon sideração dos princípios e diretrizes que estruturam o Sistema Único de Saúde, os quais foram criados através de um planejamento visando o atendimento da universalidade de usuários. Logo, violando tais princípios, consequentemente reflete no orçamento destinado às políticas públicas de saúde.

Além disso, as decisões judiciais afrontam diretamente o princípio da universalidade, uma vez que garantem tão somente o atendimento daqueles requerentes. Também viola o princípio da equidade, o qual pressupõe o acesso igualitário aos serviços públicos, tendo em vista que os medicamentos reivindicados em juízo não poderiam ser garantidos a toda comunidade usuária do Sistema Único de Saúde, devido ao orçamento que dispõe. (AGU, 2013, <<http://portalarquivos.saude.gov.br>>).

Violam também o princípio da descentralização, visto que frequentemente as decisões judiciais determinam a condenação da União para efetivar o direito à saúde postulado. Dessa forma, estimulou-se uma redução de cumprimento em relação aos Estados e Municípios, violando assim o referido princípio. Logo, como consequência, tem-se um duplo custo gerado à União (repassando valores para a assistência farmacêutica e com a condenação judicial de fármacos já disponibilizados no SUS). (AGU, 2013, <<http://portalarquivos.saude.gov.br>>).

A pesquisa concluiu que, o maior problema gerado pelas decisões judiciais é o gasto desordenado que essas promovem. Apontou ainda, que embora a maioria das ações decorram de interesses legítimos (que não podem ser excluídos da análise do Judiciário), verificou-se que as decisões judiciais impactam significativamente na

programação e organização do Sistema Único de Saúde. (AGU, 2013, <<http://portalarquivos.saude.gov.br>>).

Constatou-se que muitas vezes os médicos ligados ou não ao Sistema Único de Saúde, recomendam tratamentos e medicamentos não existentes no SUS, ainda que se tenha outras opções viáveis no âmbito do mesmo. Por fim, concluiu-se que há a necessidade de uma atuação conjunta na qual se tenha equilíbrio entre a tutela individual e a coletiva da prestação do direito à saúde. (AGU, 2013, <<http://portalarquivos.saude.gov.br>>).

Dentre essas, destacam-se as principais consequências: o alto custo pago pelos medicamentos (vez que esses não serão comprados em lote, como ocorre nas políticas públicas), a perda da capacidade de planejamento dos gastos, a inobservância dos princípios do Sistema Único de Saúde e o alto gasto para atender apenas algumas ações judiciais.

Percebe-se que significativa parte do orçamento público se destina ao atendimento das ações judiciais, impactando no orçamento destinado às políticas públicas de saúde, prejudicando o atendimento de toda coletividade em detrimento de alguns indivíduos que tiveram acesso a uma decisão judicial favorável.

Portanto, conclui-se que as decisões judiciais além de trazerem prejuízos orçamentários ao Sistema Único de Saúde, também geram uma microjustiça da saúde, na qual apenas um grupo seleto da sociedade possui acesso ao Poder Judiciário e dele se beneficiam, tema esse que será enfrentando com maior profundidade no próximo tópico.

#### **4.4 A microjustiça da saúde hoje no Brasil**

Como já visto, o direito à saúde é considerado um direito social -por expressa previsão do artigo 6º da Carta Magna-, o qual deve ser concretizado, em regra, através de políticas públicas, conforme estabelece o artigo 196 da Constituição Federal. Contudo, quando se verifica a ineficiência do Executivo e do Legislativo em garantir efetivamente as políticas públicas de saúde, tal direito pode ser postulado através do Poder Judiciário.

É nesse contexto de concretização do direito à saúde através da tutela individual pleiteada na esfera judicial que se origina a problemática ora discutida: a atuação judicial no âmbito da saúde traz como consequência direta a implicação na

atual microjustiça da saúde existente hoje no Brasil.

Pode-se afirmar que a micro justiça da saúde se origina a partir do momento em que o Poder Judiciário se torna protagonista da implementação de políticas públicas de saúde, visto que privilegia os indivíduos que possuem acesso à justiça, tanto aqueles que possuem conhecimento sobre seus direitos quanto os que possuem condições financeiras de pagar as custas oriundas da ação judicial. (BARROSO, 2008, <<https://www.migalhas.com.br>>).

Verifica-se que a concretização do direito fundamental à saúde através da via judicial mostra-se restrita a uma parcela seleta da população, dentre os quais possuem conhecimentos acerca de seu direito ou por possuir uma condição econômica favorável que suporte às custas impostas pelas demandas que são levadas ao crivo do Poder Judiciário.

À vista disso, a microjustiça favorece aqueles indivíduos que detêm maior poder econômico, sendo que somente esses, os mais favorecidos que acessaram o Judiciário, é que são beneficiados com a decisão judicial. Tal situação constitui afronta ao artigo 196 do Texto Constitucional, uma vez que não existe o acesso universal e de forma igualitária da saúde como estabelece o referido dispositivo, haja vista que somente uma parcela da comunidade que se beneficiará. (CAVALCANTI, 2009, <<http://investidura.com.br>>).

A realização do direito à saúde através da tutela individual pleiteada judicialmente favorece a concretização desse direito pela classe média em detrimento das classes mais pobres, como ressalta Barroso (2008, <<https://www.migalhas.com.br>>):

[...] a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Logo, verifica-se que a microjustiça da saúde realizada através da via judicial mostra-se inclinada ao favorecimento da classe média, visto que esses possuem mais conhecimentos e recursos financeiros para acessarem o Judiciário, se comparado as classes economicamente mais baixas.

A justiça realizada em cada caso concreto que chega na esfera judicial

deveria ser uma justiça na qual essa mesma poderia ser garantida a todos que estão ou estarão em posição semelhante, caso contrário, se estaria violando a garantia da isonomia. Esse problema é uma das grandes inquietações existentes em torno da discussão da macro e a microjustiça. (AMARAL, 2010, p. 18).

No tocante à atuação jurisdicional, quando o magistrado profere uma decisão em uma determinada demanda judicial pleiteada através da tutela individual do direito à saúde, pode-se compreender que:

Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito na Constituição, e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento **não implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas**, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão. (SCAFF, 2013, p. 137, grifo nosso).

Verifica-se que uma das principais consequências geradas pela atuação judicial no âmbito da saúde é que essa beneficia tão somente uma parcela da população, gerando a micro justiça, e, conseqüentemente, afronta de forma direta a garantia da isonomia do direito à saúde no âmbito da coletividade dos indivíduos. Ou seja, a microjustiça não realiza o direito social à saúde, apenas concede tal direito às pessoas que o pleitearam jurisdicionalmente.

Pode-se concluir que a microjustiça da saúde gera: “[...] a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”. (BARROSO, 2008, <<https://www.migalhas.com.br>>).

Ou seja, a microjustiça da saúde na esfera judicial também afeta as políticas públicas de saúde, visto que apenas alguns indivíduos terão o seu direito garantido (judicialmente) e já a grande maioria, os quais dependem das políticas públicas, nem sempre terão seu direito à saúde atendido eficientemente.

A microjustiça da saúde existente hoje no Brasil pode ser compreendida pela seguinte consideração: “O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”. (BARROSO, 2008, <<https://www.migalhas.com.br>>).

As decisões judiciais que concedem o direito à saúde postulado, seja adquirindo medicamentos ou possibilitando a realização de tratamentos e procedimentos cirúrgicos, não gera a concretização do direito social, vez que o magistrado apenas está realizando o direito individual daquele postulante. Ou seja,

tais decisões implicam na garantia do direito à saúde de um pequeno grupo, o qual teve acesso ao Judiciário.

A microjustiça da saúde hoje no Brasil, pode ser retratada pela seguinte consideração: “Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”. (BARROSO, 2008, <<https://www.migalhas.com.br>>).

O controle do Poder Judiciário deveria ser o último instrumento utilizado para a concretização do direito à saúde, visto que a atuação judicial, como regra geral, resolve situações pontuais, privilegiando muitas vezes aqueles indivíduos que possuem maior nível de instrução e maior capacidade financeira para postular perante o Judiciário. Em síntese, o acesso à justiça ainda não é totalmente democratizado no Brasil. (PIVETTA, 2013, p. 239).

Portanto, a judicialização das demandas de saúde pleiteadas através da tutela individual traz como consequência direta a realização de uma microjustiça da saúde no Brasil, tendo em vista que apenas uma pequena parcela da população possui acesso ao Poder Judiciário, seja por possuir maior conhecimento acerca de seus direitos ou por possuírem melhores condições financeiras para tanto, o que privilegia a classe média em detrimento das classes efetivamente mais pobres.

Além de favorecer apenas um grupo seleto de indivíduos, conclui-se que a microjustiça realizada pelo Judiciário implica na realização de um direito individual à saúde, visto que atende apenas as necessidades daqueles que pleitearam o direito em juízo, em detrimento da concretização coletiva do direito à saúde.

Logo, verifica-se que a microjustiça impacta significativamente nas políticas públicas de saúde, tendo em vista que muitos recursos são dispensados para o efetivo cumprimento das decisões judiciais, ao invés de serem destinados ao atendimento do maior número possível de indivíduos, visando alcançar a coletividade, através do Sistema Único de Saúde.

#### **4.5 O ideal da tutela coletiva na efetivação do direito à saúde**

Como já visto anteriormente, o ajuizamento de demandas judiciais através da tutela individual do direito à saúde gera diversos impactos negativos no Sistema Único de Saúde, especialmente em relação aos efeitos causados no orçamento

público, a perda da capacidade de planejamento e organização do SUS, o alto gasto para o atendimento de poucas demandas e a realização de uma microjustiça.

Além disso, ressalta Freitas (2016, p. 142): “[...] quanto maior a judicialização, menores e menos organizadas serão as políticas públicas, o que dá azo a situação de colapso experimentada no sistema público de saúde, com a proliferação de decisões por vezes desiguais”.

Considerando os diversos impactos e prejuízos gerados pelas ações judiciais individuais que postulam a prestação do direito à saúde, se faz necessário proceder na busca de outras alternativas mais benéficas visando à concretização do direito à saúde da sociedade como um todo. Nesse contexto é que surge a necessidade de realização da tutela coletiva do direito à saúde.

Nesse sentido, conforme Freitas (2016, p. 143), o combate à desigualdade gerada pelas ações judiciais individuais de saúde deve passar pela lógica da fomentação do ajuizamento de ações coletivas. (FREITAS, 2016, p. 143).

A fim de concretizar a defesa e a atuação na elaboração das políticas públicas sobre saúde, aqueles que possuem legitimidade devem propor o ajuizamento de ação civil pública, prevista na Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Dessa forma, a utilização de tal instrumento gera, indiscutivelmente, a redução do número de ações individuais que postulam os mesmos pedidos. (FREITAS, 2016, p. 144-145).

De acordo com o artigo 1º, inciso IV da Lei nº 7.347/1985, cabe a propositura de ação civil pública as demandas, dentre outras, que visem a “responsabilidade por danos morais e patrimoniais gerados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Além disso, há a possibilidade de postular a “condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, conforme expressa previsão do artigo 3º da Lei. (BRASIL, 1985, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Já o artigo 5º da referida Lei estabelece aqueles que possuem legitimidade para propor a ação civil pública, quais sejam:

I- o Ministério Público; II- a Defensoria Pública; III- a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios; IV- a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V- a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Destaca-se a atuação do Ministério Público (MP) nas ações civis públicas, sendo que se o mesmo não estiver atuando como parte, esse “atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”, consoante dispõe o artigo 5º, §1º da Lei nº 7.347/1985. A Lei nº 7.347/1985 ainda prevê que qualquer indivíduo pode motivar a iniciativa do MP, informando os fatos que ensejam a propositura da ação e apontando os pontos de convicção. (BRASIL, 1985, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Em relação à tutela coletiva, ressalta-se o entendimento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em sede de voto-vista no Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 566.471/RN, o qual ainda aguarda o julgamento acerca da obrigatoriedade ou não do Estado em fornecer medicamentos de alto custo:

**As tutelas coletivas são o meio judicial adequado a demonstrar**, por exemplo, que determinado medicamento, não tendo similar no sistema público, em termos de eficácia e relação custo-benefício, deve ser **incorporado à rede pública ou, no mínimo, dispensado a certo grupo de pessoas que ostentam o mesmo diagnóstico**. (BRASIL, 2007, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso).

As ações coletivas têm a capacidade de proporcionar subsídios para a concretização da devida observância do princípio da segurança jurídica e também da isonomia, além de viabilizar a possibilidade de alteração da política pública de saúde. Ou seja, tais demandas são capazes de discutir os contratempos do Sistema Único de Saúde através de uma visão da macrojustiça. (FREITAS, 2016, p. 146).

Ressalta-se ainda o entendimento de Pivetta (2013, p. 240) “[...] é fundamental que sejam desenvolvidos outros instrumentos que permitam a efetivação do direito à saúde (e dos demais direitos sociais) em níveis satisfatórios, e de maneira efetivamente universal”.

Dessa forma, Pivetta (2013, p. 240) destaca outras alternativas para promover a realização do direito à saúde, listando três mecanismos que possibilitam a concretização desse direito, quais sejam: promover a estrutura de novos meios administrativos de solução de conflitos, fortalecer o controle externo e o controle social sobre o Poder Público.

O primeiro mecanismo, -a promoção de estrutura de novos meios administrativos de solução de conflitos- diz respeito à própria atuação da Administração Pública nas políticas públicas de saúde, sendo que a Administração

possui o dever de eficiência. A gestão pública deve desenvolver meios para que seja possível verificar a ineficácia da política pública, como por exemplo, se um indivíduo necessitar de determinada medicação ou tratamento não previsto nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde, a Administração deve analisar o caso específico. (PIVETTA, 2013, p. 240-241).

Ou seja, devem ser desenvolvidas rotinas que possibilitem o fornecimento administrativo da prestação solicitada, tendo em vista que não é somente os indivíduos que podem propor demandas judiciais, tornando assim mais eficaz os serviços de saúde. (PIVETTA, 2013, p. 240-241).

Já o controle externo compete ao Poder Legislativo, realizado com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos do artigo 71 da Carta Magna, o qual constitui-se em um relevante meio, não apenas para frear os atos dos agentes públicos que se mostrarem contrários as normas constitucionais e infraconstitucionais, mas, sobretudo, para verificar as falhas nas políticas públicas elaboradas pela Administração. (PIVETTA, 2013, p. 242).

Ou seja, importa na identificação de erros na gestão realizada pelos entes da federação, principalmente quanto à legalidade e economicidade das despesas públicas. Portanto, o TCU, ao cobrar a implantação de mudanças para adequar as políticas públicas conforme a ordem jurídica brasileira, colabora de modo preventivo, evitando que os direitos dos indivíduos sejam prejudicados por uma “atuação ineficiente, ilegal ou imoral da Administração”. (PIVETTA, 2013, p. 242).

No tocante ao controle social, o qual é realizado de forma direta pela própria sociedade em relação aos atos da Administração Pública, constitui-se em importante instrumento para a garantia dos direitos previstos constitucionalmente. Como ressalta Pivetta (2013, p. 242, grifo nosso):

Isso porque **ninguém melhor do que o próprio cidadão, destinatário imediato das políticas públicas executadas pela Administração, para avaliar a eficiência da atividade administrativa**, apontando falhas e debatendo novas perspectivas de atuação, que poderão culminar na reprogramação do agir estatal.

No âmbito da saúde, o controle social destaca-se pela atuação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, previstos na Lei nº 8.142/1990, os quais já foram abordados no primeiro capítulo, no item 2.3. A atuação dos Conselhos e Conferências de Saúde possibilitam canalizar as demandas da comunidade, as

quais devem estar presentes no processo de decisão da Administração Pública no momento de formular, executar, controlar e avaliar as políticas públicas sobre saúde. (PIVETTA, 2013, p. 243).

Além de permitir a participação social na gestão pública, o controle social resulta na fiscalização dos gastos públicos e, principalmente, no desenvolvimento de critérios mais objetivos para fins de verificação da eficiência das ações da Administração Pública. Logo, a atuação da sociedade no âmbito das políticas públicas auxilia para evitar que problemas relacionados à saúde sejam levados ao Poder Judiciário, contribuindo assim para aumentar o grau de realização do direito à saúde. (PIVETTA, 2013, p. 243-244).

Conclui-se que a realização da tutela coletiva na efetivação do direito à saúde, através de ações coletivas – com destaque para a ação civil pública – constitui-se em um importante instrumento para a redução do número de ações judiciais individuais (logo, beneficia o combate à microjustiça), a garantia do princípio da segurança jurídica (evitando que ações com pedidos iguais tenham diferentes decisões) e do princípio da isonomia (possibilita igualdade de acesso), viabiliza a possibilidade de alteração da política pública de saúde (com a inclusão de medicamentos nas listas oficiais do SUS) e a concretização do direito à saúde sob a perspectiva da macrojustiça, vez que atinge toda a coletividade afetada pelo direito.

A realização da tutela coletiva ainda gera, conseqüentemente, benefícios em relação ao orçamento público, visto que o pedido dessas é para inclusão do medicamento nas listagens oficiais, ou seja, os medicamentos (caso incorporados no SUS), seriam adquiridos diretamente pelo Sistema Único de Saúde, reduzindo o alto gasto com a compra de medicamentos determinados judicialmente.

Outrossim, além das ações coletivas, visando à redução do elevado número de demandas judiciais individuais, concluiu-se pela necessidade de promover outras alternativas que possibilitem a concretização do direito fundamental à saúde. Dentre elas, verificou-se três mecanismos: a promoção de novos meios administrativos de solução de conflitos, o fortalecimento do controle externo e do controle social sobre o Poder Público.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar e verificar quais são os limites da atuação judicial na tutela coletiva e individual do direito à saúde no Brasil e como as diferentes formas de tutela impactam nas políticas públicas sobre saúde.

Da análise dos dispositivos constitucionais, constatou-se que a Constituição Federal de 1988 classifica o direito à saúde como um direito social, além de considerá-lo um direito fundamental.

A concretização do direito à saúde ocorre através de políticas públicas, sendo que a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) ocorreu com o advento da Lei nº 8.080/1990, sendo organizado através de princípios e diretrizes constitucionais. Observou-se que o mesmo é gestado através da participação social, sendo um importante meio de controle social, por possibilitar o acesso da comunidade no planejamento e organização das políticas públicas sobre saúde.

Verificou-se que a atuação judicial nas ações de saúde se intensificou com o advento da Carta Magna de 1988, visto que a mesma prevê no artigo 196 o dever do Estado em garantir o direito à saúde. O intenso crescimento das ações judiciais gerou o fenômeno da judicialização da saúde, apurando-se que a maioria das demandas são ajuizadas na justiça estadual, sendo que o maior número de processos se encontram em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

A atuação judicial nas ações de saúde se esbarra na observância de diversos limites, sendo que esse debate assume ainda mais relevo quando se postula medicamentos e procedimentos de alto custo e os não previstos nas listagens oficiais do SUS. Esses limites buscam nortear o magistrado na prolação da correta tutela ao caso concreto, visando garantir ao indivíduo a devida prestação do direito à saúde, sem que ocorra prejuízo ao direito à saúde da coletividade, sendo que se extrapolado esses limites, a atuação do Poder Judiciário deixa de ser legítima.

Dentre esses limites, constatou-se o princípio da proporcionalidade, o qual prevê que as decisões judiciais que concretizem direitos fundamentais devem limitar-se a atender aos parâmetros da adequação e proporcionalidade, repelindo excessos. O princípio da reserva do possível também gera uma limitação, a partir do qual se concluiu que o mesmo não visa proteger o interesse econômico do Estado em si, mas proteger justamente a garantia da prestação coletiva do direito à saúde.

Identificou-se um contraponto em relação à reserva do possível, a teoria do

mínimo existencial, sendo essa considerada um conjunto de condições mínimas para uma vida com dignidade. Logo, a não realização desse mínimo é uma violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Judiciário, quando provocado, concretizá-lo - dentro dos parâmetros estabelecidos pela teoria dos deveres de proteção, visto que o Judiciário não pode criar políticas públicas de forma direta, não podendo substituir a figura do Administrador, apenas determinando que o Executivo supra a omissão existente.

Pelo princípio da reserva de consistência, os juízes estão limitados a proferirem decisões através de parâmetros objetivos, consistentes, expondo todas as razões dessa decisão, afastando a invocação de princípios com conceitos abertos, evitando que as decisões se tornem opiniões pessoais acerca do que os magistrados consideram como justiça.

Outro limite discutido é a alegação de que o Judiciário estaria afrontando o princípio da separação de poderes, exorbitando o seu limite de atuação. Concluiu-se que o Judiciário, quando provocado, não viola o referido princípio quando houve omissão ou ineficácia do Executivo em concretizar o direito à saúde, vez que o cidadão -titular do direito fundamental- não pode ser lesado pela omissão estatal, sendo legítima a atuação judicial, desde que o Judiciário julgue as demandas de acordo com as diretrizes do Sistema Único de Saúde.

A atuação judicial nas ações individuais de saúde tem como consequência a realização da microjustiça, vez que apenas parte da população possui acesso ao Judiciário, seja por possuir maior conhecimento dos seus direitos ou por possuírem melhores condições financeiras, privilegiando a classe média em detrimento das classes mais pobres. A microjustiça impacta significativamente nas políticas públicas de saúde, vez que muitos recursos são dispensados para o cumprimento das decisões judiciais, ao invés de serem destinados à coletividade, através do SUS.

De forma sucinta, concluiu-se que a atuação judicial nas ações individuais de saúde deve ser realizada com a observância de diversos limites, dentre eles: o princípio da proporcionalidade (decisão adequada e sem excessos), princípio da reserva do possível (não para proteger os cofres públicos em si, mas para proteção da tutela coletiva), teoria do mínimo existencial (garantia do mínimo de dignidade), princípio da reserva de consistência (julgar com parâmetros objetivos e concisos).

Dentre as principais consequências geradas pela concretização da tutela individual do direito à saúde pela via judicial estão: a desorganização orçamentária

do Estado, o alto e desordenado gasto com o cumprimento de decisões judiciais, a violação dos princípios e diretrizes do SUS, a microjustiça da saúde, o prejuízo gerado no orçamento destinado ao SUS, e consequentemente, o prejuízo ao atendimento da coletividade de usuários do Sistema Único de Saúde.

Em relação à tutela coletiva, realizada através de ações coletivas, concluiu-se que essas constituem-se em um importante instrumento e uma benéfica alternativa para a redução do número de ações judiciais individuais, para a garantia dos princípios da segurança jurídica e isonomia, redução do alto (e desordenado) gasto com as decisões judiciais, viabiliza a possibilidade de alteração da política pública de saúde (com a inclusão de medicamentos nas listagens oficiais do SUS), e principalmente por viabilizar a concretização do direito à saúde sob uma perspectiva da macrojustiça, visto que atinge toda a coletividade afetada pelo direito.

Portanto, as diferentes formas de tutela (individual e coletiva) pleiteadas judicialmente, impactam nas políticas públicas sobre saúde, ou seja, refletem diretamente no Sistema Único de Saúde, sendo que as ações individuais geram consequências negativas a toda sistemática, planejamento e organização do SUS, inclusive refletindo negativamente no seu orçamento; visto que muitas vezes as decisões judiciais desconsideram as diretrizes do SUS.

Por outro lado, verificou-se que a tutela coletiva, realizada através de ações coletivas, gera efeitos mais benéficos se comparado à tutela individual, vez que a mesma viabiliza a concretização do direito à saúde sob uma perspectiva da macrojustiça, considerando as regulamentações do SUS. A atuação judicial nas ações coletivas se constitui em uma forma de atuação muito mais benéfica ao próprio Judiciário (por reduzir o número de ações) e ao SUS, vez que as decisões judiciais nessas ações estariam de acordo com os limites impostos à atuação judicial (considerando as diretrizes do SUS, visando atender a universalidade de indivíduos).

Concluiu-se que a atuação judicial na tutela individual está muito mais vinculada à observância rigorosa dos limites delineados no presente trabalho, se em comparação com a tutela coletiva, vez que as ações coletivas, justamente por seu caráter coletivo, já direcionam o Judiciário a uma atuação mais benéfica a coletividade, ou seja, as ações coletivas já pressupõem o cumprimento desses limites. Portanto, o limite da atuação judicial deve ser justamente a tutela do direito e não a substituição do papel do gestor, escolhendo e determinando a política pública. O Judiciário deve sim, através da tutela coletiva, zelar para pela regularidade das

políticas públicas previstas, pela adequada prestação do serviço público e, quando necessário, atuar no sentido de buscar a proteção contra a insuficiência, caso o serviço ou a política pública eleita não sejam suficientes para a garantia dos direitos fundamentais sociais, sem com isso violar a separação dos poderes.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevedo; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system). *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, maio 2018. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske#\\_ftnref1](http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske#_ftnref1)>. Acesso em: 14 set. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, 22 dez. 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)> Acesso em: 01 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Migalhas*, 21 jan. 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-%20Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito>>. Acesso em: 19 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 875-903.

BITENCOURT, Caroline. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2012. 364 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/146>>. Acesso em: 05. ago. 2018.

\_\_\_\_\_. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. *Revista de*

*direito administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, jan/mar 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/110/313>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 28 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União, Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na saúde pública*. 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: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 76 de 12 maio de 2009, Ministro Gilmar Mendes, *Diário [da] Justiça Eletrônico/CNJ* nº 109/2009, Brasília, DF, 10 jun. 2009. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_76\\_12052009\\_10102012220048.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_76_12052009_10102012220048.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2018

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010, Ministro Gilmar Mendes, *Diário [da] Justiça Eletrônico/CNJ* nº 61/2010, Brasília, DF, 07 abr. 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. *Movimento sanitário brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias*. 1. ed. Brasília: Conasems, 2007. Disponível em: <[http://iah.iec.pa.gov.br/iah/fulltext/pc/monografias/outros/Livro\\_Movimento\\_Sanitario\\_Decada\\_70.pdf](http://iah.iec.pa.gov.br/iah/fulltext/pc/monografias/outros/Livro_Movimento_Sanitario_Decada_70.pdf)> Acesso em: 08 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19. set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)> Acesso em: 08 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez.1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm)> Acesso em: 08 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaSaude>>. Acesso em: 28. ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553.712-4*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=595522&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Al%20/%20553712%20-%20AgR>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada (STA-AgR 175)*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47*. Relator: Ministro Gilmar mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 801.676*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 657718*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 25. out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 566471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 25. out. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde*. Relatório de auditoria. Brasília, DF, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 22 ago. 2018.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, Thiago Pacheco. O Fenômeno da Judicialização dos Sistemas de Saúde e Educação. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, SC, 17 nov. 2009. Disponível em: <[www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/13018-o-fenomeno-da-judicializacao-dos-sistemas-de-saude-e-educacao](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/13018-o-fenomeno-da-judicializacao-dos-sistemas-de-saude-e-educacao)>. Acesso em: 10 set. 2018.

CHRISTOFOLI, Daniel Pires; MACHADO, Guilherme Pinho. A intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo na efetivação do direito fundamental à saúde e o princípio da separação de poderes. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/DanielChristofoli\\_GuilhermeMachado.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/DanielChristofoli_GuilhermeMachado.html)>. Acesso em: 13 set. 2018.

CLÈVE, Clémerson Merlin; PEIXOTO, Marcela Moraes. O Estado brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da constituição de 1988. Brasília: 1989. *Senado Federal, Biblioteca Digital*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181963/000447794.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

CLÈVE, Clémerson Merlin. O Poder Legislativo no Brasil contemporâneo. In: \_\_\_\_\_.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*, vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas públicas e controle de juridicidade*. Vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

COIMBRA, Mario; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. Saraiva 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de saúde pública*, São Paulo, v. 22, p. 327-334, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho; Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino; DALLARI, Sueli Gandolfi; DELDUQUE, Maria Célia; et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Repositório FGV de Periódicos e Revistas, Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639>>. Acesso em: 24. ago. 2018.

FERRAZ, Octavio Luiz Mota. Entre a usurpação e a abdicação. O direito à saúde no Brasil e na África do Sul. In: WANG, Daniel WeyLiang (Org.). *Constituição e política na democracia: aproximação entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, Daniel Castanha de. *Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo: entre administração pública e Poder Judiciário*. 2016. 175 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento). Pontífica Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/00005d/00005d48.pdf>>. Acesso em: 24. ago. 2018.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Políticas públicas e direitos sociais. *JurisWay*, 08 dez. 2009. Disponível em <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3319](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3319)> Acesso em: 13 set. 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *SciELO*, São Paulo, 18. jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Henrique. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais. *JurisWay*, 13 jun. 2008. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=658](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=658)>. Acesso em: 10. out. 2018.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A carta da democracia: o processo constituinte da ordem pública de 1988*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de; Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

PAMPLONA, Gustavo; REIS, Adriana Rosa dos. A judicialização da saúde: limites e possibilidades do Poder Judiciário. *Jurisprudência em Revista*, 16 set. 2013. Disponível em: <<https://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2013/09/16/a-judicializacao-da-saude-limites-e-possibilidades-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. A reserva de consistência e o dever de fundamentação como limite à atuação do Poder Judiciário. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49504&seo=1>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 2013. 270 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30251/R%20-%20D%20-%20SAULO%20LINDORFER%20PIVETTA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito*. O problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Caroline Regina dos. Judicialização da saúde no Brasil em números. *Ipog*, 20 nov. 2017. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>>. Acesso em: 24 ago. 2018

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_.: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos- jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos Sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 553-587.

SCAFF, Fernando. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, J.J. et. al. *Direitos Fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 133-154.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde - novas perspectivas. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 161-180.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social*: trajetória da saúde pública. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE. *Secretaria discute com gestores municipais a judicialização da saúde*. Estado do Rio Grande do Sul, 09 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/secretaria-discute-com-gestores-municipais-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 25. out. 2018.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEIXEIRA, Carmen. Os princípios do sistema único de saúde. *Assembleia Legislativa de Minas Gerais*, jun. 2011. Disponível em: <[https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encounter\\_internacional\\_saude/documentos/textos\\_referencia/07\\_principios\\_sistema\\_unico\\_saude.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encounter_internacional_saude/documentos/textos_referencia/07_principios_sistema_unico_saude.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Rev. Direito Processual Geral. Rio de Janeiro, vol. 42, 1990.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, 31 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.