

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANDRESSA SILVA FREITAS BRANCO**

**O ESTADO BRASILEIRO E O DIREITO À SAÚDE:  
UMA ANÁLISE SOBRE O DEVER ESTATAL DE PRESTAR  
ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

VITÓRIA  
2017

ANDRESSA SILVA FREITAS BRANCO

**O ESTADO BRASILEIRO E O DIREITO À SAÚDE:  
UMA ANÁLISE SOBRE O DEVER ESTATAL DE PRESTAR  
ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
em Direito apresentado à Faculdade de Direito de  
Vitória como requisito para obtenção do título de  
bacharel em Direito.

Orientador: Prof.<sup>o</sup> Dr.<sup>o</sup> Vitor Burgo.

VITÓRIA

2017

Ao meu amor, Caetano, por me ensinar a cada dia e por me fazer querer ser uma pessoa melhor; à minha mãe, Marlene, pelo amor e apoio incondicional, e à minha filha, Elisa, por cada abraço, sorriso e minuto ao seu lado. A vocês, dedico este trabalho e o meu coração.

## RESUMO

Busca apresentar as frequentes discussões havidas no Poder Judiciário brasileiro acerca do direito à saúde e seus reflexos na política pública em âmbito nacional. O cerne da discussão está na avaliação sobre os impactos das decisões que deferem pleitos individuais sobre o direito à saúde da sociedade, que vê seus projetos esvaziados em razão do redirecionamento dos recursos para cumprimento de decisões judiciais proferidas nos casos concretos. Para chegar a essa resposta, foi realizada análise, notadamente quanto à obrigatoriedade (ou não) de o Estado atender tais pleitos individuais, ou se haveria possíveis limitações para o gozo do direito à saúde. Para tanto, inicialmente, realizou-se aqui um desenho do conceito de saúde, da sua ligação com o direito fundamental à vida e da própria aplicação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Num segundo momento, buscou-se a trazer à baila o modo como o direito à saúde é exercido no Brasil, bem como as possíveis limitações ao seu gozo, a exemplo da 'reserva do possível' e do 'mínimo existencial'. Ato contínuo, passou-se à avaliação das demandas por saúde interpostas no Poder Judiciário Brasileiro, a fim de observar a fundamentação que vem sendo aplicada nos Tribunais, em especial se estão presentes os institutos mitigadores do gozo do direito. Por fim, encerra-se o presente trabalho com a possibilidade de ponderação ante ao embate principiológico existente no caso, em que se tem, de um lado, o pleito individual por saúde e, de outro, a demanda social por programas relacionados ao mesmo direito.

**Palavras chave:** Direito à saúde. Reserva do possível. Mínimo existencial

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>1. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	08
1.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	08
1.2. O CONCEITO DE SAÚDE .....	10
1.3. O DIREITO À SAÚDE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	13
<b>2. EXERCÍCIO E LIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	17
<b>3. DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS POR SAÚDE</b> .....	26
3.1. O EMBATE PRINCIPIOLÓGICO .....	32
<b>CONCLUSÃO</b> .....	36
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	40

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 trouxe em seu corpo uma série de direitos aos cidadãos, nas mais diversificadas áreas – boa parte disso em razão do momento histórico em que foi elaborada. Esses direitos, por sua vez, geraram obrigações – seja para o cidadão, seja para o Estado – que devem ser cumpridas, justamente no intuito de se permitir a plena fruição daqueles pelos integrantes da sociedade.

Entre os diversos direitos presentes na Constituição, destaca-se aqui o direito à saúde. Inicialmente, o direito à saúde é apresentado como um direito social, conforme dispõe o artigo 6º, caput. Mais a frente, no art. 196, esse direito é definido como um dever estatal, devendo por ele ser garantido.

O Estado deve buscar cumprir essa obrigação por meio de políticas sociais e econômicas – políticas essas que, conforme previsão do próprio texto constitucional, devem primar pelo “acesso universal e igualitário” de todos às ações que promovem a saúde.

Em que pese a Constituição trazer esse complexo de direito e dever, não é possível ignorar a realidade sobre o tema. As políticas públicas destinadas a fornecer o direito à saúde de forma igualitária e universal não cumprem seu papel com eficiência.

Ante essa ineficiência, tem-se observado uma atuação incisiva do Poder Judiciário no julgamento de ações sobre o tema. Aliás, o direito à saúde vem sendo discutido, há tempos, tanto em relação ao Sistema Único de Saúde quanto ao Sistema Privado – notadamente os planos de saúde. No entanto, as decisões proferidas no âmbito do sistema público, por certo, merecem especial atenção – principalmente pelo fato de o direito à saúde ter sido tratado como um dever estatal.

Dentro da atuação judicial, é possível verificar os mais diversificados entendimentos sobre o tema e discussões tanto em relação a procedimentos de saúde simples quanto aos mais complexos e onerosos. Esse, pois, é justamente o foco da proposta

deste trabalho: indagar se o Estado brasileiro deve conceder direito à saúde, incluindo fornecimento de medicação experimental e tratamentos de alto custo no exterior, à população? Ou, ao contrário, o Estado pode se valer de institutos como a reserva do possível e o mínimo existencial para garantir saúde básica aos cidadãos, de forma universal e igualitária, a todos?

Diante de tais questionamentos, este trabalho propõe-se a efetuar uma pesquisa bibliográfica acerca do direito à saúde e a obrigatoriedade (ou não) de o Estado brasileiro propiciar políticas públicas que promovam referido direito. Para a sua realização, foi adotado o modelo dialético, em que o objeto foi observado e delimitado para, em seguida, proceder-se à sua análise nos seus variados aspectos.

Por meio da construção dialética, propõe-se uma oposição de ideias, com contrapontos entre cada um dos institutos e dos argumentos, a fim de se verificar como deve ser entendido o direito à saúde no Brasil e a obrigatoriedade de o Estado fornecer, ou não, políticas públicas que abranjam todo tipo de tratamento.

Isso porque a proposta do estudo é, sem dúvida, concentrada no âmbito teórico, ainda que sua abrangência se dê também no campo prático – já que influencia e influenciará a vida de toda a sociedade ante a possível mitigação de alguns direitos, caso se entenda que devem ser aplicados institutos como o da reserva do possível e do mínimo existencial.

Assim, destaca-se que o presente estudo objetiva: (i) efetuar análise do conceito e do propósito do direito à saúde; (ii) estabelecer o contorno do conceito de saúde e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro; (iii) analisar a conceituação de “reserva do possível” e “mínimo existencial” e sua aplicação no país, notadamente nos tribunais brasileiros; (iv) identificar os posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, mais precisamente no período de 01/01/2015 a 30/09/2017, nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça; (v) analisar como o entendimento direito à saúde vem sendo aplicado no Poder Judiciário do Brasil; e, (vi) traçar possíveis efeitos das decisões proferidas, sob aspectos sociais, políticos e econômicos.

Para tanto, no primeiro capítulo foram abordadas questões afetas ao direito fundamental à saúde, em especial, a conceituação do que seria saúde, a relação desse conceito com o direito fundamental à vida e, por fim, os contornos do direito à saúde e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, foi tratada a forma de como o direito à saúde é exercido, bem como as possíveis limitações para o seu pleno gozo, merecendo destaque institutos como o da 'reserva do possível' e do 'mínimo existencial'.

Por fim, no terceiro capítulo, é feita análise da judicialização das demandas por saúde na jurisprudência brasileira, buscando observar a fundamentação apresentada, bem como a observância (ou não) de possíveis institutos mitigadores do direito. Também é abordada a questão de embate principiológico, notadamente quando se deve entender pela aplicação do direito à saúde de um em detrimento do direito à saúde de outro.

# 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

## 1.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico brasileiro pauta-se em alguns pilares essenciais da sociedade e de sua democracia. Entre eles, pode-se dizer que os direitos fundamentais são de suma relevância, já que não só trazem garantias aos seus cidadãos, como também, em diversos momentos, limita e direciona a atuação estatal. Em breve síntese, aponta Cury (2005, p.1) que direitos fundamentais podem ser entendidos como:

[...] conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado; deve sua denominação ao caráter básico e fundamentador de toda ordem jurídica, com limitação espacial e temporal.

Percebe-se assim que, como apregoa Canotilho (2003, p. 375), os direitos fundamentais não só são vistos como garantia ao cidadão contra atuação do Estado, como também podem ser utilizados para exigir que este aja ou deixe de agir, a fim de que o direito em questão seja plenamente fruído.

Embora sejam eles, respectivamente, princípio e direito, suas acepções estão intimamente ligadas. Nesse sentido, destaca Sarlet (2012, p.106):

[...] não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa [...]. Objeto de acirrada polemização, não propriamente no concernente ao reconhecimento de uma estreita conexão, mas notadamente quanto às conseqüências a serem extraídas desta vinculação e ao modo pela qual se manifesta, tem sido a relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Neste contexto, vale referir [...] decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, na qual foi reconhecida a íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida. [...] Tal entendimento, [...] corresponde à tradição europeia no concernente à posição adotada por expressivas doutrina e jurisprudência europeias, destacando-se [...] posição de há muito adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde, de certo modo, chega-se a partir de uma espécie de fungibilidade entre a dignidade e a vida, no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de conseqüência, implica a violação do outro bem jurídico constitucionalmente tutelado. [...] Neste sentido, adotamos a posição advogada na Alemanha

por Michael Kloefer, que prefere resolver o dilema [...] dignidade ou vida pela fórmula dignidade e vida [...] sem que com isso se esteja a cancelar a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, para efeitos de uma série de aplicações, autônomo.

A importância do direito à vida e da dignidade da pessoa humana mostra-se evidente, independentemente de se entender (ou não) pela fungibilidade de seus conceitos. Sendo vistos como sinônimos, ou como complemento, fato é que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida ocupam um lugar de destaque, por se entender que eles são premissas para o estabelecimento e o reconhecimento dos demais direitos fundamentais.

Ingo Sarlet (2012, p.112) destaca ainda que, ao se analisar julgados acerca da matéria, é possível observar que a dignidade da pessoa humana vinculada ao direito à vida é trazida como um “metacritério”:

[...] constata-se – pelo menos entre nós e em expressiva parcela da doutrina [...] e da jurisprudência – um crescente consenso no que diz com a plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal sorte que também nesta esfera **a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto [...].** [grifo nosso]

Assim, embora o ordenamento traga direitos e princípios que vão reger as relações sociais, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida mostram-se o ponto de partida; a base para os demais direitos e princípios. É a partir da vida, pois, que se tem e se exige os demais direitos e deveres.

É preciso, portanto, sustentar o questionamento acerca de demais direitos relacionados ao direito à vida – em especial, o direito à saúde, foco deste trabalho. Se o direito à vida é um metacritério, os demais direitos que influenciam diretamente na vida humana também devem gozar desse *status*? Mais que isso: estariam esses direitos limitados a critérios como o de mínimo existencial ou reserva do possível? Ou sua relativização não deveria ser aceita em razão de se conectar diretamente com o direito à vida? Nesse sentido, afirma Sarlet (2012, p. 118):

[...] da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não violação), mas também um dever de promoção e proteção, a ser implementado inclusive – consoante já referido relativamente aos assim designados direitos sociais – por medidas positivas não estritamente vinculadas ao mínimo existencial [...].

Tem-se evidente, pois, a discussão acerca do direito à saúde relacionado com o direito à vida, bem como a sua limitação (ou não) ante institutos como o da reserva do possível e o do mínimo existencial. Antes, todavia, de se adentrar nos quesitos limitadores do gozo do direito, é preciso abordar, primeiramente, o direito à saúde e como ele é visto no ordenamento jurídico pátrio.

## 1.2. O CONCEITO DE SAÚDE

Para tratar de direito à saúde, é preciso, inicialmente, buscar a compreensão do que compõe a definição do termo “saúde” – algo, por si só, bastante abrangente e de difícil delimitação.

O conceito de saúde não deve ser visto como algo estanque, estático. Os seus contornos variam conforme os tempos e a evolução social ao longo dos séculos. Bianchi (2012, p.82), em breve síntese, destaca:

[...] Nessa era [pré história], concebia-se a doença como fenômeno sobrenatural para o qual o único tratamento e conhecimento disponível era a magia [...] O rompimento de tal modelo curativo só veio a se dar na Grécia antiga [...]. É da civilização grega da cidade-estado de Esparta um dos primeiros conceitos de saúde de que se tem notícia, fulcrado no brocado Mens Sana In Corpore Sano. [...]. O advento da Idade Média foi marco de retrocesso em tema de saúde [...]. Com o Renascimento [...], passou-se a conceber os males da saúde como fenômenos sociais de grande relevância, tanto para o indivíduo quanto para a sociedade, denotando a necessidade de intervenção do Estado para a sua proteção. [...] Na sociedade industrial do século XIX, agrega-se ao conceito de saúde um novo viés: há que se preservar a saúde do trabalhador para que sua doença não prejudique a produção de riquezas e o sistema capitalista.

Percebe-se, portanto, que a ideia de saúde estava intimamente ligada à de cura; mas não com ações preventivas. O conceito de saúde mostrava-se vinculado notadamente com a de doenças.

O tema saúde, contudo, ganha maior repercussão (e novos contornos) quando da criação, em 1946, da Organização Mundial de Saúde (OMS). O normativo que estabelece a criação da entidade traz, em seu preâmbulo, um conceito de saúde.

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. [...]Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

No próprio preâmbulo, é perceptível que o cerne de saúde deve transpor à simples ideia de que se trata tão somente em ausência de doenças ou de enfermidades. Tal posicionamento correlaciona-se com o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, notadamente em seu artigo 25, §1º, *in verbis*:

Art. 25, §1 - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Com a instituição da OMS, bem como com o que é estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nota-se que o conceito de saúde torna-se mais amplo e deve ser entendido não só como ausência de doenças, mas também como uma atuação plena, de forma a se prevenir as doenças e também de busca pelo bem estar. Essa ideia é corroborada por Schwartz (2001, p. 31), que aponta a superação da ideia de que saúde equivaleria à ausência de doenças, devendo, na verdade, ser entendido como um “completo bem estar físico, mental e social”.

É, contudo, justamente a ideia de bem estar trazida no conceito de saúde que atrai uma série de críticas, dada a sua carga de subjetivismo. Por óbvio, “bem estar” é algo relativo, cuja percepção irá variar conforme o utente, conforme ressaltam Bianchi (2012, p. 86) e Schwartz (2001, p.35). Bianchi (2012, p. 86) destaca ainda:

O conceito largo de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde é ineficiente do ponto de vista prático, porquanto a interpretação literal desse conceito conduz à conclusão de que todos aqueles que não alcançarem o estado de completo bem estar físico, mental e social estariam doentes [...].

Denota-se, pois, diante da ineficiência prática da conceituação de saúde dada pela OMS, que há necessidade de uma definição funcional e operacional de saúde – ao menos para os fins jurídicos de saúde só pode ser objetiva. [...]. Percebe-se então que a busca por um conceito de saúde não é apenas um debate meramente acadêmico, mas verdadeira necessidade jurídica. É somente a partir de uma natureza objetiva do bem jurídico que se permitirá criar um consenso social necessário para definir aquilo que poderia ser exigível do Estado. Saúde não representa sentir-se bem, mas estar, objetivamente, bem.

A mesma ideia de bem estar social é trazida pela Conferência Internacional sobre Cuidados Primários da Saúde, reunida em Alma-Ata, em setembro de 1978. No encontro, foi firmada Declaração (OMS, 1978, p.1), que estabeleceu:

- I) A Conferência enfatiza que a saúde – estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde. [...]
- IV) É direito e dever dos povos participar individual e coletivamente no planejamento e na execução de seus cuidados de saúde.
- V) Os governos têm pela saúde de seus povos uma responsabilidade que só pode ser realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.
- VI) Os cuidados primários de saúde são cuidados essenciais de saúde baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país possam manter em cada fase de seu desenvolvimento [...].

Com isso, resta evidente que o conceito de saúde é abrangente e subjetivo, fazendo com que a sua delimitação seja tarefa árdua e com conseqüências jurídicas diversificadas, haja vista que, conforme o conceito e a delimitação dada, maior ou menor deve ser o esforço do Estado para garantir as políticas públicas afetas à área.

Logo, a complexidade do conceito de saúde acaba por reverberar também no próprio direito à saúde e a forma como ele é visto e aplicado no país – seja em políticas públicas, seja em decisões judiciais.

### 1.3. O DIREITO À SAÚDE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde foi relacionado pela Constituição Federal, no caput de seu artigo 6º, como um direito social. Já em seu artigo 196, a Carta Magna indica o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, que passa a ter a obrigação de desenvolver políticas públicas para a sua implementação. Nesse cenário, afirmam Schwartz e Bortolotto (2008, p.258):

Embora todas as Constituições anteriores possuíssem normas tratando da saúde, o enfoque principal sempre foi no intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Todavia, a Constituição de 1988 passou a tratar a saúde como verdadeiro direito fundamental do cidadão. São diversos os dispositivos constitucionais que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social.

Em que pese o raciocínio guardar lógica, a discussão quanto à sua aplicabilidade persiste no mundo jurídico – tanto na doutrina quanto nos tribunais. Esse debate abrange os mais variados aspectos – desde a própria compreensão do que seria esse direito à saúde e seu reconhecimento como direito social às limitações a que ele se submete.

É possível observar que a celeuma começa já pela possibilidade (ou não) de se cumprir o estabelecido no texto constitucional – concedendo o direito à saúde de forma plena.

Primeiramente, tem-se a discussão sobre o direito à saúde universal e igualitária e as obrigações que esse modelo gera ao Estado brasileiro. Isso porque essa obrigação estatal fomenta o debate sobre como criar políticas públicas que atendam a esse objetivo, sem que se prejudique o orçamento e as demais políticas públicas de responsabilidade do Estado, tão importantes quanto para a sociedade.

Persiste aqui a questão do direito à saúde e o direito à vida – se relacionados estão, questiona-se se o direito à saúde deveria assumir para si a mesma função de metacrítério aplicada ao direito à vida.

Em segundo lugar, tem-se o fato de que a realização do direito à saúde poderia esbarrar em conceitos como o da reserva do possível e também sobre um possível entendimento a ser firmado quanto ao que comporia o mínimo existencial a ser prestado pelo Estado – gerando o questionamento sobre a atuação do Estado e o alcance de suas políticas públicas – tema a ser tratado em próximo capítulo deste estudo. Antes, contudo, de efetuar essa análise, reputa-se importante realizar uma breve e prévia explanação sobre a previsão constitucional do direito à saúde e suas limitações.

Como já mencionado, a Constituição estabeleceu que o direito à saúde é um direito fundamental, além de ter capítulo próprio na norma constitucional. Sobre essa tratativa dada ao tema pela constituição brasileira, Schwartz e Bortolotto (2008, p.257-259) ponderam:

São diversos os dispositivos constitucionais que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. [...] Ainda é importante salientar que o artigo 197 da Constituição Federal reconhece que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da Lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...] O artigo 198, por sua vez, formulou a estrutura geral do Sistema Único de Saúde (SUS), considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada [...]. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde.

Outro ponto a ser destacado é que, ainda no texto constitucional, em seu art. 200, é possível verificar um rol não taxativo das atribuições do Sistema Único de Saúde, que variam desde o controle de procedimentos e produtos, passando pelo acompanhamento e pela execução de ações em áreas como vigilância sanitária e epidemiológica, ou até mesmo a fiscalização e controle de substâncias diversas.

Todavia, Cury (2005, p. 95) destaca alguns pontos que seriam essenciais e funcionariam como verdadeiros pilares da saúde pública.

Pode-se detectar quatro pontos prioritários estabelecidos pelo constituinte no que diz respeito à área de saúde: prestação do serviço de saneamento [...], atendimento materno-infantil [...]; ações de medicina preventiva [...]

ações de prevenção epidemiológica [...]. O saneamento básico é isoladamente a medida de saúde pública mais importante. **Estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade mundiais decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado.** Da mesma forma, o atendimento preventivo em geral, em particular à gestante e à criança, bem como as ações preventivas de epidemias, são medidas de saúde pública de necessidade e impacto coletivos, capazes de estabelecer a melhor relação custo-benefício na matéria, pois preserva as condições de saúde do paciente, evitando despesas maiores no futuro com ações de saúde reparadoras. O efeito isolado pretendido pelas normas em questão, portanto, é que as pessoas tenham acesso a todas as prestações de saúde possíveis e, prioritariamente, que esses quatro objetivos sejam realizados. [grifo nosso]

É possível perceber, pois, que o espectro é amplo e muitas as áreas são abrangidas pelo conceito saúde e direito à saúde – entendido não só como o tratamento para uma doença contraída, mas para toda a busca de bem estar e de prevenção. Mais do que isso, demonstra outras medidas, que não são somente o tratamento de doenças já contraídas pelas pessoas, são tão (ou mais) essenciais no que se refere à saúde, a exemplo do saneamento básico, essencial para a prevenção de endemias.

Tem-se, assim, que o direito à saúde é, tomando por base o ordenamento jurídico brasileiro, bastante amplo e difícil de ser delimitado. Entretanto, parece ser o entendimento comum na doutrina que esse direito, ainda que de difícil limitação, é exigível – podendo ser oponível contra o Estado, na busca da efetiva prestação estatal para exercício do direito. Isso porque, entende-se, o direito à saúde seria um direito indisponível, devendo o Estado pautar suas ações na plena satisfação e prestação. Schwartz e Bortolotto (2008, p. 259) afirmam:

Partindo das normas constitucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, pode-se classificar o direito à saúde como um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia e efetividade. Portanto, o direito público subjetivo à saúde é indisponível [...].

No mesmo sentido, Sarlet (2007, p. 5) complementa:

[...] importa considerar que sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação. Evidentemente – ainda que a Constituição não o tenha referido expressamente – também os particulares não poderão ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde. Basta atentar

para o fato de que ofender a integridade física e moral de seus semelhantes constitui, em muitos casos, conduta punível na esfera criminal ou, pelo menos, cível. De outra parte, poderá se sustentar eu existe, de certa forma, um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), ensejando até mesmo e dependendo das circunstâncias do caso concreto, uma proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter (ao menos em parte), irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Com isso, resta evidenciado que o direito à saúde compõe o grupo de direitos irrenunciáveis e indisponíveis, característica que será determinante para a atuação judicial ante os pleitos de concessão, seja de medicamento, seja de tratamento.

A função do Sistema Único de Saúde (SUS) é, portanto, diretamente vinculada a essa conceituação, haja vista que o próprio papel a ser desempenhado foi, conforme desenho estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, diretamente vinculado a tais questões, nos termos postos por Barroso (2007, p. 16):

O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. [...] A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

O SUS, pois, tem função precípua de promover a saúde a todas as pessoas, aplicando-se aqui o entendimento de que saúde não é apenas o tratamento específico de uma doença, mas também a proposta de bem estar, já tratada no início deste trabalho.

Delimitado o direito à saúde e entendendo como se dá a prestação por parte do Estado (em especial, quanto à atuação do SUS), é necessário pensar, a partir daí, se essa prestação deve se dar de maneira plena ou se, ao contrário, estará limitada por outras questões, a exemplo de princípios como o da reserva do possível e do mínimo existencial.

## 2. EXERCÍCIO E LIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Já foi visto que o conceito à saúde é amplo e de difícil delimitação; da mesma forma que o direito à saúde é indisponível e gera para o Estado uma obrigação positiva, um dever de agir. Para tanto, este se vale, corriqueiramente, do Sistema Único de Saúde, entendido como, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.080/90, “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Antes de seguir, é interessante destacar também o entendimento sobre saúde trazido e firmado pela própria Lei nº 8.080/90:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem **acesso universal e igualitário às ações e aos serviços** para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. [grifo nosso]

Tem-se então a indicação de características como “acesso universal e igualitário” atribuídas à prestação de saúde. Importante se faz verificar, de modo mais aprofundado, em que consiste esse acesso universal e igualitário, até mesmo pela subjetividade dos termos. Nesse contexto, Sarlet e Figueiredo (2010,p.22) demonstram:

A garantia de “acesso universal e igualitário” (CF, art. 196) às ações e aos serviços de saúde coaduna-se [...] com a exigência de cotejo entre a necessidade da prestação postulada e as reais possibilidades do interessado e da sociedade em oferecê-la, o que justifica o questionamento da equiparação entre as noções de universalidade e gratuidade de atendimento e tratamento. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, pode-se sustentar que a efetiva necessidade haverá de consistir em parâmetro a ser sopesado na avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia [...] assimilada à noção mais corrente de equidade [...] assim como ao princípio da proporcionalidade. [...] Ao contrário do que defende parcela

da doutrina, **a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais.** A concepção de igualdade substancial [...] pode levar à restrição da gratuidade [...] do acesso e das prestações oferecidas no âmbito do SUS, como já verificado em algumas políticas públicas, assim como sustentado em doutrina e jurisprudência. [grifo nosso]

Já no que toca à integralidade do atendimento, importante observação fazem os autores (2010, p.22):

Quanto à integralidade do atendimento, [...] importa lembrar a existência de **limites de ordem técnica e científica** ao deferimento de certas prestações materiais, calcados em critérios de segurança e eficiência do tratamento dispensado que, em sentido mais amplo, reportam-se também às noções de economicidade. [grifo nosso]

Em que pese diversos autores trazerem ao debate a norma legal que entende a saúde como sendo um direito universal e igualitário, é preciso que se compreendam as limitações do seu exercício. Nesse sentido, boa parte da doutrina aponta o ‘princípio da reserva do possível’ e o “mínimo existencial” como elementos impeditivos do pleno gozo do direito em questão.

No que tange à ideia central de mínimo existencial, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 23) ressaltam, de pronto, que ele “não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência”. Destacam os autores (2010, p. 25):

[...] há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomando aqui em seu sentido mais amplo [...]) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Torres (2004, p. 463), por sua vez, afirma:

Parece-nos que a solução terá que vir pela maior clareza na distinção entre mínimo existencial (ou direitos fundamentais sociais) e direitos sociais, a ver qual o exato limite dentro do qual é obrigatório prever e implementar a entrega de prestações públicas.

De fato, o elemento “mínimo existencial” gera muita discussão entre doutrinadores e entre aplicadores do direito, em especial, pela dificuldade de dar ao instituto um

contorno claro e, por conseguinte, de aplicá-lo. Regra geral, todavia, leva-nos a entender que o mínimo existencial é composto pelo conjunto de elementos importantes a uma vida digna ao cidadão.

Ora, é sabido que o direito à saúde é de suma relevância e que afeta direitos básicos essenciais, a exemplo do direito à vida – sendo considerado por alguns doutrinadores, como já mencionado neste trabalho, um metacritério. No entanto, faz-se necessário delimitar o seu significado, justamente para que os seus efeitos (a limitação do pleno gozo de um direito, por exemplo) sejam devidamente obtidos. Para Barroso (2007, p.11),

[...] o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Se o direito à vida é um metacritério e se o direito à saúde deve ser entendido como vital para a manutenção do direito à vida ('vida' no sentido mais amplo, e devendo 'saúde' ser entendido aqui como algo muito mais abrangente do que a ideia de mera ausência de doenças), o desafio estaria justamente em definir quais temas do direito à saúde comporiam o chamado mínimo existencial para, só então, vê-lo aplicado no Judiciário.

Sobre o mínimo existencial, no que tange a sua abrangência e aplicação em pleitos judiciais, Grinover e Watanabe (2013, p. 133) elucidam:

Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça. É nesse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência da lei ou da atuação administrativa. O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.

Concluem ainda os autores que, para a sua plena aplicação pelo Poder Judiciário, outro princípio deve ser invocado nessa tarefa de interpretar: o princípio da razoabilidade, a ser aplicado em cada caso concreto. Fonte (2013, p. 203) também destaca a dicotomia que envolve o tema, ao afirmar:

[...] há consenso no campo da filosofia moral a respeito da necessidade de proteção e promoção estatal de um conjunto mínimo de direitos, o qual, a despeito de pequenas diferenças terminológicas, aqui se tem por sinônimo de mínimo existencial. Estes direitos são ora condição essencial para a fruição das liberdades liberais (Rawls) e/ou dos valores comunitários (Walzer), ora necessários ao engajamento no processo democrático-deliberativo (Habermas). Assim, mesmo os autores contrários à ideia de exigibilidade judicial dos direitos de natureza prestacional, normalmente tidos por ineficazes ou apenas parcialmente eficazes, admitem a existência de direitos cuja prestação é essencial para a própria manutenção do Estado e do regime de governo democrático.

Fonte (2013, p. 209) complementa ainda ao fazer menção ao direito às prestações necessárias à manutenção da vida:

O primeiro conjunto de prestações ligadas ao mínimo existencial diz respeito à manutenção da vida humana e do seu desenvolvimento sadio. [...] é exatamente esta a ideia inicial que ocorre: o mínimo existencial como mínimo vital. [...]. Este, portanto, o primeiro conteúdo básico do mínimo existencial; o direito de receber as prestações básicas necessárias à manutenção da vida. [...] Do ponto de vista da saúde pública, o texto constitucional dá margem à interpretação de que as prestações de saúde necessárias à garantia da vida humana são imediatamente exigíveis, deixando as demais prestações a serem definidas por políticas públicas determinadas pelo legislador e pelo Administrador Público. A pretensão universalista do art. 196, da Constituição Federal de 1988, embora louvável do ponto de vista de meta social, revela-se absolutamente inviável no plano prático, de modo que não pode ser acolhida sem ressalvas. De toda sorte, ao condicionar o “direito à saúde” [...] às políticas sociais e econômicas, tem-se que o art. 196 somente pode ser interpretado como uma norma principiológica. Portanto, as pretensões de saúde pública destinadas à manutenção da vida são imediatamente exigíveis nesta concepção abstrata de mínimo existencial, mas não o resto, que depende de políticas públicas. Nota-se que na construção do mínimo *in concreto*, pode o magistrado considerar, com base na lógica do seguro, que a tributação justifica prestações de saúde mais abrangentes que a defendida aqui.

Nota-se, assim, que a discussão acerca do mínimo existencial está longe de chegar a um consenso, muito embora grande parte da doutrina entenda que esse mínimo acaba preponderando em grandes discussões e projetos da administração pública, haja vista que, em razão dele, muitos outros projetos não são realizados.

Outro elemento que participa diretamente desta discussão é o chamado de “reserva do possível”. Vinculando-se mais à questão de orçamento e de capacidade estatal em efetivamente cumprir com a prestação positiva, a reserva do possível acaba por trazer a ideia de “fazer o que dá”. Possui, pois, ligação com a disponibilidade financeira para executar e cumprir os deveres estabelecidos à entidade estatal.

No tocante à saúde, a Constituição Federal, em seu art. 196, deixa claro que o Estado deve implementar o direito à saúde por meio de “políticas públicas 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”.

Tem-se que o princípio da reserva do possível é, por certo, um dos argumentos mais apontados pela Administração Pública para a falha ou a inexistência de políticas públicas adequadas – não somente na área da saúde, mas em diversas outras. Grinover e Watanabe (2013, p. 138) afirmam, contudo, que a mera alegação da reserva do possível não obsta o cumprimento das políticas públicas estatais e que é preciso prová-la. Destacam ainda que, em caso de violação, o Judiciário estaria autorizado a intervir quando provocado, podendo inclusive determinar a inclusão de determinadas políticas em orçamento.

Ressalvaram também os autores que, em casos de urgência e violação do mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito (2013, p. 139).

Quanto à reserva do possível, Barroso (2007, p. 25) faz observação sobre a forma de ler esse princípio – e como ele vem se modificando. O autor destaca que, ao longo dos anos, o entendimento firmado era o de que os recursos públicos não seriam suficientes para suprir todas as demandas sociais – o que acabaria levando o Estado a ter que decidir, entre as políticas que deve desenvolver, quais são as prioritárias. Barroso ressalva que “[...] investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais”.

No entanto, o autor destaca que, de forma mais recente, outro entendimento vem sendo adotado em decisões judiciais – em especial, as demandas judiciais que pleiteiam medicamentos. Afirma Barroso (2007, p. 25):

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.

Assim, Barroso suscita uma questão que vai além da análise simples da obrigatoriedade do Estado em fornecer (ou não) medicamentos (ou mesmo tratamentos de saúde), com base na prioridade de programas vinculados às obrigações positivas. Tem-se aqui uma verdadeira questão de equilíbrio: de um lado, tem-se a demanda por medicamentos ou tratamentos (muitas vezes experimentais e até fora do país) e de alto custo e, de outro, os programas de baixa complexidade, mas que demandam recursos.

Ora, o que se alega – e há de se respeitar a lógica do raciocínio – é que, ainda que grande parte da má prestação dos serviços seja em razão de como o Estado administra seus recursos, não é possível falar em concessão de medicamentos ou tratamentos de alto custo sem que isso gere um impacto em todos os demais que utilizam o sistema de saúde. Se o dinheiro vai para um lado, possivelmente faltará para o outro.

De fato, as políticas públicas devem estar previstas na Lei do Orçamento Anual (LOA), além da Lei de Diretrizes Orçamentária e no próprio Plano Plurianual (PPA). Sendo assim, importante registrar, os programas voltados para área da saúde devem ser previstos pelo Estado, na gestão do seu orçamento.

As ações a serem previstas e possivelmente adotadas pelo Estado acabam tendo, contudo, um viés político – quando da escolha das ações e programas a serem executados, conforme aponta Assis (2012, p. 77):

A partir de decisões políticas, destinam-se as receitas públicas e a maneira de melhor gastar os recursos arrecadados pelo Estado. É essa discricionariedade, por exemplo, que permite ao Estado gastar mais ou de forma mais eficiente. Opta-se por investir mais de uma área para, assim permitir o efeito multiplicador de recursos, em detrimento de outro tipo de investimento em outra área específica. [...] Essa é talvez uma diferença fundamental que deve ser levada em consideração quando se estrutura uma peça orçamentária. Saber quais são essas escolhas políticas é fundamental para que, posteriormente, elas possam ser encaixadas nos limites de receita que um Estado possui. [...] Significa que, a partir de um conhecimento global do custo de um programa, pode-se fazer a opção política de **implementá-lo ou não de acordo com as disponibilidades orçamentárias daquele ano** e das projeções orçamentárias para os anos subsequentes. [grifo nosso]

Percebe-se então que a observância do orçamento para a condução e execução de programas e para a atuação estatal deve respeitar as previsões de recursos, sob pena de desobediência ao disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e até de recair nas previsões trazidas pela Lei de Improbidade (Lei 8429/92).

Ainda assim, não é possível que essa discussão se resuma a questões financeiras ou orçamentárias. Mesmo que o orçamento seja um aspecto de suma importância, o tema de direito à saúde abarca outras questões tão relevantes quanto: o próprio direito à vida – e a sua vinculação com o direito à saúde, já debatido no primeiro capítulo deste trabalho.

Outro princípio também muito tratado nessa celeuma é o da solidariedade, que, comumente aplicado nas questões previdenciárias, deve ser entendido aqui, segundo demonstram Alexandrino e Paulo (2015, p. 375), como “um dos mais importantes princípios orientadores da seguridade social como um todo [...]. Com efeito, o caput do art. 195 da Lei Maior é peremptório ao asseverar que a ‘seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta’”. Da mesma forma, o direito à saúde acaba por atingir também as questões de solidariedade – já que imputa a todos os cidadãos o custeio e a administração (por meio do Estado) de políticas voltadas para a área.

O direito à saúde, assim como outros direitos fundamentais e sociais, acaba ficando sujeito à criação e à aplicação de políticas públicas para efetivá-lo. No que tange às

discussões sobre o direito à saúde, fica claro que tais institutos mitigadores são indicados por parte da doutrina e, por vezes, também na jurisprudência pátria.

É possível compreender, por exemplo, que o Estado nem sempre terá recursos para investir e desenvolver políticas públicas adequadas, de modo a garantir acesso ao direito em questão de forma “universal e igualitária”. De outra forma, têm-se intervenções judiciais que autorizam dispêndio de recursos em tratamentos alternativos ou muito onerosos – e, por conseguinte, toda a discussão sobre a sua inclusão, ou não, dessas questões no direito à saúde.

Partindo desse cenário de contraposição, fica-se diante da atuação do Poder Judiciário brasileiro, cada vez mais demandado para que obrigue o Estado fornecer determinado tipo de tratamento ou medicamento. Não se pode negar, por evidente, que a demanda elevada se dá justamente em razão da ineficiência estatal na prestação de seus serviços afetos à área da saúde. Entretanto, o Judiciário, de modo geral, não chega a entrar, de forma aprofundada, nos aspectos de arrecadação e orçamento ao proferir suas decisões.

Ao fim, o que se extrai do embate entre essas duas posições é se o Judiciário deveria ou não atender tais demandas individuais perante a ineficiência estatal na prestação de seus serviços. Nesse sentido, Grinover e Watanabe (2013, p. 140) mostram-se contrários a essa possibilidade. Afirmam os doutrinadores:

O pressuposto e os limites acima indicados são necessários e suficientes para coibir os excessos na intervenção judicial em políticas públicas. Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível.

Tem-se, assim, que parte da doutrina compreende que o direito à saúde a ser fornecido pelo Estado não abrangeria demandas individuais e de alto custo. Por outro lado, há quem defenda a concessão dos pleitos da saúde, independentemente

de se valor ou autorização legislativa. Kazuo Watanabe (2013, p. 221), em análise sobre essa divergência doutrinária, pondera:

A doutrina não é pacífica a respeito. Há os que defendem [...] a tese de que todos os direitos fundamentais sociais são judicializáveis, ou seja, tuteláveis pelo Judiciário independentemente do limite fático, sem necessidade de indagar se existem, ou não, os recursos necessários para a sua implementação. Para os defensores desse entendimento, “sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, mordomias para ex-presidentes e outras autoridades, etc.) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo. Os problemas de ‘caixa’ não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais” (CUNHA JÚNIOR, Dirley de, Op. cit. p. 666).

Por se tratar de direito sensível à condição humana, a saúde foi rapidamente objeto do movimento de judicialização, que progressivamente tem canalizado as políticas públicas para a dinâmica das ações processuais. A avaliação judicial desse fenômeno eminentemente político impôs nova dinâmica aos efeitos por ele produzidos. O ciclo original das políticas públicas pressupõe basicamente quatro etapas: agenda, formulação, implementação e avaliação.

Na etapa da formação de agenda, são definidas as prioridades. As prioridades, que emergem da satisfação tanto das necessidades consideradas urgentes da população quanto do programa de governo desenhado no Plano Plurianual, são consideradas justamente pela impossibilidade de atendimento de todas as necessidades sociais.

Passada para a formulação, é preciso que se tracem todos os cenários possíveis do estado atual de coisas e projeções de desviantes para construção de uma política segura; após, são feitas escolhas sobre o modelo da política a ser implementada. Esses dois momentos têm por ponto sensível a previsão de fonte de custeio, conforme o tempo de duração da política.

A implementação, que é a execução de todo o planejamento realizado anteriormente, igualmente pode ser influenciada pelo fator orçamentário/financeiro, uma vez que cenários de crise e contingenciamento, bem como eventuais custos

excessivos não detectados na fase de formulação podem drenar o montante destinado para determinada política pública.

Assim, posto em relevo, o debate acerca dos custos das políticas públicas não parece nada desprezível; ao contrário, ele assume protagonismo por força da tensão ocorrida entre a arrecadação e as responsabilidades atribuídas a cada ente federativo pela Constituição.

Apesar disso, como já mencionado, o tema é negligenciado pelo Poder Judiciário que, seja por sua falta de conhecimento de todo o ciclo das políticas públicas ou por miopia institucional, sempre pauta suas decisões em ponderações rasas e parcamente fundamentadas para intervir duramente nas políticas públicas de saúde. Diante disso, pertinente é efetuar a análise da atuação judicial ante os pleitos da área de saúde, já que, em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, afetado ao regime dos recursos repetitivos, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a discussão tomou destaque nacional.

### **3. DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS POR SAÚDE**

A ineficiência na prestação dos serviços estatais no que se refere à área da saúde, somada à divulgação recorrente na mídia sobre os casos mais polêmicos, como já mencionado neste trabalho, tem feito o Poder Judiciário cada vez mais atuante em casos afetos ao tema, notadamente na concessão de tratamentos ou medicamentos de alto custo e/ou experimentais.

Não fosse suficiente todo o debate acadêmico, a discussão ganha mais uma contribuição para o debate – ainda que, até o presente momento, sem solução. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 566.471, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Em breve síntese, o Recurso Extraordinário discute a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicação de alto custo e não previsto na lista do SUS a um paciente. Não se fala aqui de uma liberação de tal medicação a todos os cidadãos que utilizam (ou

possam um dia vir a utilizar) o determinado medicamento, mas sim um pedido de liberação a um caso específico; uma liberação pontual – que acabou ganhando maiores contornos, haja vista o reconhecimento de sua repercussão geral.

No julgamento, suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, o Ministro relator Marco Aurélio estabelece a relação do pleito com a sua repercussão geral, a saber:

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Nota-se, pois, que o voto sinaliza um possível acatamento do pleito, ainda que sob algumas condições, como imprescindibilidade do medicamento e incapacidade financeira do doente e sua família. Entretanto, a análise acerca do tema no julgado mostra-se superficial e insuficiente, necessitando de um debate mais robusto antes de se concluir sobre a questão. Sobre a decisão, Burgo (2013) faz breve análise de seu teor num comparativo com outro Recurso Especial – o de nº 605.533, a saber:

Acontece que, no RE nº 566.471-6, a matéria sobre a qual o STF decidiu haver repercussão geral diz respeito, como já dito, à responsabilidade de o Estado custear medicamentos de alto custo. E no RE 605.533, o reconhecimento da repercussão geral foi sobre a “legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas”. Nota-se que as análises sobre o tema são sempre superficiais, ao ponto de haver confusão em matérias claramente definidas nos votos de reconhecimento de repercussão geral publicados pelo STF.

De fato, a crítica quanto ao teor das decisões é feita por parte da doutrina. Em algumas decisões, a fundamentação nem sempre se pauta em quesitos técnico-legais. Para outros autores, ao contrário, é preciso verificar critério extra judiciais para a tomada de decisão. Nesse sentido, aponta Schwartz (2008, p. 261):

Nesse vértice, no sistema jurídico, os direitos fundamentais criam tensões, problemas que necessitam de soluções [...]. Nesse sentido, os direitos fundamentais conformam o sistema jurídico, exigindo dele uma resposta

que o (re)cria a partir de seus próprios elementos. Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde toma corpo. Torna-se relevante que, nos julgados, os Tribunais não decidam a partir de critérios extrajurídicos. Que tomem como base e premissa o caráter fundamental desses direitos e que decidam com base no código específico de sua atuação, legitimadores de sua atuação procedimental: Direito (Fundamental) / Não-Direito [...].

Casos que ensejam o debate sobre o direito à saúde são, cada vez mais, verificados no Judiciário brasileiro. Essas discussões têm se tornado cada vez mais frequentes – tanto as que envolvem obrigatoriedade de fornecer medicação de alto custo (estando ou não na lista do Sistema Único de Saúde), como as que obrigam o Estado a custear tratamentos de elevada monta no exterior – por ausência ou insuficiência desses tratamentos tidos como de ponta e inovadores na rede pública de saúde. Mais uma vez, registre-se, casos destinados a pessoas específicas em demandas pontuais e não um pleito coletivo para se atingir uma grande quantidade de pessoas.

A título meramente exemplificativo, cita-se aqui o caso da menina Sophia Gonçalves de Lacerda, portadora da síndrome de Berdon<sup>1</sup>, somente tratável mediante transplante multivisceral. O tratamento pleiteado pela autora foi plenamente deferido, conforme decisão dada Justiça Federal do Estado de São Paulo, nos autos nº 0001778-95.2014.403.6110 (Brasil, 2014, p.05), nos termos:

Providencie, tudo por conta de suas diligências administrativas e expensas, no prazo de 15 (quinze) dias, todas as iniciativas pertinentes à remoção da criança ao exterior e sua internação no Jackson Memorial Medical de Miami, nos Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar.

O teor da decisão demonstra que o custo desse tratamento, por certo, é bastante elevado. Como dito, o caso da menina Sophia é apenas um exemplo de tantos outros que surgem no Judiciário e relatados pela mídia.

Em análise da jurisprudência dos tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, tem-se, para o período de 01/01/2015 a 30/09/2017, o quantitativo de 01

<sup>1</sup>Doença que impede a digestão de alimentos e curável somente mediante o transplante de órgãos do aparelho digestivo. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/noticia\\_25576224\\_trf3\\_determina\\_remocao\\_de\\_bebe\\_com\\_sindrom\\_e\\_de\\_berdon\\_a\\_hospital\\_em\\_miami.aspx](http://www.editoramagister.com/noticia_25576224_trf3_determina_remocao_de_bebe_com_sindrom_e_de_berdon_a_hospital_em_miami.aspx)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

acórdão e 109 decisões monocráticas, para a chave de pesquisa “SUS” e “custo do tratamento”. O acórdão entendeu que o fornecimento de medicamento não poderia se limitar à lista do Sistema Único de Saúde. Para a chave de pesquisa “SUS”, “custo” e “orçamento”, foram encontradas 26 decisões monocráticas naquela Corte para o período indicado. Já para a chave de pesquisa “SUS”, “custo”, “direito à vida”, foram 52 decisões monocráticas, em igual período.

Em consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o mesmo período, foram verificados os seguintes quantitativos para as referidas chaves de busca:

- Chave de pesquisa 01: “SUS” e “custo do tratamento”: 07 acórdãos;
- Chave de pesquisa 02: “SUS”, “custo” e “orçamento”: não localizadas decisões para o período de busca;
- Chave de pesquisa 03: “SUS”, “custo”, “direito à vida”: 02 acórdãos.

Para fins análise neste trabalho, verificou-se tão somente os pontos tratados nos acórdãos das duas Cortes, no período de 01 de janeiro de 2015 a 30 de setembro de 2017.

O acórdão citado para a chave de busca “SUS” e “custo do tratamento”, proferido pelo STF, não entrou no mérito sobre a questão do alto custo da medicação pleiteada na ação. Firmou o entendimento, na verdade, sobre a responsabilidade solidária entre os entes federados no cumprimento da obrigação prestacional de saúde (medicamentos) e afirma que a “lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica.” A Suprema Corte entendeu ainda que, diante da necessidade de reavaliar o conjunto fático-probatório, isso inviabilizaria o recurso extraordinário (Brasil, 2016, ARE 977190 AgR).

Já da análise dos acórdãos do STJ, restou verificado que o cerne das discussões encontradas está, notadamente, em dois pontos: a existência da responsabilidade solidária entre os entes federados, no que se refere a demandas de saúde; e o pleito corriqueiro de fornecimento de medicamentos – tanto os de alto custo quanto os não

autorizados pela legislação pátria – que não estão na lista de medicamentos do Sistema Único de Saúde. Em alguns pontos, é possível verificar a menção do princípio da reserva do possível na fundamentação, mas, registre-se, de maneira superficial e sem grande análise do impacto dessas decisões no orçamento e no dispêndio de recursos públicos para um caso concreto.

Independente disso, a observância desse tipo de pleito no Judiciário brasileiro tem frequentemente, sido comum. Bianchi (2012, p. 124) ressalva a tendência à judicialização que se parece enfrentar no país:

Colhe-se dos dados do Ministério da Saúde que, em 2005, havia 387 (trezentos e oitenta e sete) demandas judiciais, quantitativo esse que passou para 2.006 (dois mil e seis) em 2008. Para atender a essa demanda, houve a disponibilização de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) em 2008, o que representa um aumento de gastos públicos com demandas judiciais de medicamentos na proporção de 30 (trinta) vezes em um triênio.

Em que pese haver tais processos julgados (e outros tantos em trâmite na Justiça), é preciso reforçar que não há, ainda, um entendimento uníssono; uma concordância geral por parte dos aplicadores do direito quanto à possibilidade de prestar todo e qualquer tipo de atendimento relacionado à saúde, por entender que isso estaria intrinsecamente ligado ao direito à vida.

O que se tem são várias decisões, monocráticas ou acórdãos, que tratam de forma distinta os pleitos, ainda que semelhantes. Nessa conta verifica-se a adição, por vezes, de princípios como o da solidariedade, também já mencionado no capítulo anterior – quase como justificativa para que a sociedade, por meio da atuação estatal, arque com as despesas desses tratamentos e medicamentos; ou da reserva do possível e do mínimo existencial para justificar uma negativa do pedido.

Outra questão também comumente observada é em relação à isonomia – notadamente entre as pessoas que precisam utilizar o serviço de saúde. A partir do momento em que alguém consegue, por meio da via judicial, que o Estado forneça um determinado tratamento de saúde (e, por muitas vezes, em caráter de urgência), é possível verificar alguma evidência de que o princípio da isonomia está sendo mitigado, já que aquele que ingressou com a ação consegue o direito pleiteado em

detrimento de outros tantos cidadãos que almejam o mesmo benefício, mas que continuarão esperando por ele.

Tem-se ainda a atuação do Judiciário e o seu entendimento sobre o que seria direito à saúde, sobre o raio de atuação do Sistema Único de Saúde e sobre quais as barreiras a serem postas ou transpostas. Muitas são as lacunas. Não se pode afirmar, de plano, que o Estado tem que arcar com toda e qualquer despesa de tratamento de saúde. Levantam-se outros questionamentos, como se essa política pública afetaria outras áreas em razão dos recursos disponíveis; ou se outros serviços, mais preventivos, não estariam também ligados à saúde e, portanto, deveriam ser prioritários os investimentos na área, a exemplo do saneamento básico e ações de prevenção de doenças.

Grinover e Watanabe (2013, p. 132), em análise do voto proferido pelo Ministro do STF, Celso de Mello, na ADPF nº 45-9, destacaram:

[...] percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Ante essa afirmativa, vislumbra-se, pois, a possibilidade de o direito à saúde ser aplicado, podendo contar com o poder coercitivo do Poder Judiciário – mas desde que observados os requisitos para essa intervenção. Destaca-se que os mitigadores da aplicação plena do direito à saúde mais citados são o mínimo existencial e a reserva do possível, já discutidos no capítulo anterior deste trabalho.

Corroboram com essa ideia o entendimento de Bianchi (2012, p. 99), que ressalva que a ideia de integralidade de atendimento não deve ser visto como direito subjetivo da parte para todo e qualquer tratamento ou medicamento, sobretudo os que são experimentais, de alto custo financeiro para o SUS. Afirma o autor:

[...] diz-se que o atendimento do sistema é integral porque [ele] envolve as ações coletivas, de saúde pública, e as individuais, de assistência médica e hospitalar, curativa e preventiva. Ou ainda porque se entende que todas as

ações e serviços de saúde (promoção, proteção ou recuperação) são uma realidade una, e, portanto, inseparável, constituindo-se em um todo que atua de modo harmonioso e contínuo.

Isto é: o atendimento é integral porque não se limita unicamente ao caráter de promoção, proteção ou recuperação de saúde, mas, pelo contrário, justamente porque abrange todos eles concomitantemente. É sob esse aspecto que a integralidade deve ser encarada no sistema constitucional de saúde brasileiro.

Assim, tem-se que institutos como reserva do possível e mínimo existencial devem ser aplicados, a fim de se chegar a uma decisão mais justa. Entretanto, em termos práticos, enquanto a doutrina tenta estabelecer critérios para a aplicação do direito, o Judiciário parece caminhar em sentido oposto, ao deferir pedidos sem levar em conta todos os aspectos que envolvem as políticas públicas de saúde, mas tão somente os pontos trazidos, de forma rasa, no caso concreto.

Por fim, cabe ainda uma última discussão acerca da aplicação do direito, em especial, no tocante a um suposto embate de interesses – o dos cidadãos e o do caso concreto.

### 3.1. O EMBATE PRINCIPIOLÓGICO

Viu-se até o momento que a discussão do exercício do direito à saúde tem sido comum na rotina dos tribunais brasileiros. Viu-se também que a discussão se dá em torno da ligação do direito à saúde com o direito à vida, e, como contraponto para seu pleno exercício, surgem institutos como o mínimo existencial, a reserva do possível e a solidariedade.

Em que pese, por vezes, o Judiciário entender que a aplicação do direito à saúde deve ser feita, ainda que isso venha a prejudicar questões orçamentárias, esse ativismo judicial em demandas afetas à área de saúde vem sendo alvo de discussão e, por vezes, de críticas. Bianchi (2012, p. 122) afirma:

Procedendo-se uma análise evolutiva, é possível constatar que a atuação judicial em matéria de saúde e fornecimento de medicamentos era bastante contida e tímida – tanto que as normas constitucionais em tema de direito social à saúde eram consideradas como normas meramente programáticas. Porém, essa possível passividade e autocontenção judiciária rapidamente

se transmutou para um cenário de excessiva judicialização e inegável ativismo judicial [...].

A partir dessa judicialização e da atuação do Poder Judiciário, a crítica que se faz é isso fere a separação e a independência dos Poderes; ignora (ou subestima) as regras orçamentárias que regem o Estado, e, principalmente, coloca em lados opostos os cidadãos, na busca do mesmo direito.

Outro ponto bastante questionado é sobre a efetividade das decisões proferidas, bem como o fato de elas beneficiarem um pequeno grupo de pessoas, e não a sociedade como um todo; ou mesmo a número expressivo de pessoas que realmente precisam de tratamentos médicos. Sarlet e Figueiredo (2008, p.22) destacam:

[...] merece destaque a dúvida, cada vez mais freqüente na doutrina, acerca da real efetividade das decisões judiciais que asseguram prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, perquirindo-se até que ponto são estas aptas à realização da “justiça distributiva”, ainda mais quando se cuida de demandas individuais. Um dos argumentos centrais da tese – não sem respaldo em dados concretos – sublinha o fato de que as decisões judiciais tutelam apenas quem tem acesso à justiça, e que esta é uma minoria da população, e uma minoria que não reflete exatamente o conceito de “necessitado”. Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de forma a promover a emancipação das pessoas menos favorecidas da população – e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem em condições de pobreza ou até de miséria absoluta –, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individuais, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade substancial, nem parece atender aos objetivos fundamentais da República, elencados no artigo 3º da CF. [...] Certo é que a discussão ainda permanece aberta, mas desde já chamar a atenção para o drama pessoal daqueles cujo mínimo existencial está muito longe de ser implementado, entre outros, pela absoluta insuficiência de meios de acesso à justiça, por vezes “distribuída” a verdadeiros *freeriders*.

Outro ponto relevante a ser destacado é que, no ordenamento jurídico, comum é encontrar normas e princípios que conflitam entre si. Em se tratando de princípios, há que se registrar que, ao contrário das regras, eles são mais amplos e trazem fundamentos. Muitos foram os doutrinadores que trataram do tema, sempre preocupados com o embate principiológico. Ávila (2010, p. 36) ao tratar da famosa teoria de Alexy, destacou:

[...] Os princípios [...] não determinam absolutamente a decisão, mas contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios.

Ávila (2010, p. 37) destaca também que:

[...] Alexy demonstra a relação de tensão que ocorre no caso de colisão entre princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras.

A teoria de Alexy, voltada para os princípios, mostra, em breve síntese, a ponderação que é feita entre eles, adotando critérios como necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – o que daria “peso” a dado princípio comparado a outro e os efeitos da aplicação em detrimento de outro.

Assim como Alexy, outros autores também já estudaram o tema. Sobre isso, Sgarbi (2006, p. 152) traz o entendimento de Dworkin sobre a celeuma principiológica, que afirmava que

[...] quando os princípios se entrecruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser [...] uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

Nota-se, portanto, que a discussão doutrinária sobre a aplicação de princípios é antiga, notadamente pela sua dificuldade em se tratar do tema de maneira dogmática, como acontece, por exemplo, em uma lei – ato normativo específico.

De qualquer forma, há que se ressaltar, contudo, que no caso deste estudo, o direito e o princípio é o mesmo: saúde. O embate que se tem aqui é, de um lado, algumas pessoas demandando um tratamento ou medicamento de alto custo para o seu caso concreto e, de outro, o conjunto de vários cidadãos, boa parte sem possibilidade de exercer seu direito de acesso à justiça (como já mencionado) e que

poderia se beneficiar com investimentos em políticas mais abrangentes – a exemplo do saneamento básico, ou de campanhas saúde e prevenção de doenças.

Não se pretende aqui chegar ao entendimento de que as demandas individuais devem ser preteridas em razão das necessidades do coletivo, mas necessário se faz estabelecer critérios para que essas demandas sejam deferidas (ou não) adotando-se critérios também objetivos, e não se deixando de considerar elementos importantes, inclusive sob os aspectos orçamentários.

Esse posicionamento é respaldado por Schwartz e Bortolotto (2008, p. 261), que ressalvam:

[...] o Estado deve atuar positivamente na efetivação do direito à saúde. À Administração Pública compete elaborar e efetivar ações e planos políticos no sentido de efetivar os direitos fundamentais apresentados pela Constituição Federal. [...] **Não se pode deixar de levar em consideração também que toda e qualquer atuação estatal relativa à efetivação das políticas públicas para a implementação de direitos sociais depende da aplicação de recursos públicos que, além de serem limitados, [...]** Ocorre que ao lado da questão da alocação de recursos estatais e da demora para a realização das políticas públicas, existem direitos fundamentais que não podem esperar pela atuação estatal, pela alocação de recursos ou pela burocracia no repasse de recursos. E é exatamente nesse contexto que o Poder Judiciário acaba atuando, de modo a forçar a garantia do direito fundamental no caso concreto, obrigando juridicamente os atores sociais a promoverem a garantia dos direitos fundamentais elencados na constituição federal. Importante salientar que **esse posicionamento não significa um controle judicial livre de qualquer limite, livre de fundamentação, livre da imposição da razoabilidade na tomada de decisões. Há necessidade de se verificar até onde o Poder Judiciário pode interferir nos atos e nas decisões administrativas em prol da garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição federal, sem ferir direitos fundamentais da sociedade como um todo.** [grifo nosso].

## CONCLUSÃO

O direito à saúde vem sendo vinculado ao direito à vida e, por isso, muitos acabam por entendê-lo como um metacritério. Também é conceituado como um direito fundamental e que gera uma obrigação prestacional do Estado. Todavia, importante se faz definir quais são as políticas públicas que devem ser entendidas como obrigação do Estado – devendo aqui ser aplicada a ideia do mínimo existencial.

Outro ponto é que, para que se estabeleçam políticas públicas, é preciso trazer o contorno sobre o que é saúde e no que implica o direito a ela. Entendido hoje não só como tratamento de doenças, mas também de prevenção e bem estar, o direito à saúde faz com que o Estado tenha de elaborar políticas (e executá-las) para os cidadãos – missão essa que não tem sido bem sucedida, não só em razão da má administração estatal e escândalos de corrupção, como também pela abrangência e pelo custo dessas políticas públicas.

Perante esse cenário, cidadãos que necessitam de tratamentos e medicamentos (ou de alto custo, ou experimentais) acabam por ingressar no Judiciário com demandas para obrigar o Estado a custear os tratamentos/medicamentos objeto dos pleitos judiciais.

Importante destacar que boa parte dos pleitos acaba sendo deferida pelo Judiciário, gerando então uma discussão quanto aos efeitos desse deferimento. Sabe-se que o princípio da solidariedade é presente no ordenamento jurídico pátrio e obriga o cidadão a arcar com os custos das políticas públicas, ainda que estas não sejam diretamente direcionadas a ele. A solidariedade já é aplicada no custeio de políticas públicas.

A partir da arrecadação, o Estado gere seus recursos e prioriza as políticas públicas que entende como essenciais, adequando sua atuação aos recursos existentes. A partir do momento em que o Judiciário defere um pleito de tratamento ou medicamento de alto custo, parte desse recurso direcionado à política pública é destinada ao cumprimento dessa decisão, e outros tantos cidadãos que se

beneficiariam do projeto original acabam preteridos. Comum têm sido decisões que deferem o pleito sem analisar, de forma aprofundada, institutos de suma relevância para as políticas públicas, como o orçamento e a reserva do possível.

Diante desse cenário, importante que se estabeleçam critérios objetivos para o planejamento e para a aplicação de políticas públicas, de modo a preservar o direito coletivo.

Importante destacar que, após análise da jurisprudência dos tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Para o período de 01/01/2015 a 30/09/2017, no STF, observou-se o quantitativo de 01 acórdão e 109 decisões monocráticas, para a chave de pesquisa “SUS” e “custo do tratamento”. O acórdão em questão entendeu que o fornecimento de medicamento não poderia se limitar à lista do Sistema Único de Saúde. Para a chave de pesquisa “SUS”, “custo” e “orçamento”, foram encontradas 26 decisões monocráticas naquela Corte para o período indicado. Já para a chave de pesquisa “SUS”, “custo”, “direito à vida”, foram 52 decisões monocráticas, em igual período.

No STJ, para o mesmo período, foram verificados 07 acórdãos para a chave de pesquisa “SUS” e “custo do tratamento”; e 02 acórdãos para a chave de pesquisa “SUS”, “custo”, “direito à vida”. Não foram localizados acórdãos para a chave de pesquisa “SUS”, “custo” e “orçamento”.

O acórdão citado para a chave de busca “SUS” e “custo do tratamento”, proferido pelo STF, não entrou no mérito sobre a questão do alto custo da medicação pleiteada na ação. Firmou o entendimento, na verdade, sobre a responsabilidade solidária entre os entes federados no cumprimento da obrigação prestacional de saúde (medicamentos) e afirma que a “lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica.” A Suprema Corte entendeu ainda que, diante da necessidade de reavaliar o conjunto fático-probatório, isso inviabilizaria o recurso extraordinário (Brasil, 2016, ARE 977190 AgR).

Já da análise dos acórdãos do STJ, restou verificado que o cerne das discussões encontradas está, notadamente, em dois pontos: a existência da responsabilidade solidária entre os entes federados, no que se refere a demandas de saúde; e o pleito corriqueiro de fornecimento de medicamentos – tanto os de alto custo quanto os não autorizados pela legislação pátria, com destaque aos que não estão na lista de medicamentos do Sistema Único de Saúde. Em alguns pontos, é possível verificar a menção do princípio da reserva do possível na fundamentação, mas, registre-se, de maneira superficial e sem grande análise do impacto dessas decisões no orçamento e no dispêndio de recursos públicos para um caso concreto.

Essa fica sendo, portanto, uma das críticas que se faz da análise da questão nos tribunais superiores pátrios. A análise se dá substancialmente nos pontos do direito à saúde – notadamente ao fornecimento de medicamentos comprovadamente imprescindíveis (discutindo-se, de forma complementar, faz-se necessário estar ou não incluído na relação de medicamentos do SUS). Não é observado, pelo menos não de maneira recorrente, fundamentação contraposta, no sentido de avaliar se decisões como essas podem impactar negativamente no direito à saúde da sociedade, já que compromete boa parte dos recursos destinados à área para o atendimento de um pleito individual.

Resta ainda outra crítica, agora no tocante ao acesso à justiça. Sabe-se que as demandas judiciais para tratamento de saúde ou de medicamentos de alto custo representam um percentual baixo ante as necessidades de toda a população de um atendimento digno e eficiente. Assim, decisões como as analisadas acabam por conceder o direito a um, em detrimento de vários outros que possuem demandas semelhantes, mas que, por condições desiguais, não conseguem fazer uso do seu direito de acesso à justiça para obtenção do mesmo benefício e, por conseguinte, gozar do seu direito à saúde.

Entende-se, por fim, acertado o entendimento de Grinover e Watanabe (2013, p. 132) que, quando da análise do voto do Ministro do STF, Celso de Mello, na ADPF nº 45-9, estabeleceu a importância de se adotar critérios para que o Judiciário intervenha na atuação do Estado.

Dessa forma, conclui-se que, de fato, o Estado deve sim adotar ações prestacionais de modo a garantir o direito à saúde, mas, para isso, institutos como o da 'reserva do possível' e do 'mínimo existencial' devem ser levados em consideração, a fim de evitar um desequilíbrio na prestação do direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23 ed. São Paulo: Método, 2015.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo Legislativo e orçamento público: função de controle do Parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Parecer à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Justiça Federal do Estado de São Paulo. **Ação de rito ordinário com pedido de antecipação de tutela nº 0001778-95.2014.403.6110**. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisooes/2014/140627tr ansplantesophia.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 977.190/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SUS+CU STO+DO+TRATAMENTO%29%28%40JULG+%3E%3D+20150101%29%28%40JULG+%3C%3D+20170930%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8rp8d8m>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios.** Porto Alegre: Nutria Fabris, 2012.

BRAZ, K.; MONTENEGRO, S. **Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial.** IN: Temas de Direito e Saúde. 2010. Sant'ana, Aline Albuquerque; Pagani, Luana Palmieri (Orgs.). Brasília: Publicações da Escola da AGU, 2010.

BURGO, Vitor. **O impacto do federalismo fiscal no processo de controle jurisdicional de políticas públicas.** Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. 2013. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde...160344/.../Tese\\_Final\\_Vitor\\_Burgo.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde...160344/.../Tese_Final_Vitor_Burgo.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2003. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/327568576/CANOTILHO-JJ-Gomes-Direito-Constitucional-e-Teoria-da-Constituicao-pdf>>. Acesso em 30 out. 2017.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, A.; WATANABE, K. **O controle de políticas públicas.** In: \_\_\_\_\_.O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

OMS, Organização Mundial de Saúde. **Relatório Mundial da Saúde: Financiamento dos Sistemas de Saúde.** Genebra: OMS, 2010. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

OMS, Organização Mundial de Saúde. **Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde: Declaração de Alma-Ata**, OMS, 1978. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 13 out. 2017.

ONU. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque. 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador: n. 11, set. 2007. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo\\_sarlet\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2017.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, 2008. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2017.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. IN: **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2010. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SCHWART, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, G.; BORTOLOTTI, F.W. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 177, p. 257-264, jan/mar 2008.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. TRF3 determina remoção de bebê com Síndrome de Berdon a hospital em Miami. **Lex Magister**, São Paulo, 28 mai. 2014. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/noticia\\_25576224\\_trf3\\_determina\\_remocao\\_de\\_bebê\\_com\\_sindrome\\_de\\_berdon\\_a\\_hospital\\_em\\_miami.aspx](http://www.editoramagister.com/noticia_25576224_trf3_determina_remocao_de_bebê_com_sindrome_de_berdon_a_hospital_em_miami.aspx)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. IN:Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. 2004. NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Nelson de Miranda (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: \_\_\_\_\_.O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.