

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JÉSSICA MARTINS ARAUJO

DIREITO À SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA  
RAZOABILIDADE NAS LIDES QUE VERSEM SOBRE A EFETIVIDADE DO  
DIREITO À SAÚDE

Sousa - PB

2016

JÉSSICA MARTINS ARAUJO

DIREITO À SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA  
RAZOABILIDADE NAS LIDES QUE VERSEM SOBRE A EFETIVIDADE DO  
DIREITO À SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para a obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Jacyara Farias  
Souza Marques

Sousa - PB

2016

JÉSSICA MARTINS ARAUJO

DIREITO À SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA  
RAZOABILIDADE NAS LIDES QUE VERSEM SOBRE A EFETIVIDADE DO  
DIREITO À SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de  
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e  
Sociais da Universidade Federal de  
Campina Grande, como requisito para a  
obtenção de título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Orientadora

---

Examinador

---

Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado força e coragem para conciliar a feitura deste trabalho com tantas outras atividades, permitindo-me encerrar as principais etapas da minha vida acadêmica.

À minha mãe, por tudo o que fez por mim em todos os anos da minha vida, pois, sem dúvida, o seu amor, sua sensibilidade, seu zelo e conhecimento impregnaram para sempre o meu coração e a minha história.

Ao meu pai, por ter acreditado que eu conseguiria vencer os desafios que surgiram nesses últimos cinco anos e por todo o cuidado e amor que sempre me dedicou.

Ao meu irmão, por todo o amor e companheirismo que sempre me ofereceu com seu jeito único e especial, destacando-se sempre como o meu maior exemplo de simplicidade e sabedoria, embora ainda tão jovem, e dividindo comigo momentos de extrema alegria e superação.

A Falconi, por toda a parceria, paciência e por todas as discussões jurídicas que em muito colaboraram para a formação do meu convencimento acerca do objeto deste trabalho.

Aos meus avós, maternos e paternos, por sempre terem representado a expressão mais sublime do cuidado, da ternura, da fé e da construção dos valores da família.

Aos demais familiares, por terem verdadeiramente torcido por mim e vibrado sempre que eu conseguia superar mais um desafio que surgia durante a caminhada.

Aos meus amigos, tanto os da escola como aqueles que tive a oportunidade de conhecer na Universidade e durante a realização do estágio, por todos os momentos de convivência e por me fazerem crer ainda no lado bom que existe em cada ser humano.

À minha orientadora, Jacyara Farias Souza Marques, por toda a paciência e tempo direcionados à orientação deste trabalho de conclusão de curso e por ter sido a minha primeira condutora nos estudos do Direito Constitucional nesta Universidade.

A todos os professores e professoras que marcaram de maneira singular a minha trajetória até aqui, especialmente as da Língua Portuguesa, por me fazerem

acreditar no poder das palavras e, inclusive, na função curativa que elas podem desempenhar durante a vida.

“Um tal de Lázaro tinha caído de cama. Ele era natural de Betânia, o povoado de Maria e de sua irmã Marta. Maria era aquela que tinha ungido o Senhor com perfume, e que tinha enxugado os pés dele com os cabelos. Lázaro, que estava doente, era irmão dela. Então as irmãs mandaram a Jesus um recado que dizia: ‘Senhor, aquele a quem amas está doente’. Ouvindo o recado, Jesus disse: ‘Essa doença não é para a morte, mas para a glória de Deus, para que o Filho de Deus seja glorificado por meio dela’.”  
Jo 11, 1-4.

## RESUMO

Este trabalho discute questões relacionadas ao direito à saúde no Brasil e sua efetivação por meio de decisões judiciais que impõem ao Estado a obrigação de custear despesas médicas, tendo em vista o que se convencionou chamar por ativismo judicial. Nesse raciocínio, com o objetivo de elucidar os limites e os parâmetros da atuação do Poder Judiciário em litígios que versem sobre o direito à saúde, foram apresentadas definições relativas à teoria da separação dos poderes, à teoria da reserva do possível, ao mínimo existencial e a princípios constitucionais. O presente estudo foi realizado com base na técnica de pesquisa de documentação indireta, pois abrange, preponderantemente, pesquisa bibliográfica e documental. Além da base jurídica e formal correspondente à Constituição Federal de 1988, à Lei nº 8.080/1990 e à Lei Complementar nº 141 de 2012, foram utilizados casos concretos julgados pelos tribunais e concepções de doutrinadores e estudiosos. Por sua vez, embora haja uma vasta quantidade de decisões oriundas dos tribunais que privilegiam o custeio de tratamentos médicos e procedimentos cirúrgicos por parte do Estado, existem, em contrapartida, muitos elementos que justificariam limitações quando da análise e julgamento de algumas demandas individuais, a ser citada a ausência de comprovação científica de que o tratamento requerido seja eficiente, juntamente com as restrições orçamentárias dos entes federativos. Verificou-se também que, em sua grande maioria, os tratamentos e medicamentos pretendidos implicam um significativo ônus financeiro ao aparelho estatal. Logo, de modo a não prejudicar o fornecimento dos serviços de saúde à coletividade, as mencionadas decisões judiciais devem estar fundadas no Princípio da Razoabilidade.

**Palavras-chave:** Tutela do direito à saúde. Encargos financeiros ao Estado. Limites à atuação do Poder Judiciário.

## ABSTRACT

This paper discusses issues related to the right to health in Brazil and its effectuation through judicial decisions which require the State to pay medical expenses, considering what is known as judicial activism. In this line of reasoning, with the purpose to clarify the limits and the performance parameters of the Judiciary in disputes which relate to right to health, definitions related to the separation of powers, the theory of the reserve for contingencies, the existential minimum and the constitutional principles have been presented. This study was carried out based on the research technique of indirect documentation, because it predominantly covers bibliographical and documental research. Besides the legal and formal basis corresponding to the Federal Constitution of 1988, the Law no. 8080/1990 and the Complementary Law no. 141/2012, concrete cases judged by courts and conceptions of teachers and scholars have been utilized. Although there exists a vast amount of decisions derived from courts which privilege the costing of medical treatments and surgical procedures by the State, there are, in contrast, many elements that could justify limitations considering analysis and judgement from some individual demands, to be mentioned the lack of scientific evidences about the efficiency of the required treatment, along with the budget constraint of the federative entities. It was also found that the intended treatments and medications mostly imply a significant financial onus to the state apparatus. Therefore, in order not to jeopardize the provision of health services to the community, the aforementioned judicial decisions must be based on the Principle of Reasonableness.

**Key words:** Guardianship of the right to health. Financial charges of the state. Limitations to the action of the Judiciary.



## LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

|        |   |
|--------|---|
| ANVISA | Agência Nacional de Vigilância Sanitária  |
| Art.   | Artigo  |
| CF/88  | Constituição Federal de 1988  |
| EUA    | Estados Unidos da América   |
| ICMS   | Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior           |
| IPTU   | Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana  |
| IPVA   | Imposto sobre propriedade de veículos automotores   |
| ISS    | Imposto sobre serviços de qualquer natureza   |
| ITBI   | Imposto sobre transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição |
| ITCMD  | Imposto sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos  |
| OCDE   | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico   |
| ONU    | Organização das Nações Unidas   |
| PIB    | Produto Interno Bruto   |
| STF    | Supremo Tribunal Federal  |
| STJ    | Superior Tribunal de Justiça  |
| SUS    | Sistema Único de Saúde  |
| TCU    | Tribunal de Contas da União   |

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>11</b> |
| <b>2 DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....</b>  | <b>14</b> |
| 2.1 DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....  | 14        |
| 2.2 DIREITO À SAÚDE COMO PRESTAÇÃO MATERIAL POR PARTE DO ESTADO.....  | 16        |
| 2.3 DIREITO À SAÚDE E OS ELEMENTOS QUE O SINGULARIZAM NA SEGURIDADE SOCIAL.....   | 19        |
| 2.4 A TUTELA INDIVIDUAL <i>VERSUS</i> O INTERESSE COLETIVO: PARÂMETROS DELINEADOS A PARTIR DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....        | 21        |
| <b>3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A ATUAÇÃO DAS ESFERAS DE GOVERNO.....</b>   | <b>30</b> |
| 3.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE E SEUS REFLEXOS PARA A EDIÇÃO DE TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS..... | 30        |
| 3.2 A GESTÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....  | 33        |
| 3.3 A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA COMUM NO CUIDADO COM A SAÚDE.....  | 40        |
| 3.4 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS NO CUSTEIO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 855.178/SE.....                     | 43        |
| <b>4 O ATIVISMO JUDICIAL EM QUESTÕES QUE VERSEM SOBRE O DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO CASO CONCRETO.....</b>    | <b>46</b> |
| 4.1 O ATIVISMO JUDICIAL NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....  | 46        |

|  |           |
|--|-----------|
| 4.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS CONCERNENTES AO DIREITO À SAÚDE<br>E À ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....                                   | 51        |
| 4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NAS DEMANDAS<br>RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE PROMOVIDAS PERANTE O<br>JUDICIÁRIO..... | 56        |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>   | <b>62</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>65</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde apresenta estreita relação com o direito à vida e com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, muitos são os diplomas legais nacionais e estrangeiros que reconhecem sua essencialidade para a promoção do bem-estar e do desenvolvimento humano.

Com previsão expressa no texto da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde se insere entre os direitos sociais, destacando-se, pois, por seu caráter de extrema relevância para assegurar que todos os indivíduos disponham de condições mínimas a fim de gozarem com dignidade de suas vidas.

No ordenamento jurídico brasileiro, como se não bastasse a proteção dada pela Constituinte de 1988, a própria Lei nº 8.080 de 1990 foi editada como ferramenta norteadora da forma de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) na República Federativa do Brasil, estabelecendo princípios e diretrizes, especialmente, no que atine à repartição de competências por parte dos entes federativos.

Por sua vez, a recente Lei Complementar nº 141/2012, dentre outros fatores, veio dispor sobre valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde. Desse modo, buscou-se estabelecer parâmetros para o rateio dos recursos de transferências para a saúde, além de normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas em tal segmento.

A partir da análise dos dispositivos constitucionais que tutelam o direito à saúde, fica evidente que, dentre todo o conjunto que compreende a seguridade social, os direitos relacionados à saúde, ao menos *a priori*, parecem alcançar o maior número de indivíduos, tendo em vista que o acesso a tais serviços de saúde ocorre de modo universal e independentemente de contribuição por parte do beneficiado.

Nessa seara, são cada vez mais comuns situações nas quais os Municípios, os Estados-membros ou a própria União são compelidos, por força de decisões judiciais, a arcarem com despesas relacionadas ao fornecimento de medicamentos, custeio de tratamentos contínuos ou procedimentos cirúrgicos necessários, uma vez diagnosticadas as mais diversas formas de enfermidades que podem acometer um indivíduo.

Seja pela ausência de previsão orçamentária, seja porque determinado tratamento não é ofertado pelo SUS, há casos em que somente após ser prolatada sentença que imponha ao ente a obrigação de fazer pautada no custeio das despesas médicas, o indivíduo poderá dar início a um tratamento, que poderá lhe render alguma expectativa de recuperação e sobrevida.

Em que pese ser a saúde direito de todos e dever do Estado, nos termos do art. 196 da Constituição Federal de 1988, verifica-se que, por vezes, o ônus decorrente do custeio de tratamentos para casos isolados repercute financeira e estrategicamente na aplicação de recursos que, por meio de serviços, seriam dirigidos em benefício de toda a coletividade. Isto porque, alguns tratamentos conferidos em casos que envolvam o pleito de um único indivíduo culminam por implicar despesas consideráveis.

Quanto ao seu objeto e sua viabilidade acadêmica, o referido estudo justifica-se diante da necessidade de se permitir uma melhor compreensão acerca dos limites concernentes à atuação do Poder Judiciário no que se refere às demandas que envolvem o direito à saúde, considerando as possibilidades orçamentárias dos entes federativos, a observância de critérios mínimos de razoabilidade e proporcionalidade, além do Princípio da Separação dos Poderes.

Tendo em vista o recorrente ajuizamento de pretensões individuais para fins de assegurar, por parte do Estado, os direitos relativos à saúde, e considerando que as decisões proferidas por juízes e tribunais relativas a essa matéria têm obrigado os entes federativos a empenharem considerável aporte de recursos financeiros em prol de um número reduzido de pessoas, faz-se necessário analisar os contornos atuais do que se denomina por ativismo judicial quando relacionado ao direito à saúde. Dado o exposto, merecem ser problematizados os parâmetros que balizam a atuação do Judiciário quando os magistrados e tribunais se deparam com as supracitadas demandas judiciais.

Com efeito, sugere-se que tais balizas podem ser alcançadas a partir da análise conjugada dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que tutelam o direito à saúde, dos textos legais e dos entendimentos esboçados pelos tribunais superiores quando da apreciação dessa matéria.

O presente trabalho encontra-se amparado em doutrina e legislação nacional e estrangeira, desenvolvendo-se, preponderantemente, a partir do método histórico-evolutivo, evidenciado quando da análise do sentido interpretativo dos diplomas

legais, e do método de abordagem dedutivo, tendo em vista que, a partir de explanações gerais acerca do tema (conceitos, críticas e divergências doutrinárias), far-se-á recorrentemente a análise de casos concretos que conduziram ao ajuizamento de demandas. Esse trabalho está, ainda, pautado na técnica de pesquisa de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental.

Diante dessas premissas, objetiva-se promover uma discussão relativa ao significativo número de demandas judiciais, individualmente protagonizadas, cujo pleito refere-se à tutela jurisdicional na efetivação do direito à saúde, destacando aquelas situações que exigem vultoso dispêndio por parte do Estado, de tal forma que pode ser feita uma análise dos contornos atuais e limites conferidos ao ativismo judicial na efetivação de tal direito perante o ordenamento jurídico pátrio.

O trabalho estará estruturado em três partes. Inicialmente, analisar-se-á o direito à saúde enquanto direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 e como reconhecida prestação positiva por parte do Estado, mais especificamente, associando tal direito público subjetivo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao próprio direito à vida e à teoria do mínimo existencial.

Em seguida, estudar-se-á a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde e da esfera de atuação que pode ser atribuída a cada ente, com fulcro em preceitos constitucionais e infraconstitucionais, com ênfase nos valores mínimos que cada ente estará obrigado a aplicar nesse segmento.

Por fim, serão discutidos os contornos atuais do ativismo judicial relativamente ao direito à saúde, oportunidade em que se sustentará a necessidade de se utilizar do Princípio da Razoabilidade quando são proferidas decisões judiciais que responsabilizam alguns dos entes federativos pelos custos decorrentes de medicamentos ou tratamentos clínicos, especialmente aqueles que sinalizam um patente dispêndio financeiro com despesas médicas.

## 2 DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A saúde é tratada pelo ordenamento jurídico nacional como bem jurídico de suma importância, tendo em vista que, em seu aspecto elementar, configura o estado de normalidade física e mental que acompanha o indivíduo, de tal maneira que esse possa desempenhar de forma suficientemente equilibrada e satisfatória suas atividades rotineiras.

Desse modo, os indivíduos a que são direcionados serviços e ações de saúde já teriam como viabilizadas algumas das condições que lhes permitiriam uma vida com um mínimo de qualidade e dignidade. Cumpre destacar que a própria saúde não possui uma conceituação delimitada e específica, evidenciando que, de acordo com Czeresnia (2009, p. 46):

O discurso médico-científico não contempla a significação mais ampla da saúde e do adoecer. A saúde não é objeto que se possa delimitar; não se traduz em conceito científico, da mesma forma que o sofrimento que caracteriza o adoecer.

Ressalte-se que, na República Federativa do Brasil, o direito à saúde externa tanto um caráter preventivo como um aspecto curativo, com enfoque no desenvolvimento de políticas públicas de saúde que beneficiem todos aqueles que se vejam acometidos por alguma doença.

Em sua redação, o texto constitucional promulgado em 1988 elencou o direito à saúde como um dos direitos sociais a merecer ampla tutela estatal. No entendimento de Silva (2011, p. 286), estes direitos sociais são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Nos termos aqui apresentados, se por um lado a prestação dos serviços de saúde, assim como a efetivação dos demais direitos sociais, acarreta um ônus financeiro para o Estado, por outra ótica, a efetivação desses direitos possibilitaria a concretização do desenvolvimento humano.

### 2.1 DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à saúde encontra-se esculpido e assegurado no rol de direitos e garantias fundamentais dispostos na Carta Constitucional de 1988, devendo, pois, ser compreendido como direito social, cuja observância e efetividade têm prioridade, considerando a relação intrínseca que desenvolve com seu corolário direito à vida e com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Nesses termos é o teor do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 ao enunciar que:

Art. 196. 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.

O que se vislumbra com o texto normativo é que a Constituinte de 1988, com amparo no processo de redemocratização que se irradiou pelo país após o longo período de ditadura militar, teve por intento contemplar um extenso conjunto de direitos e garantias fundamentais, o que, por conseguinte, permitiria que toda a sociedade gozasse de direitos sociais e tivesse, portanto, possibilidade de acesso a condições dignas de saúde. Nesse sentido, preleciona Scaff (2011, p.78):

Verifica-se pela dicção do preceito que a saúde é um direito garantido a todos, independente de raça, sexo, credo, origem e outros possíveis discrimenes fáticos ou jurídicos, sendo um dever do Estado, compreendido como Poder Público, independente de seu fracionamento federativo ou organizacional.

De modo a corroborar o exposto, o direito à saúde, como direito social, consta expressamente no art. 6º, *caput*<sup>1</sup>, da Constituição Federal de 1988. Referindo-se aos denominados direitos sociais, Sarlet (2008 apud KELBERT, 2011, p. 34-35) aborda que “embora muitos desses direitos sejam de expressão coletiva, o que se pretende proteger, ao final, é o indivíduo, e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, a qual faz parte da essência e da identidade da constituição brasileira”.

Disso se evidencia a necessidade de compreender o direito à saúde em duas perspectivas: a primeira, que prioriza o coletivo e, conseqüentemente, o direcionamento de recursos ao atendimento do maior número de pessoas possível, e a segunda, que, ao reconhecer cada indivíduo como um sujeito de direitos, admite

---

<sup>1</sup> Conforme redação conferida pela Emenda Constitucional nº 90 de 2015: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.



que este busque, inclusive por meio da tutela jurisdicional, a prestação dos indispensáveis serviços de saúde por parte do Estado.

Constata-se, desse modo, que diante da sua indissociabilidade para com as questões atinentes à qualidade de vida e à Dignidade da Pessoa Humana, o direito à saúde encontrou um significativo amparo legal e constitucional, sendo, pois, uma das maiores prioridades do Estado, quando da sua efetivação e de seu alcance.

Em que pese a dificuldade demonstrada pela doutrina para esboçar uma definição precisa referente à Dignidade da Pessoa Humana, pode-se mencionar o entendimento de Sarlet (2001 apud TAVARES, 2008, p. 539), que assim dispõe:

[...] já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção de liberdade de cada indivíduo [...], bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com sua natureza, são iguais em dignidade.

Vê-se, assim, que não há dúvidas de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana desenvolve forte vínculo com o discutido direito à saúde, uma vez que a própria possibilidade de que cada indivíduo possa se desenvolver de forma sadia já demonstra uma verdadeira manifestação e concretização desta dignidade. Ademais, a própria Dignidade da Pessoa Humana reflete a precípua necessidade de considerar cada indivíduo como um sujeito que, essencialmente, pode buscar, inclusive por instrumentos jurídicos, a garantia de sua liberdade e de seu desenvolvimento pleno.

## 2.2 DIREITO À SAÚDE COMO PRESTAÇÃO MATERIAL POR PARTE DO ESTADO

No cenário jurídico atual, além da tutela assegurada pela Constituição Federal de 1988, o direito à saúde dispõe de proteção infraconstitucional, podendo ser citada a Lei nº 8.080/90 por meio da qual foi possível disciplinar, dentre outros quesitos, condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e meios de viabilizar a organização e o funcionamento dos serviços respectivos.

O acesso à saúde corresponde à reconhecida prestação positiva (ato comissivo) a ser fornecida pelo ente estatal, sendo também direito público subjetivo de todo aquele que precise se valer de serviços, medicamentos e tratamentos que restabeleçam sua qualidade de vida. De modo a evidenciar o exposto, segue o

julgado do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2000) assim se posicionou:

**E M E N T A:** PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.** - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (grifos nossos).

Diz-se que o aludido direito à saúde configura um direito público subjetivo, considerando a relação jurídica advinda da situação de enfermidade e vulnerabilidade que pode alcançar o indivíduo. Analisando este conceito de forma mais delimitada, merece destaque o fato de que o sujeito passivo da relação jurídica nascida, no caso concreto, vem a ser o próprio Estado, obrigado a fornecer serviços e medicamentos. Nesse contexto, objetiva-se que os direitos individuais não sejam desprezados ou mitigados em benefício exclusivamente da máquina estatal.

Destaque-se, por oportuno, que conforme mencionam Mendes e Branco (2012), o direito à saúde, inserido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, exemplifica, sob a ótica dos direitos fundamentais, um dos direitos a prestações materiais que, na maioria das vezes, por sua essencialidade, prescindiriam da atuação do legislador infraconstitucional para surtirem efeitos sobre as relações jurídicas, tornando possível que o indivíduo busque sua fruição de forma imediata pela via judicial.

Sob outro prisma, justamente por exigirem o direcionamento de recursos por parte do Estado, tais direitos a prestações materiais afetam diretamente a esfera econômica e a própria administração orçamentária, constatando-se, ainda segundo Mendes e Branco (2012, p.184), que:

Os direitos a prestação (sic) notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. [...] A exigência de satisfação desses direitos é medida pela ponderação a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estado de desenvolvimento da sociedade.

Diante de tal posicionamento, fica evidente que tais direitos a prestações materiais exigem a intervenção do Estado, consubstanciada, na grande maioria das vezes, em obrigações de fazer. Por sua vez, o Estado deve estabelecer critérios e diretrizes que delimitem suas prioridades orçamentárias, de maneira que os serviços essenciais, aqui destacando os alusivos ao direito à saúde, possam ser prestados de forma eficiente e eficaz, especialmente, nas hipóteses em que a omissão estatal possa acarretar a perda da qualidade de vida e a violação da Dignidade da Pessoa Humana.

Acrescente-se, ainda, que, no texto constitucional de 1988, o direito à saúde, ao figurar expressamente como um dos direitos sociais, identifica-se, necessariamente, como aqueles de segunda dimensão, resultando, de acordo com Tavares (2008, p. 769) em “uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”. Nesse contexto, sem a presença de políticas públicas eficazes e sem a aplicação de recursos públicos, o atendimento e a concretização destes direitos sociais estariam extremamente prejudicados. Consoante Silva (2011, p. 286):

Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos

econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.

Com efeito, vislumbrando-se o reflexo do Direito Econômico sobre os próprios direitos sociais, pode-se chegar à conclusão de que a atuação do Estado deve ocorrer com a finalidade de obstar desigualdades, tornando viável o acesso dos indivíduos a esses direitos sociais.

### 2.3 DIREITO À SAÚDE E OS ELEMENTOS QUE O SINGULARIZAM NA SEGURIDADE SOCIAL

Para melhor compreensão acerca da essencialidade do direito à saúde, devem-se sopesar os princípios e elementos que a Constituição Federal de 1988 elencou como marcos caracterizadores deste direito social que, frise-se, também constitui a tríade que o integra como elemento da seguridade social.

Sabe-se que o Estado, aqui alcançando todos os entes federativos, tem o dever de assegurar a todo indivíduo condições mínimas que lhe permitam uma vida digna e acesso universal igualitário aos serviços essenciais de saúde.

Em primeiro plano, mencione-se que o direito à saúde está pautado na Universalidade de Cobertura<sup>2</sup> e do Atendimento<sup>3</sup>, que deve ocorrer também de forma igualitária, e isto significa que, todos, independentemente de classe social ou qualquer outro traço diferenciador, têm possibilidade de pleno acesso aos serviços de saúde disponibilizados pela rede pública. Nesse sentido, Figueiredo (2007, p.167) aduz que:

[...] nos direitos sociais, a universalidade é o objetivo a ser atingido no 'ponto de chegada', ou seja, com a realização concreta desses direitos e, por isso, não se há falar em igualdade como equiparação, pois a premissa dos direitos sociais é exatamente a desigualdade fática entre os indivíduos.

Desse modo, busca-se, por meio dos direitos sociais, reduzir as distorções fáticas no tocante ao acesso aos serviços de saúde por parte dos indivíduos,

---

<sup>2</sup> A Universalidade de Cobertura diz respeito ao fato de que, diante dos valores que norteiam a Seguridade Social, deve o Estado encontrar-se apto a solucionar, por meio das medidas cabíveis, o maior número possível de situações e riscos que podem acometer o indivíduo, com ênfase aqui, especificamente, nos problemas de saúde.

<sup>3</sup> A Universalidade de Atendimento, por sua vez, refere-se ao fato de que a todos, sem qualquer distinção, quando necessário, devem ser ofertados os serviços públicos de saúde.

destacando que a universalidade figurará como resposta uma vez alcançada a concretização dos direitos sociais, em que se inclui o direito à saúde.

Outro aspecto que deve ser observado é o fato de que esse direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas, além daquelas que tenham por objetivo a redução do risco de doença e de outros agravos. Para Mendes e Branco (2012, p. 697):

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

O posicionamento visto supra discute aquilo que talvez seja uma das maiores dificuldades quando da efetivação do direito à saúde, mais especificamente, os entraves encontrados quando da fixação e desenvolvimento de políticas públicas direcionadas a este direito social, à medida que constantemente surgem novas enfermidades e, conseqüentemente, novos medicamentos e tratamentos especializados para saná-las. Destaque-se que pode acontecer de os textos normativos não acompanharem essas mudanças, o que dificultaria a previsão desses medicamentos e tratamentos no rol acobertado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse caso, tem-se a possibilidade de mutação constitucional.

Ademais, para se ter acesso aos serviços de saúde não é necessário nenhum tipo de contraprestação, pois estes versam sobre situações de significativa relevância pública, sendo dever do Estado, senão quando oferecê-lo, ao menos fiscalizar sua execução nas hipóteses que abrangem a prestação de serviços por redes particulares que sejam remuneradas pelo SUS. Todos esses elementos aqui mencionados, que norteiam o direito à saúde, estão em conformidade com a previsão expressa do art. 196 da Constituição Federal de 1988, já analisado anteriormente.

No tocante à incidência do Princípio da Igualdade sobre os direitos sociais, Figueiredo (2007, p. 166-167) menciona que esse princípio:

[...] não determina o mesmo tratamento ou benefício a todos, mas assegura apenas que, no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado, os indivíduos sejam tratados com igual preocupação e respeito [...].

Vê-se, desse modo, a importância de compreender as peculiaridades do direito à saúde enquanto direito social, avaliando caso a caso as circunstâncias que fazem presumir hipossuficiência e vulnerabilidade de determinados indivíduos, cujas necessidades médicas os colocariam em situação preferencial em detrimento de outros, uma vez considerando, por exemplo, o risco iminente de morte e a ausência de recursos particulares para custear um tratamento não ofertado de imediato pela rede pública.

#### 2.4 A TUTELA INDIVIDUAL *VERSUS* O INTERESSE COLETIVO: PARÂMETROS DELINEADOS A PARTIR DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Com efeito, há interpretações diferenciadas acerca do âmbito de incidência do art. 196 da Constituição Federal de 1988, especialmente, sob a premissa de que seria preferível assegurar políticas públicas em benefício de toda a população, tendo em vista a preponderância do interesse coletivo sobre as pretensões individuais. Há julgado referente à Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007), que corrobora o exposto, *in verbis*:

1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26). O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)" (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais. 2. O Presidente do

Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação ordinária, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição Federal negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 121/122). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido (fls. 128/134). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. **Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.** Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1 (STF - **STA: 91 AL** , Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 26/02/2007, Data de Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167) (grifos nossos).

Apesar das conclusões alcançadas ante a análise do teor da Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, destacando as relações de custo e benefício dos tratamentos requeridos e o fato de que a concessão de um pedido de fornecimento de medicamentos e custeio de tratamentos não pode inviabilizar o SUS, por vezes, o que se verifica no caso concreto é que o indivíduo não dispõe de condições financeiras para arcar sozinho com as despesas de um procedimento clínico especializado que será imprescindível para garantir sua sobrevivência e qualidade de vida com um mínimo de dignidade.

Nesses casos, o indivíduo acaba recorrendo à efetiva prestação jurisdicional, na esperança de que ante a negativa do medicamento ou tratamento por parte da administração, o órgão julgante decida favoravelmente a seu pleito e determine o fornecimento de serviços imprescindíveis à saúde do requerente. Tal fato representa o que já fora mencionado alhures, relativamente a essa necessidade de assegurar que um conjunto essencial de direitos e prestações materiais sejam conferidos a todos os indivíduos. A respeito do tema, Sarlet e Figueiredo (2013, p. 23) abordam o que se denomina por mínimo existencial:

[...] que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade.

Ocorre que, principalmente quando o tratamento indicado não pode ser concedido administrativamente, ante o volumoso aporte de recursos para viabilizá-lo, é comum que o indivíduo recorra ao Judiciário para que este imponha ao Poder Público o encargo necessário para a efetivação do tratamento.

Desse modo, ao reconhecer a estreita relação existente entre os direitos sociais e a Dignidade da Pessoa Humana, Sarlet (2010, p. 385) afirma que:

É, pois, justamente considerando o elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que, ademais dizem com necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, que, [...] se estará a examinar o assim designado mínimo existencial e sua relação com os direitos sociais.

No que atine à teoria do mínimo existencial, o que se verifica é a premente necessidade de que sejam conferidas as condições materiais mínimas aptas a garantir uma existência digna e sadia a todos os indivíduos.



Outrossim, merece relevo o fato de que tal entendimento acerca do mínimo existencial teve como marco legislativo, jurisprudencial e doutrinário, a elaboração da Lei Fundamental Alemã de 1949, embora à época, em linhas gerais, não houvesse previsão expressa dos direitos sociais da forma como são atualmente conhecidos no referido texto constitucional de 1988. Logo, a noção de mínimo existencial agrega elementos, tais como, a liberdade, a dignidade e a própria segurança social. Sobre esse diploma legal, Sarlet (2010, p. 392) destaca que:

Tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.

Conquanto existam entendimentos dissonantes, há a compreensão de que os preceitos do mínimo existencial teriam, ao menos de forma implícita, encontrado amparo na Constituição Federal de 1988, diante da necessidade de se tutelar o direito à vida e de acentuar o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana.

Em contrapartida, apesar de estar amplamente consolidada a compreensão de que o direito à saúde funciona como prestação positiva a ser fornecida pelo Poder Público, existem controvérsias relativas à intervenção estatal nas hipóteses em que o direito a ser tutelado, pertencente a um único indivíduo, exige do Poder Público um elevado ônus de natureza financeira. Isto porque nem mesmo o direito à saúde tem caráter absoluto. A respeito desse tema, Ciarlini (2013, p. 32-33) destaca que:

[...] há uma correlação entre a possibilidade de atendimento dos direitos fundamentais, no sentido de afirmar sua efetividade e a própria capacidade do Estado, diante de sua disponibilidade financeira de alocar, insista-se, os recursos financeiros aptos a seu adequado atendimento.

Nesse contexto, a compreensão de que a efetivação dos direitos fundamentais está relacionada ao planejamento do orçamento público acaba por repercutir na forma como se interpreta e, conseqüentemente, se aplica a teoria da reserva do possível no ordenamento jurídico pátrio. Para Figueiredo (2007, p.133-134):

A reserva do possível, no que se refere ao orçamento público, impõe restrições em dois sentidos: por um lado, trata da escassez dos recursos

financeiros existentes, ou seja, da limitação à efetividade dos direitos sociais a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações; de outro ângulo, a reserva do possível traz a lume a discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, notadamente dos direitos originários a prestações, uma vez que as decisões alocativas, pela incidência do princípio da separação dos poderes, estão precipuamente afetas à esfera de competência do Legislativo.

Ressalve-se, contudo, que a definição de reserva do possível empregada para orientar os aspectos orçamentários que refletem quando da busca pela efetivação dos direitos sociais é derivada da forma como este conceito foi incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio. Em verdade, o fato de que a desejável concretização dos direitos fundamentais implicaria significativos gastos do Poder Público, ensejou a necessidade de se estabelecer, *a priori*, um limite razoável para a forma como são aplicados os recursos públicos nesses casos.

Kelbert (2011) menciona que, inicialmente, a noção de reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) desenvolveu-se na Alemanha, referindo-se à restrição do número de vagas nas Universidades, com apreciação do art. 12, § 1<sup>o</sup>, e com previsão expressa no art. 109, § 2<sup>o</sup>, ambos da Lei Fundamental Alemã, embora antes mesmo disso Häberle (1972 apud KELBERT, 2011) já houvesse delineado algumas premissas do que viria a ser considerado por reserva do possível.

Nessa ótica trazida por Häberle (1972 apud KELBERT, 2011, p. 71) “uma tarefa estatal não justificável direciona o processo democrático e o estabelecimento de suas prioridades”. Disso se depreende que o Estado não estaria obrigado a arcar com responsabilidades além de suas forças orçamentárias, isto é, superando os limites do razoável e da equidade.

Não há, além disso, entendimento pacificado acerca da natureza jurídica da reserva do possível, isto é, se esta nomenclatura corresponde a um princípio norteador ou a uma cláusula. O que se pode inferir a partir de uma análise inicial é que a reserva do possível pretende, em determinadas circunstâncias, sugerir uma verdadeira limitação à satisfação dos direitos sociais.

Embora a efetivação do direito à saúde ocasione impactos no orçamento dos entes obrigados administrativa ou judicialmente ao seu custeio, o entendimento

---

<sup>4</sup> Art. 12, § 1<sup>o</sup>: Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação. (Tradução livre).

<sup>5</sup> Art. 109, § 2<sup>o</sup>: A Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto. (Tradução livre).

dominante nos tribunais superiores consiste em privilegiar a proteção do referido direito, uma vez que, para Ciarlini (2013, p. 39):

[...] o direito à saúde, à vista de seu caráter fundamental e indisponível, consoante o preceito constante nos arts. 5º, caput e 196, ambos da Constituição Federal, deve ter primazia sobre outros interesses do Estado, inclusive no que se reporta ao implemento de suas diretrizes financeiras e fiscais.

Em relatório sistêmico de fiscalização da saúde realizado em 2014 pelo Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>6</sup>, os dados revelaram a patente desigualdade que, a despeito de toda a tutela constitucional conferida pela Constituição Federal de 1988, parece ter se instalado no Brasil. Na ocasião, foram considerados dados de 116 (cento e dezesseis) hospitais públicos federais, estaduais e municipais dispersos em todo o país e onde se concentravam 8,6% (oito vírgula seis por cento) do total de leitos da rede pública. As irregularidades identificadas referem-se, dentre outras: à ausência de leitos suficientes; superlotação de emergências hospitalares, considerando que, em 19% (dezenove por cento) das unidades visitadas, a demanda, por muitas vezes, supera a capacidade do hospital; falta de medicamentos e insumos hospitalares, pois esses não eram recebidos no prazo fixado para a aquisição e em 53% (cinquenta e três por cento) das unidades visitadas foi informado que não existiam instrumentos de gestão de tais medicamentos e insumos; ausência de equipamentos ou, ainda, equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; além da inadequada estrutura física para o efetivo atendimento dos pacientes. Segundo informações do TCU (BRASIL, 2014, p.42), descritas no mencionado relatório:

Apesar de o Brasil possuir um sistema público de saúde universal e a Constituição Federal de 1988 definir a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, é de conhecimento geral que o sistema público não tem capacidade para atender com qualidade toda a população, o que fez com que 25% dos brasileiros recorressem a planos de saúde privados. Aduz-se que o país apresentava a terceira menor participação do poder público nos gastos totais em saúde (46%), enquanto os países membros da OCDE<sup>7</sup> apresentavam participação dos gastos públicos de 73%.

---

<sup>6</sup> Todos esses dados numéricos, inclusive os percentuais, foram extraídos do mencionado Relatório de Fiscalização do Tribunal de Contas da União, elaborado em 2014. Disponível em: <[http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.62420131%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.62420131%20Fisc%20Saude.pdf)>.

<sup>7</sup> A sigla refere-se à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que representa uma organização internacional e intergovernamental, cuja sede localiza-se em Paris/FR, sendo constituída por países notoriamente industrializados e que adotam economia de mercado. Tem por objetivo a maximização do crescimento econômico e o desenvolvimento dos países membros.

A carência por serviços de saúde prestados em situação de igualdade e em melhores condições culmina por conduzir os indivíduos que precisam realizar algum tratamento médico ou, ainda, a fazer uso contínuo de determinado medicamento, a ajuizarem ações judiciais requerendo o início imediato do tratamento. Destarte, merece ser considerado que, em sua grande maioria, esses tratamentos acarretam um dispêndio financeiro ao ente obrigado a fornecê-lo. O TCU (BRASIL, 2014, p.79), em relatório sistêmico de fiscalização, atesta ainda que:

Outra provável consequência das deficiências na gestão de insumos é o aumento do número de ações judiciais decorrentes da falta de medicamentos que deveriam ser ofertados pelas secretarias de saúde. No entanto, ressalva-se que esse aumento possui diversos outros motivos.

A judicialização da saúde tem sido tema constante nos debates relativos à área da saúde. Devido à sua relevância, ela motivou a edição pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Recomendação nº 31, de 30/03/2010, cujo objetivo foi a adoção por parte dos tribunais de medidas adequadas para subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais que envolvem a saúde.

**O aumento da quantidade de ações judiciais propostas em face do Poder Público com o fito de obter o fornecimento de medicamentos ou a realização de cirurgias e procedimentos tem preocupado os gestores da saúde nas três esferas. Os referidos gestores, muitas vezes, alegam que essa interferência despreza fluxos e protocolos existentes, impõe a realização de tratamentos extremamente onerosos e resulta numa inversão de prioridades nos gastos com medicamentos no âmbito das políticas públicas, o que gera um grave impacto na programação anual de saúde.**

[...]

Para dar uma ideia da dimensão do problema apontado pelo estudo da AGU, pode-se citar que o Estado de São Paulo, somente no ano de 2008, gastou R\$ 400 milhões no atendimento às demandas judiciais relacionadas à saúde. Esse gasto é 567% maior que o observado em 2006, que foi de R\$ 60 milhões. Aduz-se que, em 2010, os gastos do estado em comento com a judicialização da saúde chegaram a quase setecentos milhões.

Ainda segundo o estudo em tela, os valores gastos pelo Ministério da Saúde para atender decisões judiciais, por meio de depósito judicial ou repasses a estados e municípios para que esses entes federados cumpram a decisão judicial, saltaram de R\$ 1.572.540,00, em 2006, para mais de R\$ 22.106.700,00, em 2011, último exercício abrangido pelo trabalho. Isso equivale a um aumento de 1.406% em apenas cinco anos. (Grifos nossos).

Neste mesmo prisma, há na doutrina entendimentos que fomentam diversas críticas referentes à forma de resolução de demandas ajuizadas que versam sobre a efetivação do direito à saúde. Barcellos (2013, p. 115), ao examinar a crítica operacional, assevera que:

Os indivíduos que vão ao Judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. [...] o que se pode verificar é um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais – o que, em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta – para as demandas específicas daqueles que detêm (sic) informação e capacidade de organização.

A supracitada crítica traz a lume situações concretas em que indivíduos que figuram em classes sociais mais beneficiadas se reportam ao Judiciário pleiteando o amparo estatal para o custeio de tratamentos e procedimentos especializados, não fornecidos de imediato pelo SUS.

Nesse sentido, discute-se se o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamentos clínicos por parte do ente estatal se sujeitaria ao mérito administrativo, isto é, aos requisitos de oportunidade e conveniência no manejo dos recursos públicos. Sobre esse tema, Mello (2010, p. 965) aduz que:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Nos termos acima expostos, o administrador está autorizado a agir com discricionariedade para fazer a opção que melhor atinja a finalidade pública e que se encontre dentro dos limites legais. Diante disso, surgem muitas dúvidas e pontos controvertidos quando determinado indivíduo busca um tratamento médico ou um medicamento que não se encontram previstos no rol disponibilizado pelo SUS, nos casos em que esteja ausente um parâmetro legal mínimo que norteie a opção do administrador. É precisamente nesse contexto que a doutrina discute os limites da atuação do Judiciário na resolução dessas controvérsias, além das razões que possam justificar a aludida interferência. Desse modo, Mello (2010, p. 964) também argumenta:

[...] casos haverá em que, para além de dúvidas ou entredúvidas, qualquer sujeito em inteligência normal, razoável, poderá depreender (e assim também, *a fortiori*, o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado discricção, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato.

O raciocínio jurídico apresentado denota como sendo admissível a revisão judicial de certas opções administrativas, ainda que elaboradas nos limites da lei, uma vez que se esteja diante de situações singulares que requerem para a efetivação da justiça e garantia da igualdade uma nova forma de se proceder, diferente daquela originariamente adotada pelo administrador.

### **3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A ATUAÇÃO DAS ESFERAS DE GOVERNO**

Com o objetivo de disciplinar e estruturar o fornecimento de serviços de saúde em todos os níveis da federação, cumprindo-se, assim, as próprias previsões trazidas pela CF/88, o legislador infraconstitucional promoveu a elaboração de textos legais que versassem especificamente sobre o modo de efetivação do direito à saúde. De modo a confirmar o exposto, encontram-se atualmente em vigor Lei nº 8.080/90 e a Lei Complementar nº 141/2012.

A rede pública de saúde é fundada na contínua busca pelo equilíbrio e tratamento racional entre o custo dos serviços prestados e a eficiência que resulta dos procedimentos realizados, de modo a beneficiar a maior quantidade possível de pessoas.

Sabe-se, contudo, que a tutela dirigida ao direito à saúde não se verificou de forma repentina, mas, de outro modo, foi resultado de um longo processo histórico de evolução social e jurídica, que culminou com a proteção cada vez mais acentuada aos direitos fundamentais.

#### **3.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE E SEUS REFLEXOS PARA A EDIÇÃO DE TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS**

Os direitos de segunda dimensão encontraram amplo espaço a partir da implementação do Estado do Bem-Estar Social, uma vez que a visão de mundo eminentemente individualista e que propagava a propriedade privada e a não intervenção do Estado não mais pôde subsistir diante da notória desigualdade social que acometia tantos indivíduos no contexto do Estado Liberal do fim do século XVIII e início do século XIX. Acerca dessa temática, Reissinger (2008, p. 16) comenta que:

O Estado Liberal ou Estado de Direito, até então vigente, que se limitava a garantir a liberdade, a segurança e a propriedade, caracterizado pelo dualismo Estado-Sociedade, não conseguiu conter os impactos provocados pela industrialização, tais como os graves problemas sociais e econômicos, o que extremava a desigualdade entre a classe empregadora e a operária.

Ocorre que passou a ser imprescindível a atuação do Estado impedindo abusos de direito e obstando que as necessárias liberdades individuais extrapolassem os limites do bem-estar social e da segurança jurídica. Afinal, os direitos e garantias atinentes à coletividade também requeriam amparo por parte do aparelho estatal.

Progressivamente, os Estados passaram a defender em seus ordenamentos a proteção aos direitos fundamentais, na tentativa de combater as constantes violações aos direitos humanos. A título de exemplo, recebeu grande destaque a proteção ao direito à vida, à moradia, à dignidade, ao trabalho e à saúde.

As bases para o denominado Estado Social foram incorporadas, segundo Reissinger (2008), pela Constituição Mexicana de 1917 e pela reconhecida Constituição de Weimar em 1919, havendo grande propagação, inclusive, dos denominados direitos sociais no contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial.

Mencione-se que no Brasil foi a partir da Constituição Federal de 1934 que se passou a ser feita expressa menção ao direito à saúde, embora ainda se utilizando de contornos muito singelos. Nesse sentido, o art. 10, inciso II<sup>8</sup>, da Constituição de 1934, determinava como competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e assistência públicas.

Relativamente à tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio, destaque-se que, nos textos constitucionais anteriores ao então vigente, este direito relacionava-se diretamente a questões sanitárias, de higiene e à previdência social, sobretudo no que se refere à classe dos trabalhadores. De forma a evidenciar esta relação, pode ser citado o dispositivo também previsto na Constituição de 1934, com redação nos seguintes termos:

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...] omissis

h) **assistência médica e sanitária ao trabalhador** e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da

---

<sup>8</sup> “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

[...] omissis

II - cuidar da saúde e assistência públicas; [...]”.



invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (grifo nosso).

Depreende-se do supramencionado dispositivo que o Estado Brasileiro, embora de maneira ainda incipiente, passou a voltar sua atenção para a proteção sanitária do trabalhador de modo a atribuir-lhe salubridade e condições dignas de trabalho.

Por sua vez, em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU, 1948) referiu-se expressamente ao aludido direito à saúde aduzindo que:

Art XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, 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.

O mencionado dispositivo corrobora a compreensão de que todo indivíduo, enquanto sujeito de direitos, merece ter asseguradas todas as condições básicas que lhe permitam ver garantida sua dignidade, de modo confirmar sua própria humanidade.

Sem dúvida, a atenção e proteção internacionalmente conferidas ao direito à saúde conjugadas às mudanças sociais ocorridas no Brasil no período de redemocratização culminaram na elaboração de um texto constitucional que conferisse ao direito à saúde status de direito fundamental, garantido a toda e qualquer pessoa. No Brasil, gradualmente, o direito à saúde passou a ser objeto de reivindicação popular e, por conseguinte, recebeu tutela jurídica. A respeito desta busca pela efetivação do direito à saúde na seara social, cite-se o entendimento de Dallari (1988, p.57):

A sociedade brasileira, especialmente durante a década originada em 1980, tem adquirido a consciência de seu direito à saúde. Tanto aqueles milhões de pessoas ainda completamente à margem do mercado consumidor, quanto as elites econômico-sociais têm reivindicado a garantia do direito à saúde. Ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde.

Para a correta delimitação desse direito, contudo, fez-se necessário recorrer à atuação do legislador infraconstitucional e é, nesse contexto, que ocorre a edição da Lei nº 8.080/90, dispondo, dentre outros aspectos, sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

### 3.2 A GESTÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Remetendo-se aos contornos trazidos pelo já discutido art. 196 da Constituição Federal de 1988, infere-se que, de fato, o escopo deste dispositivo constitucional era, dentre outros, estabelecer, definitivamente, um sistema único que possibilitasse o atendimento universal e igualitário.

Ademais, fazia-se imprescindível fiscalizar as ações e serviços públicos de saúde executados tanto na rede pública quanto na rede privada. Desse modo, tão significativo é o papel que a concretização do direito à saúde pode desempenhar que a própria Lei nº 12.864/2013, trouxe a seguinte previsão:

Art. 1º O caput do art. 3º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:  
'Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais'.

Em verdade, o que se vislumbra a partir da leitura do dispositivo acima é que, ao passo que a saúde é influenciada por elementos, tais como, o acesso a uma alimentação equilibrada e saneamento básico, as condições de saúde reveladas pela população acabam por refletir a capacidade de organização do país, tanto do ponto de vista orçamentário quanto social. Consequentemente, essas condições são aptas a demonstrar até que ponto o Estado está preparado para efetivar os direitos fundamentais dos indivíduos, a exemplo de assegurar as medidas de prevenção e recuperação da saúde daqueles que foram ou possam vir a ser acometidos por enfermidades.

O SUS, conforme dispõe o art. 4º, *caput* e § 1º e § 2º da Lei nº 8.080/90, é integrado por um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por instituições e órgãos das três esferas, entidades da Administração direta e indireta, fundações

mantidas pelo Poder Público e, ainda, por meio da iniciativa privada, desde que em caráter complementar. Com base na redação dessa lei e dos dispositivos constitucionais que aludem ao direito à saúde, é possível claramente concluir que todos os entes federativos devem atuar com políticas e serviços que concretizem esse direito.

Referindo-se ao SUS, Ciarlini (2013, p. 30) menciona que este “se apresenta, certamente, como a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, incumbindo-lhe a integração e a organização de várias entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde”. O aludido entendimento, assim como outros da doutrina, ratifica o papel imprescindível que o Poder Público, frise-se, nas esferas federal, estadual e municipal, deve desempenhar para a promoção deste direito social.

Outrossim, com fulcro no art. 198 da CF/88 e no art. 7º da Lei nº 8.080/90, funcionam como diretrizes deste Sistema Único de Saúde, dentre outras: i) o acesso universal aos serviços de saúde; ii) a integralidade e igualdade de assistência; iii) integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; iv) descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, com regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; v) participação social, isto é, a colaboração da sociedade civil para a formulação e execução de ações e serviços públicos de saúde.

A respeito do atendimento integral, também diretriz do SUS, Tavares (2008, p. 787) afirma que esse “refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde”. Nesse sentido, não bastaria garantir o acesso aos serviços de saúde a todos indistintamente, é preciso, inclusive, que os serviços e ações disponíveis tenham abrangência significativa, ou seja, a rede pública deveria estar preparada para fornecer uma extensa quantidade de medicamentos e tratamentos. Para melhor compreensão dos elementos que delimitam a mencionada diretriz, merece relevo o entendimento de Ciarlini (2013, p.31), que assim dispõe:

[...] o atendimento integral propugnado nos respectivos textos normativos refere-se a ‘todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes’, que por certo devem ser ‘disponibilizados para a proteção da saúde da população’, independentemente do nível de complexidade envolvido, pois abarca dos procedimentos ambulatoriais mais singelos até ‘os transplantes mais complexos’.

Tamanho a importância do atendimento integral e do acesso universal aos serviços de saúde que, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a própria Lei nº 8.080/90 os contemplaram em seus textos.

Atentando-se ao fato de que, assim como em outros momentos da história das constituições vigentes no ordenamento jurídico pátrio, mais uma vez o direito à saúde, a partir da enumeração do campo de atuação do SUS esboçado no art. 6º da Lei nº 8.080/90, recebeu expressa menção relacionando-o à saúde do trabalhador e às questões sanitárias, por meio da execução de ações de vigilância sanitária. Nesse sentido, com arrimo no próprio art. 6º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.080/90:

Art. 6º [...] omissis. § 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

De fato, o legislador infraconstitucional trouxe por meio da Lei nº 8.080/90, ora em comento, elementos que permitem compreender e nortear o funcionamento do SUS, considerando especialmente o seu alcance e suas atribuições no atual contexto do Estado Brasileiro.

Por sua vez, o art. 23 da CF/88, em seu inciso II, define como sendo competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência públicas. Destaque-se, por oportuno, que o rol de entes federativos incumbidos de zelar pela efetividade do direito à saúde ampliou-se desde a Constituição de 1934. Com efeito, no cenário trazido pela Constituição Federal de 1988, ora em vigor, a administração local desenvolvida pelos Municípios passou a receber responsabilidades e atribuições na gestão da saúde pública.

Essa responsabilidade justificou-se, inicialmente, na própria CF/88 e, após, em textos legais que versam expressamente sobre a forma de gestão da saúde na rede pública, transferência de recursos, custeio por parte dos entes e aplicação de valores mínimos para manutenção do SUS em todas as esferas, quais sejam, federal, estadual e municipal.

Desse modo, vale ressaltar que a saúde, como elemento que integra a seguridade social, é financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta,

especialmente a partir de recursos oriundos dos orçamentos dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), na forma prevista pelo art. 195 combinado com o art. 198, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988. Ademais, a seguridade social se mantém, também, por meio das contribuições sociais. O que se verifica do exposto é que, precipuamente, o financiamento público funciona como sendo o responsável por sustentar esse sistema único.

Sob o aspecto constitucional, acerca da aplicação anual dos recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde, o art. 198, § 2º, da Constituição da República de 1988, delineou de que maneira cada um dos entes estaria obrigado a direcionar a aplicação destes valores, nos seguintes termos:

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: [...] omissis.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 [ITCMD, ICMS e IPVA]<sup>9</sup> e dos recursos de que tratam os arts. 157<sup>10</sup> e 159, inciso I, alínea a<sup>11</sup>, e inciso II<sup>12</sup>, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 [IPTU, ITBI, ISS]<sup>13</sup> e dos recursos de que tratam os arts. 158<sup>14</sup> e 159, inciso I, alínea b e § 3º<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> As siglas referem-se, respectivamente, ao imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; e imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

<sup>10</sup> Refere-se, segundo a Constituição Federal de 1988, ao produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados ou Distrito Federal, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; e, ainda, a 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pela instituição de impostos residuais.

<sup>11</sup> Conforme introduziram as Emendas Constitucionais nº 55 de 2007 e nº 84 de 2014, deve a União entregar 49% (quarenta e nove por cento) do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, de modo que, 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) sejam repassados ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

<sup>12</sup> Compete à União a entrega de 10% (dez por cento) incidente sobre o produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

<sup>13</sup> As siglas referem-se, respectivamente, ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Evidencia-se, desse modo, que a gestão dos recursos destinados à saúde está diretamente relacionada à maneira como a Constituição Federal de 1988 delimitou a repartição de receitas tributárias por todas as esferas de governo, o que reafirma o liame existente entre a disponibilidade orçamentária, a partir do ingresso e repasse dos recursos, e a possibilidade de disponibilizar à coletividade um serviço público de saúde eficiente.

No tocante à previsão do texto da Lei nº 8.080/90, ainda em seu art. 7º, inciso XI, o legislador estabeleceu como princípio e diretriz a orientar a prestação de serviços por parte do SUS, a “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população”. A presente diretriz encontra-se em perfeita consonância com os ditames constitucionais. De fato, os textos normativos demonstraram por intermédio de suas redações que houve grande preocupação por parte do legislador em evidenciar a responsabilidade de gestão atribuída aos entes que compõem a República Federativa do Brasil.

Quanto à forma de execução e organização do SUS, sabe-se que este sistema se estrutura de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente e com direção única em cada esfera do governo, de maneira que, no âmbito da União essa direção compete ao Ministério da Saúde, enquanto que relativamente aos Estados, Distrito Federal e Municípios ficará a direção a cargo da Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, conforme disposição do art. 8º e art. 9º da Lei nº 8.080/90.

---

<sup>14</sup> Destinam-se aos Municípios o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles mesmos, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; 50% (cinquenta por cento) do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese em que opcionalmente o Município o fiscaliza e o cobra; 50% (cinquenta por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

<sup>15</sup> A União deve entregar 49% (quarenta e nove por cento) do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, de modo que, 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sejam repassados ao Fundo de Participação dos Municípios. Outrossim, os Estados entregarão aos respectivos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos que receberem concernentes à entrega feita pela União de 10% (dez por cento) incidente sobre o produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

Por sua vez, a Lei nº 8.142 de 1990 veio, além de elucidar formas de participação da comunidade neste segmento, acrescentar outros elementos que disciplinam as transferências intergovernamentais dos recursos financeiros aplicáveis à área da saúde.

Entretanto, foi a Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012 que, objetivando regulamentar o §3º do art. 198 da CF/88, veio estabelecer valores mínimos que deveriam ser aplicados anualmente pelos entes federativos, fixando ainda critérios de rateio, fiscalização e controle de despesas especificamente sobre a área da saúde. A referida lei complementar viabilizou, inclusive, a revogação de dispositivos da própria Lei nº 8.080/90, com os quais não se compatibilizava.

Quanto ao próprio financiamento das ações e serviços públicos de saúde, a Lei Complementar nº 141 de 2012 previu que as movimentações para custeio desses serviços deviam ser, via de regra, operadas nos próprios Fundos de Saúde. Essas transferências, consoante o art. 18 dessa lei complementar, são realizadas de forma regular e automática, tornando prescindível qualquer outro instrumento jurídico, inclusive a celebração de convênios. Nesse sentido, conforme art. 14 da Lei Complementar nº 141 de 2012:

Art. 14. O Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituir-se-á em unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde.

Uma vez compreendida a noção de que os entes devem possuir seus respectivos Fundos de Saúde para recebimento dos recursos imprescindíveis à aplicação nesta área, merecem ser esmiuçados os percentuais de incidência que determinam a aplicação de recursos mínimos por cada esfera de governo. Adotou-se, para tanto, o período correspondente ao ano, como lapso temporal para comprovação efetiva dos gastos com a área de saúde. Conforme redação do art. 5º, *caput*, da Lei Complementar nº 141 de 2012:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, [...], acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB)<sup>16</sup> ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

---

<sup>16</sup> Conforme conceitua Lacombe (2009), o Produto Interno Bruto corresponde ao “valor de mercado de todos os bens e serviços produzidos pelos residentes de um país em determinado período, inclusive os residentes estrangeiros”.

Constata-se que, por força do art. 5º, §2º, dessa Lei Complementar, ainda que ocorra variação negativa do Produto Interno Bruto (PIB), isto não prejudicará em termos nominais o valor a ser aplicado obrigatoriamente pela União. Com efeito, o valor a que faz menção o *caput* do art. 5º, mencionado acima, não pode sofrer reduções de um exercício financeiro<sup>17</sup> para outro.

Referindo-se, por sua vez, à aplicação dos recursos mínimos pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, transcrevem-se os dispositivos da Lei Complementar nº 141 de 2012 concernentes à matéria:

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, **no mínimo, 12% (doze por cento)** da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

[...]

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, **no mínimo, 15% (quinze por cento)** da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

[...]

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, **no mínimo, 12% (doze por cento)** do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal. (Grifos nossos).

A previsão constitucional e legal acerca dos valores mínimos que devem ser aplicados para custeio das ações e serviços de saúde por parte dos entes, além dos percentuais que devem incidir sobre as receitas arrecadadas, tornam notório o dever do Estado no que concerne aos investimentos na área de saúde, configurando, pois, uma obrigação legal e constitucional da qual não poderá se esquivar.

Remetendo-se aos dados apresentados pelo relatório sistêmico de fiscalização do TCU (BRASIL, 2014. p.9), relativamente ao mínimo constitucional que deve ser aplicado em ações e serviços de saúde, mencione-se que:

Em cumprimento ao disposto constitucionalmente, o Ministério da Saúde executou R\$ 72,35 bilhões e R\$ 80,07 bilhões no custeio da saúde nos exercícios de 2011 e 2012, respectivamente. Verifica-se que houve um incremento de 10,67% no orçamento da saúde em 2012. Considerando o que dispõe o art. 5º da Lei Complementar nº 141/2012 e que a variação nominal do PIB foi de 9,89% em relação ao exercício anterior, conclui-se que a União empenhou recursos suficientes para cumprir a regra de aplicação mínima de recursos no Setor Saúde.

<sup>17</sup> De acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, o exercício financeiro tem duração de doze meses, coincidindo com o ano civil.



Acrescente-se ainda que para fins de rateio de recursos vinculados a ações e serviços públicos de saúde, conforme art. 17 da Lei Complementar nº 141 de 2012 devem ser observados alguns critérios, tais como, “as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde”. Ponderando, ainda, outros aspectos elencados no art. 35 da Lei nº 8.080/90, conforme a seguir se descreve:

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

[...] omissis

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Ante a leitura de tais condições, resta evidenciado que o Estado, no plano normativo e abstrato, possui critérios para especificar seu modo de atuação quando realiza o gerenciamento do SUS, podendo, a partir de uma análise que leve em consideração aspectos sociais e econômicos de cada região, optar pelos meios de gestão, fiscalização e controle mais efetivos.

### 3.3 A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA COMUM NO CUIDADO COM A SAÚDE

Demonstrada a existência de uma legislação que em seu conteúdo tutela o direito à saúde, estabelecendo objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, além de requisitos para atuação do Estado e dos recursos mínimos a serem aplicados em cada uma das esferas do governo, passa-se a analisar de que forma delimitou-se a repartição de competências entre os entes federativos, relativamente à efetivação do direito à saúde.

Nos termos do art. 23, inciso II, da CF/88, trata-se de “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” o cuidado com a saúde. Este preceito constitucional se compatibiliza com os dispositivos infraconstitucionais contidos na Lei nº 8.080/90, Lei nº 8.142/90 e Lei Complementar nº 141 de 2012. Por óbvio não poderia ser diferente, tendo em vista que Constituição Federal é

fundamento de validade para toda essa legislação que norteia o SUS e a repartição de recursos aplicados obrigatoriamente pelo Poder Público.

Com o intuito de elucidar o que justifica a repartição de competências no Brasil, pode-se mencionar o entendimento de Tavares (2008, p. 1035), segundo o qual:

A repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva. Não havendo hierarquia entre os entes federativos, e para garantir-lhes a autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências.

Para melhor compreensão acerca de como é delineada a competência dos entes, é preciso fixar a competência de natureza administrativa ou material e a competência legislativa. Com efeito, enquanto aquela se subdivide em exclusiva e comum, esta refere-se à competência privativa e concorrente.

Conforme leciona Tavares (2008), a competência denominada por exclusiva determina que cada ente tenha seu próprio campo de atuação, de modo a afastar sobre aquele aspecto a interferência de qualquer outra entidade federativa, não sendo, pois, a regra aplicável às atividades por meio das quais se gerenciam os serviços de saúde.

Relativamente ao objeto em discussão, no que atine ao cuidado com a saúde, constata-se, assim, que se enquadra no conceito de competência administrativa comum, uma vez que competirá a execução e administração dos serviços a todas as esferas, podendo, ante sua natureza cumulativa, qualquer ente exercê-la simultaneamente com os demais.

Por outro lado, em termos práticos, o que ocorre por muitas vezes é a imprecisão e incerteza a respeito de se determinar a qual ente caberá agir e intervir em certa situação, na qual o exercício da referida competência administrativa comum far-se-á imprescindível. Quanto a esse ponto, Tavares (2008, p.1037) ainda sustenta que:

Fica evidente que o conflito de atuações, nessas circunstâncias, é praticamente inafastável. Portanto, impõe-se firmar uma diretriz que seja capaz de solucionar os óbices decorrentes da atribuição de competência simultânea a diversas entidades federativas.

A partir desse aparente e supracitado conflito de atuações é que a doutrina, a exemplo de Tavares (2008), faz menção ao princípio da predominância de interesses, de tal modo que, a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios ocorreria em compasso com a extensão do interesse dos mencionados entes para intervir em determinada atividade relativa à matéria enumerada constitucionalmente como sendo competência administrativa comum.

Por outro lado, quanto ao tratamento conferido à forma federativa do Estado, Mendes e Branco (2012, p.857) esclarecem que:

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competência entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.

Nesse sentido, cada ente, assim reconhecido por força do texto constitucional que elegeu a forma federativa de Estado, possui competência para administrar e legislar em relação a determinadas matérias, que evidenciam, sobretudo, alguma forma de interesse nacional, estadual ou local.

Cumprido mencionar que a forma federativa de Estado foi expressamente prevista como cláusula pétrea perante o ordenamento jurídico pátrio, conforme dispõe o art. 60, §4º, inciso I<sup>18</sup>, da CF/88. Isto significa que, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado Reformador poderá criar norma constitucional que viole ou tente desconstituir a já referida forma federativa.

Ademais, a discutida possibilidade de efetuar a gerenciamento dos recursos incorporados ao Patrimônio Público em nível federal, estadual, distrital e municipal demonstra a autonomia que a Constituinte pretendeu conferir quando da organização do Estado Brasileiro. Nesse contexto, o art. 18, *caput*, da CF/88 prescreve que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Pelo que se vê, essa autonomia culmina por refletir a responsabilidade dos entes federativos no modelo do Estado Democrático de Direito, atribuindo, pois, não somente proteções e funções, mas deveres a serem observados e cumpridos pelo Poder Público em seus diversos segmentos e em cada um dos seus níveis.

Acerca do fato de ter o Estado Brasileiro assumido a forma federal, Mendes e Branco (2012, p. 860) sustentam que “o federalismo, ainda, é uma resposta à

---

<sup>18</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] omissis.  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado; [...]”.

necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado quando da tomada de decisões que afetam o país como um todo. A fórmula opera para reduzir poderes excessivamente centrípetos”. Sem dúvida, esta forma de organização do Estado contribui para a análise de cada região levando em consideração suas especificidades econômicas e sociais.

Por sua vez, Azambuja (2008, p. 175) evidencia que “a faculdade de auto-organização e de autogoverno, dentro dos limites fixados na Constituição Federal, é um dos traços fundamentais do regime federativo. Se ele falta, não há mais um Estado Federal, mas um Estado unitário”. Tal posicionamento possibilita a compreensão da capacidade de autogerenciamento e de autolimitação, tanto na perspectiva dos Estados-membros, quando do próprio Estado Federal, entenda-se, a União.

#### 3.4 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS NO CUSTEIO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 855.178/SE

Em linhas gerais, os tribunais superiores, com fulcro na interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais já discutidos no presente trabalho, têm atribuído responsabilidade solidária aos entes federativos. Nesse sentido, no que diz respeito à prestação e execução de serviços atinentes à efetividade do direito à saúde, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estariam solidariamente obrigados a atuarem. Isto significa que quaisquer dos entes podem ser chamados a arcar com o custeio do fornecimento de medicamento ou tratamento médico.

De modo a esclarecer a matéria, faz-se referência ao caso que ensejou o julgamento pelo STF, em março de 2015, do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, em sede de Repercussão Geral. Conforme informações colacionadas ao mencionado julgado, em síntese, a parte autora ajuizara ação para que lhe fosse fornecido o medicamento denominado por *bosentana* (TRACLEER 62,5mg /125mg). Em sequência, o Estado de Sergipe, obrigado por decisão que deferira a antecipação de tutela, adquiriu o medicamento, havendo cofinanciamento do valor pela União, em percentual de 50% (cinquenta por cento), e passou a fornecê-lo por

meio da Secretaria de Saúde. A obrigação de fazer perdurou até o falecimento da parte autora.

Entretanto, a União, ainda inconformada, insurgiu-se contra a ordem de ressarcimento relativamente ao custeio do medicamento ao Estado de Sergipe, alegando, pois, sua ilegitimidade passiva. Além disso, sustentou que, diante da forma descentralizada de gestão do SUS, caberia somente aos órgãos locais o fornecimento do medicamento pleiteado pela parte autora. Ato contínuo, em análise ao recurso de apelação interposto, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reafirmou a responsabilidade solidária entre os entes para fornecimento do medicamento. Foram opostos, inclusive, embargos de declaração, que resultaram como rejeitados, até chegar à interposição do Recurso Extraordinário ora em comento. Em suma, assim figurou o Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, sob apreciação do STF (BRASIL, 2015):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela UNIÃO, com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição da República, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que possui a seguinte ementa: Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde. Édito judicial que condenou o Estado e a União a fornecer medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg). Falecimento da autora. Pretensão da União em ver reconhecida sua ilegitimidade passiva para eximir-se do cofinanciamento do custeio do medicamento. Impossibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria. Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe Relator: Min. Luiz Fux. Recte.(s): União. Proc.(a/s) (es): Advogado-geral da União. Recdo.(a/s): Maria Augusta da Cruz Santos. Proc.(a/s) (es): Defensor Público-geral Federal.

Com efeito, embora não se possa perder de vista a repartição de atribuições que preveem percentuais e recursos que devem ser aplicados nessa seara, e que também são definidas pela legislação infraconstitucional, o fato é que a Constituição Federal de 1988, quando do tratamento das atividades relativas ao cuidado com a saúde, definiu expressamente a competência comum dos entes federativos.

Ademais, conforme se pode inferir da decisão judicial comentada acima, mesmo as questões que envolvem manejo e repasse de recursos por parte dos

entes e que digam respeito ao funcionamento do SUS podem ser analisadas pela via administrativa ou mediante ação judicial própria a determinado caso.

#### **4 O ATIVISMO JUDICIAL EM QUESTÕES QUE VERSEM SOBRE O DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO CASO CONCRETO**

Atentando-se para a forma como se realiza a repartição de competências e de recursos a serem aplicados pelos entes federativos nas questões relativas ao direito à saúde, merece ser elucidada de que maneira, em termos práticos, o referido direito vem sendo percebido quando da sua execução, especialmente, no que atine ao acesso individual às ações e serviços públicos de saúde.

A despeito de se tratar de um direito social, cujo acesso por meio da rede pública deve ocorrer sem qualquer forma de contraprestação ou restrição, já que vigora a universalidade do atendimento, muitos podem ser os entraves encontrados por pessoas que precisam de um determinado tratamento especializado ou medicamento. Tais obstáculos podem surgir diante de uma suposta ausência de política pública voltada à saúde, de uma decisão administrativa que não concedeu o medicamento ou tratamento desejado por não encontrar previsão no SUS, ou, ainda, da omissão do legislador ou administrador. Em decorrência desses possíveis óbices, têm sido ajuizadas, de maneira bastante recorrente, ações judiciais tendo por objeto, via de regra, a imposição de uma obrigação de fazer a algum dos entes federativos.

##### **4.1 O ATIVISMO JUDICIAL NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

No cenário atual, merece ser enfatizado que são cada vez mais frequentes situações em que alguns tratamentos clínicos e/ou procedimentos cirúrgicos necessários, ante as enfermidades que afetam os indivíduos, não se encontram no quadro de abrangência do SUS ou exigem para sua concessão um vultoso dispêndio por parte do Estado. Diante disso, para a efetivação do mencionado direito à saúde verificar-se-á uma interferência direta no manejo de recursos públicos e na discricionariedade conferida à Administração Pública, uma vez que tais valores financeiros poderão deixar de ser aplicados em benefício de toda a coletividade para custearem necessidades e demandas individuais. A respeito desse tema, Nunes (2011, p. 27) menciona que:

Como é sabido, o STF tem defendido a tese de que cabe nas competências do Poder Judiciário evitar que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, assumindo que, 'quando a Constituição Federal consagra um direito e uma norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária'.

Por vezes, em virtude da análise e do julgamento das demandas conduzidas ao Judiciário, e objetivando com absoluta prioridade a efetiva garantia e proteção aos direitos fundamentais, os tribunais superiores acabam interferindo em aspectos que dizem respeito à seara de atuação das demais funções estatais. A respeito disso, Nunes (2011, p.30) também cita que:

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que 'é lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas' para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

Verifica-se, assim, que a vida e a saúde, por possuírem tutela constitucional e gozarem do status de direitos fundamentais, vêm sendo priorizadas sobremaneira pelos tribunais superiores. Por outro lado, quanto à legitimidade do poder conferido ao Judiciário na solução de controvérsias, que de alguma maneira possam colidir com interesses dos outros Poderes, ou, ainda, restringir a atuação de outros agentes estatais, Barroso (2011, p. 418) discute que:

A Constituição confere a ele competência para solucionar os litígios em geral e é disso que se trata. A questão ganha em complexidade, todavia, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.

Nesse diapasão, uma vez que seja conduzida uma demanda que verse sobre a efetivação do direito à saúde, relativamente a um indivíduo, ao crivo do Judiciário, este, enquanto função estatal, ao reconhecer a procedência do pedido, desempenha atividade de interferência direta e determinante para que o Estado seja obrigado a arcar com todos os ônus decorrentes dos possíveis tratamentos clínicos. Tal postura proativa externada por juízes e tribunais em suas decisões, baseadas em critérios de interpretação constitucional e ponderação de valores, representa aquilo que a



doutrina considera por ativismo judicial. Segundo Ciarlini (2013, p. 100, grifos do autor): “o termo *ativismo*, nesse contexto, não denota *militância política* ou *ideológica*, que são apenas os sentidos possíveis que lhe são coloquialmente atribuídos, mas aponta, em termos filosóficos, para uma primazia da ação”.

Entretanto, não se pode incorrer em generalizações ao se interpretar toda atividade proveniente do Judiciário como um verdadeiro ativismo judicial, isto porque, diante do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição<sup>19</sup>, previsto constitucionalmente, não se pode afastar da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, uma vez conduzida a lide ao exame e julgamento do magistrado, este estará autorizado a decidir de maneira fundamentada e razoável, preenchendo, se preciso for, lacunas presentes nos textos normativos. Por sua vez, Rocha (2013, p. 2) destaca que:

[...] o ativismo judicial constitui uma maneira de exercício do mister dos julgadores, precisamente diante de um exercício hermenêutico mais criativo, sobremodo diante de um caso difícil – *hard case* -, com a modulação ou ‘releitura’ de compreensões jurídicas relacionadas à competência e às responsabilidades dos Poderes. (Grifo do autor).

Diante disso, resta evidenciado que a figura do ativismo consubstancia a atuação de um Poder em seara onde inicialmente não lhe competia atuar. Nessa esteira, o magistrado, representando o Judiciário, não somente formularia novo fundamento ou entendimento jurisprudencial para dirimir um litígio, mas, valendo-se da mencionada postura ativista e de técnicas próprias da hermenêutica, definiria a medida que no caso concreto mais garantisse a equidade. Logo, faz-se necessário que o magistrado conjugue alguns dos princípios e fundamentos basilares da CF/88 à necessidade de proferir um provimento jurisdicional que alcance suficientemente os ideais de justiça, pondo fim à controvérsia levada ao seu crivo. A problemática que se vislumbra nesses casos é que muitas das decisões proferidas em sede de ativismo judicial revestem-se de verdadeira natureza normativa.

Em verdade, a atuação do Judiciário pode sujeitar-se a alguns limites, além das questões eminentemente ligadas aos aspectos orçamentários. Tratando-se da forma como se passou a estruturar o Estado, no tocante à divisão das suas funções,

---

<sup>19</sup> Consta no texto constitucional de 1988 que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] omissis. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

Azambuja (2008, p. 209) afirma que: “a especialização das funções ou divisão dos poderes no Estado é a consequência natural do desenvolvimento social, da complexidade crescente da atividade do poder público, do progresso material e moral dos povos”. Assim, fez-se referência à própria Teoria da Divisão dos Poderes.

Sob o ponto de vista histórico, a Teoria da Divisão dos Poderes foi resultado do amadurecimento de ideias que permitiram compreender de que maneira se articulava o Estado Moderno, a fim de que prevalecesse a busca pela concretização da finalidade pública. Nesse contexto, Azambuja (2008) destaca também as contribuições filosóficas de Aristóteles, por meio da obra *Política*, Locke, por meio dos *Ensaio*, e Charles de Sécondat - o Barão de Montesquieu -, que em *O Espírito das Leis*, esmiuçou efetivamente a Teoria da Divisão dos Poderes.

Ademais, a partir da consolidação das funções estatais objetiva-se que haja limitações recíprocas entre os poderes, de maneira que a independência e autonomia, que constituem a própria Teoria da Separação das Funções Estatais, não representem empecilhos à observância dos limites necessários à atuação de cada um. Nos termos do art. 2º da CF/88: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A cada um desses poderes ou, valendo-se da nomenclatura mais adequada à atualidade, funções estatais, é atribuída uma atuação típica, que diz respeito, respectivamente, a elaborar e editar as leis, administrar a máquina estatal e deter o exercício da função jurisdicional, julgando os litígios.

Quanto aos principais óbices e interferências do Judiciário na análise de casos que tratem da prestação jurisdicional para a concretização do direito à saúde, é possível, conforme Grou e Salazar (2009, p.81), mencionar que:

Valendo-se da tripartição e independência dos poderes, vários argumentos são construídos, entre eles a invasão do Judiciário em competência do Executivo, quebrando a harmonia que deve haver entre os poderes; a ausência de condições do Judiciário avaliar o impacto de suas decisões no todo da administração pública, e a falta de legitimidade do Judiciário para fixar políticas públicas, o que apenas o Executivo e o Legislativo teriam, porque eleitos democraticamente.

Eis que, por todo o exposto, se evidencia a dificuldade de se estabelecerem parâmetros para que, diante dos mais diversos casos concretos, a prestação jurisdicional se efetive com a observância de padrões essenciais de razoabilidade. Segundo Rocha (2013, p. 48): “a concepção de ativismo judicial, nos moldes atuais,

deve-se muito ao pensamento promulgado pelo neoconstitucionalismo, podendo-se dizer que o ativismo judicial é um aspecto do ideal neoconstitucional”.

A partir desse ideal neoconstitucional, infere-se a primazia conferida, a partir do século XX, ao texto constitucional e à efetiva tutela aos direitos tidos por fundamentais. Outrossim, conferiu-se notável ênfase à força normativa da Constituição, de modo que, a exemplo da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988 contemplasse em seu texto um rol de direitos e garantias fundamentais, balizando as formas de atuação por parte do Estado, além de seus interesses precípuos. Relativamente a esse tema, Rocha (2013, p.47) menciona que:

O neoconstitucionalismo, em que pese não possua uma identidade cartesiana, questão esta reconhecida pelos seus próprios divulgadores e adeptos, segundo a doutrina constitucional, de uma forma geral, é um pensamento que idealiza uma mudança de paradigma na maneira de se observar e encarar o ordenamento jurídico, no sentido de fortalecer o texto constitucional, dando ênfase à rigidez constitucional, à força normativa da Constituição, à interpretação conforme a Constituição e, principalmente, à irradiação constitucional nos demais ramos do direito, inclusive no direito privado, revelando-se uma verdadeira configuração de 'onipresença da Constituição'.

Nesse sentido, a fim de demonstrar uma perspectiva mais atual das funções exercidas pelo órgão julgante, o neoconstitucionalismo pretendeu afastar do papel dos magistrados uma atuação meramente mecânica e técnica, imprimindo, por outro lado, o poder-dever de observar no momento de apreciação e julgamento das demandas, os comandos delineados pelo texto constitucional.

Contudo, as questões relativas ao ativismo judicial devem ser analisadas com certa prudência, tendo em vista que mesmo a pretexto de preservar e tutelar um determinado preceito constitucional, as decisões judiciais, ao surtirem resultados concretos, geram efeitos sobre a esfera social, política e, inclusive, econômica. Quanto à função desempenhada pelo magistrado e as consequências advindas de suas decisões, Barroso (2012, p.30), pondera que:

[...] Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação

dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Com efeito, ainda que inicialmente justificada pela provocação do indivíduo que requer em juízo o reconhecimento de seu direito à saúde e a consequente prestação jurisdicional, a intervenção do Judiciário para a tutela conferida aos direitos fundamentais deve vir agregada a outros valores essencialmente constitucionais, tais como a organização e separação das funções estatais e a forma federativa de Estado.

Conforme menciona Barroso (2012, p.31): “os riscos [...] do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias”.

Malgrado não se possa perder de vista a essencialidade dos direitos fundamentais e a necessidade de sua concretização, deve-se sopesar que, por vezes, decisões judiciais que considerem como procedente um pedido formulado por um único indivíduo e que acarretem o direcionamento de recursos públicos de forma diversa da prevista pelo administrador e pelo próprio legislador, ante a elaboração e aprovação do orçamento do Estado, ocasionam um impacto em toda a coletividade, que deixou de usufruir dos serviços e medicamentos que seriam custeados com tais recursos pelo sistema público. Nesse contexto, segundo menciona Scaff (2007 apud NUNES, 2011, p. 35), “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”.

Entende-se, desse modo, que a questão do custeio de despesas médicas, concernentes a tratamentos especializados e medicamentos não ofertados pela rede pública, merece, caso a caso, ser analisada à luz do Princípio da Razoabilidade. A observância de aspectos extremamente genéricos para tratar desse tema e fundamentar decisões judiciais e entendimentos jurisprudenciais pode ocasionar, ao contrário do esperado, uma prestação jurisdicional pouco eficiente, por não ponderar os elementos peculiares do caso concreto.

#### 4.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS CONCERNENTES AO DIREITO À SAÚDE E À ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

De modo a estabelecer vínculos com o ativismo judicial, tem sido característico o crescente avanço do fenômeno da judicialização de maneira que muitas das questões que afetam o meio social, inclusive as que se referem ao direito à saúde, estão sendo conduzidas à apreciação dos membros do Poder Judiciário. Relativamente ao tema da judicialização, o entendimento de Barroso (2011, p.407) é no sentido de que:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.

Ganhou notoriedade nos meios de comunicação o caso protagonizado por Davi Miguel Silva Gama<sup>20</sup>, representado em juízo por seus genitores por ser menor impúbere. No caso em tela, o autor é portador de doença de inclusão microvilositária e o único procedimento apto a curá-lo de sua enfermidade seria a realização de um transplante de intestino. Para tanto, sua pretensão foi demonstrada por meio de ação de obrigação de fazer, objetivando que a União fosse obrigada a arcar com todas as despesas médicas necessárias, diante do alto custo do procedimento. Este procedimento deveria ser realizado no Hospital Jackson Memorial Medical, situado em Miami, nos Estados Unidos da América (EUA), sob a responsabilidade do médico brasileiro Rodrigo Vianna.

A análise do caso é complexa, tendo em vista que se trata de doença incomum, cujo tratamento envolve uma série de etapas a serem custeadas pela União, quais sejam, o deslocamento para os EUA, o próprio transplante, a internação do paciente e o acompanhamento posterior com a correta administração de medicamentos.

Em que pese ter sido proferida sentença de procedência do pedido nos autos originários nº 0002609-37.2014.403.6113, no curso do processo, mais especificamente em 08 de janeiro de 2015, verificou-se a suspensão da tutela antecipada que havia sido concedida pelo Juízo de 1º grau e mantida pelo Tribunal

---

<sup>20</sup> As informações descritas no presente trabalho, correspondentes ao trâmite processual da ação de nº 0002609-37.2014.403.6113 em que contende com a União, o menor Davi Miguel Silva Gama, encontram-se disponíveis mediante consulta processual no endereço eletrônico: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/internet/consultaprocessual>>.

Regional Federal da 3ª Região, no sentido de que a União providenciasse e se responsabilizasse pelo custeio, integral, de tudo o que fosse necessário para que o autor fosse submetido à cirurgia de transplante de intestino. Contra a mencionada tutela antecipada concedida pelo juízo originário, a União interpôs Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo. Inicialmente, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região posicionou-se pela manutenção da medida concedida em primeiro grau. Entretanto, posteriormente, o Desembargador Presidente suspendeu a tutela antecipada concedida esboçando, dentre outros, o fundamento de que para se submeter ao referido transplante o autor precisava ganhar um peso mínimo. Registre-se que consta na decisão de nº 33500/2015 do Desembargador Federal Presidente Fabio Prieto na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 0031349-11.2014.4.03.0000-SP (BRASIL, 2015) excerto nos seguintes termos:

**[...] o próprio cirurgião do Hospital de Miami (EUA) recomenda a permanência da criança, no Brasil, até o ganho de peso mínimo.**

Parece irrefutável que, no curso de **tratamento adequado**, prestado por médicos e professores da rede pública brasileira de assistência, a judicialização prematura da questão fez o Poder Executivo incorrer em despesas desnecessárias e injustificáveis - **U\$ 50.000 foram remetidos ao Hospital de Miami (EUA), no cumprimento da r. decisão aqui questionada.**

O mais grave, porém, é a quebra da **ordem administrativa**, a ruptura da confiança que os usuários do sistema público de saúde devem depositar na execução adequada do serviço - **se e quando** isto é exato, como no caso concreto.

Neste ponto, o fundamental: **não há prova alguma de que, em determinado momento**, o sistema público de saúde tenha negligenciado ou recusado qualquer solução para o caso da criança - **inclusive a eventual remoção dela para os Estados Unidos, respeitados os protocolos de conduta médica.**

A opção por uma das possibilidades terapêuticas, sem respeito aos protocolos de conduta médica, contra a opinião técnica dos mais qualificados especialistas, com desperdício de finitas verbas públicas, configura grave comprometimento da ordem administrativa e das finanças públicas, com manifesto prejuízo ao interesse público - e, ainda, no limite, pode colocar em risco a vida da criança, inclusive por conta de deslocamentos desnecessários.

Parece claro que o encaminhamento da solução adequada dependerá da **(1) análise de equipe médica qualificada, (2) com base em todo o histórico da criança, (3) no momento em que ela estiver em situação compatível com as exigências de transplante de grande porte.**

Neste momento, sob as condições médicas adequadas - repita-se -, será necessário avaliar todo o quadro de assistência disponível para o tratamento - **também a ida aos Estados Unidos, mas não só.**

Será preciso considerar a existência de outras soluções. Como o tratamento realizado na Argentina, disponível, mais barato e talvez menos penoso para a criança (fls. 109 e 111).

A utilização de equipe técnica do Brasil, uma vez que há médicos brasileiros em processo de treinamento no Hospital de Miami (EUA). (Grifos da própria decisão).

Trata-se o fragmento transcrito de trecho da decisão do Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que havia acolhido pedido de suspensão de tutela antecipada apresentado pela União. Ato contínuo, em 22 de abril de 2015, mais uma vez, o Desembargador Presidente fundamentou sua decisão para esclarecer que, de fato, em hipóteses excepcionais, poderia se admitir a aplicação de verba pública, para tornar viável um tratamento clínico no exterior.

Ademais, considerando que o caso foi de grande repercussão, e que foram recebidas várias doações em dinheiro no sentido de possibilitar o tratamento do requerente, entendeu o Desembargador Presidente que tais valores deveriam ser disponibilizados ao Juízo de 1º grau para que efetivamente servissem ao custeio do tratamento e que os recursos da União fossem utilizados, apenas, após o esgotamento dos valores arrecadados junto à população. Em 03 de junho de 2015, reconheceu-se que seria necessário reservar parte do capital arrecadado por intermédio das doações, para o custeio de despesas incidentais ao tratamento. Assim, reservou-se 30% para tais despesas. O valor restante arrecadado acrescido do remanescente dos 30% seriam desde logo convertidos em benefício da União.

No tocante à efetiva utilização dos recursos conseguidos mediante doações realizadas por populares, deve-se enfatizar excerto da decisão de nº 36843/2015 do Desembargador Federal Presidente Fabio Prieto na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 0031349-11.2014.4.03.0000-SP (BRASIL, 2015), no sentido de que:

A população atendeu ao chamamento. Não pode pagar duas vezes - uma, no financiamento do SUS, outra, na campanha altruísta. Nem ver o dinheiro recolhido com finalidade específica desviado para outros propósitos - a elevação da condição econômica dos pais do autor ou o pagamento de verba honorária, ainda que tais objetivos também sejam - e são - meritórios e socialmente desejáveis.

Desse modo, pode-se depreender a importância da efetiva participação da comunidade em situações excepcionais como essa. Sob outro aspecto, no deslinde do caso em análise, após ter sido absolutamente comprovado o diagnóstico da doença que acomete o autor, constatou-se que, de fato, o tratamento pleiteado pelo requerente que consistia no transplante de intestino revela-se como o único meio capaz de viabilizar sua cura e conseqüente sobrevivência. Por fim, as demais possibilidades suscitadas pela União, alternativamente ao pleito do autor,

demonstraram-se baseadas em procedimentos ainda incipientes e inidôneos a demonstrar uma probabilidade de cura e recuperação do paciente.

Nessas circunstâncias, marcadas pela excepcionalidade, justificou-se o provimento por parte do Judiciário, no sentido de que, diante da impossibilidade financeira da unidade familiar do autor para arcar com os custos do procedimento, fosse a União, enquanto ente federativo, obrigada a custear tais despesas.

Em análise a outra controvérsia que se encontra sob a apreciação do STF desde 2007, cite-se o Recurso Extraordinário nº 566.471-6/RN, admitido em sede de Repercussão Geral. Trata-se de recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte ante o desprovimento de apelação cível em ação que obrigou o referido ente a fornecer, de modo ininterrupto, medicamento de alto custo à parte recorrida. Nos termos do teor de fragmento da decisão constante no Recurso Extraordinário nº 566.471-6/RN, tendo por relator o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2007, p.2):

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão do art. 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §1º e §2º da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando o alcance do texto constitucional.

Não obstante a matéria ter sido levada ao conhecido do Supremo Tribunal Federal desde 2007, até o presente momento não houve decisão concernente ao mérito, o que dificulta o estabelecimento de parâmetros específicos para que juízes e tribunais possam analisar as lides cujo tema central seja o custeio de medicamentos e tratamentos de alto custo aptos a garantirem o direito à saúde.

Depreende-se do exposto que ainda pairam dúvidas acerca dos critérios para resolução das demandas que tratam da tutela do direito à saúde, especialmente, no sentido de evidenciar quais os valores e princípios que devem preponderar quando da apreciação do caso concreto.



#### 4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NAS DEMANDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE PROMOVIDAS PERANTE O JUDICIÁRIO

Conforme já ressaltado alhures, para garantir uma prestação jurisdicional justa na resolução de lides que primem pela concretização do direito à saúde, é imprescindível se valer do Princípio da Razoabilidade e realizar uma investigação pormenorizada das peculiaridades que norteiam o caso concreto. No tocante aos elementos que fundamentaram o Princípio da Razoabilidade, Barroso (2011, p. 277) argumenta que:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Demonstra-se necessário reportar-se ao Princípio da Razoabilidade sempre que se estiver diante de uma situação em que, aparentemente, preceitos constitucionais se contraponham, pois o intuito de sua aplicação será, ao final, garantir que seja tomada a decisão que melhor atenda aos fins da justiça. Para Barroso (2011, p. 329): “o princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema [...]”.

Acerca dos contornos do referido Princípio da Razoabilidade, Barroso (2011) menciona a possibilidade de se decompor a razoabilidade em três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade referem-se à compreensão de que os meios empregados devem ser os necessários ou exigíveis para que se alcancem os resultados esperados, favorecendo, assim, a opção pela medida que, em uma situação fática, seja considerada menos onerosa/gravosa. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em se averiguar a legitimidade de certa medida, ponderando, para tanto, a relação entre ônus e benefício. Sopesando-se, nessa discussão, o aspecto orçamentário, Alves (2011, p. 496) acentua que:

[...] o gasto público importa em um custo/benefício em favor da população, no sentido de que o dispêndio deve ser útil à sociedade, porque o administrador deve gerir eficientemente as receitas arrecadadas para suprir as necessidades públicas em atendimento ao princípio da eficácia

orçamentária, traduzida no alcance do bem comum, escopo maior a justificar a própria existência do Estado.

Por sua vez, aplicando-se o Princípio da Razoabilidade especificamente nas ações judiciais que possuem como objeto a efetivação do direito à saúde, consistente em uma obrigação de fazer por parte do Estado, verifica-se que, especialmente, nas demandas protagonizadas por um único indivíduo será de suma importância que os juízes e tribunais busquem uma conciliação entre a tutela do direito à saúde e a aplicação racional dos recursos públicos, tendo em vista a ponderação de valores. Nesse contexto, Torres (2008, p. 202-203) salienta que:

A razoabilidade se projeta para o campo orçamentário com extraordinário vigor. Ao perpassar todos os outros princípios constitucionais orçamentários exerce diferentes funções: serve de princípio de interpretação de dispositivos de lei de meios; influi na elaboração do orçamento, ao governar as escolhas trágicas e as opções pela alocação de verbas; informa a própria legitimidade orçamentária, que deve resultar do equilíbrio razoável entre legalidade e economicidade.

Logo, faz-se necessária uma compreensão acerca dos elementos que, somados à necessidade de assegurar o direito à saúde ao indivíduo que pleiteia sua efetivação em juízo, permitam ao magistrado e aos tribunais proferirem decisões razoáveis e compatíveis com as normas constitucionais e com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Mendes e Branco (2012, p. 726) sustentam que:

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, **como regra geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente [...].** (Grifos nossos).

Desse modo, as decisões judiciais devidamente fundamentadas em matéria de proteção ao direito à saúde que acarretem, de forma substancialmente onerosa, uma obrigação de fazer a um determinado ente, seja União, Estado, Distrito Federal ou Município, somente encontram justificativa quando estiver comprovado que se trata de fornecer ao indivíduo o único tipo de tratamento ou medicamento que pode lhe render alguma expectativa de recuperação e qualidade de vida.

Nesse raciocínio, quando instado a se posicionar acerca de determinada controvérsia que tenha como centro a tutela do direito à saúde, seja diante do

pedido de fornecimento de medicamento, seja para que mediante medida satisfativa imponha ao Estado a obrigação de custear tratamento ou procedimento clínico não previsto pelo SUS, o magistrado deve se valer de elementos norteadores para proferir decisão razoável e ponderada.

A questão merece ainda mais relevo nos casos em que os procedimentos e medicamentos requeridos são de alto custo, o que, frise-se, poderia ocasionar algum tipo de desequilíbrio orçamentário, tendo em vista se tratar de despesa não prevista na fase de elaboração do orçamento do ente responsabilizado.

Considerando a necessidade de se elucidarem alguns critérios que, a título de exemplo, permitiriam, ao fim do processo, a obtenção de um provimento jurisdicional justo e fundado na razoabilidade, merecem ser trazidos à discussão elementos norteadores da atividade dos magistrados ao analisarem e decidirem pleitos referentes ao direito à saúde.

A fim de se estabelecer uma justificativa para que determinado medicamento não seja fornecido pelo SUS, pode ser citado o fato de não haver seu registro reconhecido pela entidade de controle competente, qual seja, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>21</sup>. Por sua vez, no caso dos tratamentos clínicos recentes, já que não existem registros que apontem a probabilidade de seu sucesso na literatura médica, o Estado, por meio de seu Sistema Único, inicialmente, não estaria obrigado a despender recursos em prol da realização de um procedimento ainda não amparado, segundo Mendes e Branco (2012, p.726), em “evidências científicas suficientes”.

Nesses termos, a atuação do Judiciário marcada por um caráter inovador e que, até certo ponto, interferisse na seara típica de outras funções estatais, configurando, pois, uma prática relativa ao ativismo judicial, deveria estar plenamente em consonância com o Princípio da Razoabilidade. O que se pretende é assegurar que o exercício da atividade jurisdicional ocorra baseado na prudência, uma vez que a concessão do custeio de tratamentos sem comprovação científica mínima pode, inclusive, contribuir para o agravamento da enfermidade e colocar em risco a própria vida do indivíduo.

---

<sup>21</sup> A Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi criada com a edição da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 e se trata de uma autarquia em regime especial, cuja responsabilidade está, dentre outros aspectos, pautada na regulamentação e fiscalização de bens e serviços relacionados à saúde. Mais informações acerca do funcionamento e da atuação da ANVISA podem ser extraídas do endereço eletrônico: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/regulacaosanitaria>>.

Destaque-se, nesse sentido, como sendo imprescindível afastar da realidade dos tribunais o acúmulo de decisões judiciais que versem sobre o direito à saúde e que estejam fundamentadas em argumentos genéricos, sob o risco de, ao não se adentrar nas peculiaridades do caso concreto, serem proferidas decisões que prejudiquem tanto a administração orçamentária do aparelho estatal quanto o próprio indivíduo, que pode vir a se submeter a um tratamento incompatível e pouco eficiente<sup>22</sup>.

Nesses casos, a atuação do Judiciário, por meio de seus membros, deve estar baseada na correta análise de documentos que informem de maneira clara o diagnóstico relativo à enfermidade que acomete o indivíduo. Outrossim, devem ser requeridas aos órgãos que gerenciam os serviços de saúde, informações que possibilitem identificar se há medicamentos ou tratamentos ofertados pelo SUS como medidas curativas à referida enfermidade. Em geral, essas respostas podem ser obtidas através do Ministério da Saúde, em nível federal, e das Secretarias de Saúde, em níveis estadual e municipal.

Em assim sendo, uma vez que existam meios viáveis e disponíveis previstos pela rede pública, deve-se priorizar a adoção de tratamentos ou fármacos, cuja eficácia curativa já esteja suficientemente demonstrada e de aplicação autorizada pelos órgãos de vigilância sanitária. Por outro lado, na hipótese em que não exista medicamento ou tratamento disponível pelo SUS para a enfermidade específica e, ainda, havendo entendimento médico atestando que as chances de sobrevida ou de

---

<sup>22</sup> Recentemente (05 de abril de 2016), o Supremo Tribunal Federal, em análise à Suspensão de Tutela Antecipada nº 828, que trata do polêmico fornecimento de *fosfoetanolamina sintética* a indivíduos com câncer, manifestou-se pela suspensão do repasse dessa substância química por parte da Universidade de São Paulo. No caso, a decisão fundamentou-se no fato de não haver evidências científicas suficientes que atestem que a mencionada substância é benéfica ao tratamento do câncer, podendo pôr em risco a saúde e a economia públicas, violando, ainda, regras de vigilância sanitária. Na ocasião, destacou-se que o custeio do tratamento ou medicamento por parte do ente estatal seria justificado quando, ainda que não registrado na ANVISA, o mencionado tratamento fosse o único meio comprovado por agência congênere apto a tratar a enfermidade que acomete indivíduo sem recursos financeiros. A decisão foi no sentido de suspender todas as determinações judiciais proferidas no país, que tenham obrigado a Universidade de São Paulo a fornecer a substância *fosfoetanolamina sintética* para tratamento de câncer, permitindo-se, somente, o fornecimento do que existisse em estoque. Essas e outras informações relativas ao julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 828 foram noticiadas por meio do seguinte endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313641>>. Entretanto, esvaziando o mencionado entendimento do STF, foi publicada a Lei nº 13.269 de 13 de abril de 2016, por meio da qual, passa a ser autorizado o uso da substância *fosfoetanolamina sintética* por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que haja laudo médico que ateste o diagnóstico, além de assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

vida com um mínimo de qualidade somente será possível mediante a opção por determinado tratamento, nesse caso, é prudente e razoável, com o intuito de assegurar o direito à saúde e, por conseguinte, o direito à vida e a Dignidade da Pessoa Humana, que o Judiciário julgue procedente o pedido formulado pela parte autora e obrigue o Estado a custear as despesas com o tratamento ou medicamento necessário, ainda que se trate de procedimento de elevado vulto.

Nas circunstâncias aqui explicitadas, valendo-se da ponderação dos valores constitucionais, a suposta reserva do possível, alegada em defesa do ente federativo, cederia espaço para a tutela do mínimo existencial.

Por sua vez, é consolidada a noção de que todos os direitos para sua efetivação requerem dispêndios por parte do Poder Público. Nesse sentido, Kelbert (2011, p.66-67) assevera que:

O mero reconhecimento dos custos de todos os direitos não configura uma questão problemática. Os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais.

Diante disso, enfatiza-se como sendo essencial a atuação de juízes e tribunais de modo racional quando da análise de uma demanda que busque a tutela do direito à saúde relativamente a um único indivíduo. Isto porque, em um cenário de impossibilidade orçamentária para o custeio de todos os direitos, por vezes caberá ao Executivo, Legislativo e Judiciário, dentro das suas respectivas searas de atribuição, elegerem os bens jurídicos que gozarão de caráter prioritário.

Entenda-se que a efetiva aplicação do Princípio da Razoabilidade nos litígios levados ao julgamento do Judiciário pode vir a garantir o equilíbrio de valores constitucionais o que, de certo modo, corrobora a garantia da eficiência nos serviços de saúde prestados pelo Estado, tendo em vista que serão evitados gastos financeiros que não se façam necessários. Em alusão ao tema, Torres (2008) afirma a aproximação da eficiência à razoabilidade e à ponderação. Com efeito, deve-se ter em vista que o membro do Judiciário, quando aplica o Direito ao caso concreto, não pode desconsiderar os princípios e valores que possibilitam o pleno funcionamento do aparelho estatal.

Tendo em vista os aspectos observados, vislumbra-se como sendo essencial, de modo a garantir a própria efetividade dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, a análise dos preceitos constitucionais que, diante de casos

peculiares, mereçam maior atenção por parte do magistrado. Para tanto, o Princípio da Razoabilidade deverá imiscuir-se de forma definitiva na atividade desenvolvida por juízes e tribunais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muitos elementos que informam o direito à saúde, estando isso evidenciado diante de sua expressa previsão constitucional, acompanhada de uma significativa coletânea de textos legais que o asseguram com primazia. Nesse contexto, a proteção conferida ao direito à saúde permite correlacioná-lo com o próprio direito à vida e com a necessidade de se garantir a Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, pelo que se depreende do teor dos dispositivos constitucionais, o Brasil adotou uma postura típica do Estado do Bem-Estar Social.

Contudo, por se tratar de um direito cuja implementação acarreta gastos ao Poder Público, faz-se imprescindível acentuar que o modo de aplicação dos recursos estatais na efetivação desse direito deve estar fundado em critérios pautados em um mínimo de razoabilidade, sob pena de comprometer o próprio funcionamento da rede pública de saúde.

Desse modo, conclui-se pela necessidade de se utilizar do Princípio da Razoabilidade na recorrente análise de lides que versem sobre a efetivação do direito à saúde, com ênfase nos casos cujo pleito pela prestação jurisdicional concernente ao fornecimento de um medicamento ou tratamento de elevado custo financeiro refira-se a um único indivíduo.

Em linhas gerais, considerando situações que culminam no ajuizamento de uma ação de obrigação de fazer promovida com base em um interesse individual, devem ser empregados princípios e valores constitucionais que norteiem o livre convencimento do julgador. Com efeito, ainda que se trate de um direito elencado com o status de fundamental pela CF/88, para a concessão do pedido do requerente em caso que tenha como cerne o direito à saúde, deve o magistrado sopesar todas as circunstâncias que norteiam o caso concreto.

Nesse contexto, destaque-se que, por muitas vezes, o representante do Poder Judiciário não dispõe do conhecimento médico e científico necessário para identificar o grau de confiabilidade e de eficácia advindas do tratamento requerido pelo autor da demanda. Far-se-á, pois, essencial a obtenção de esclarecimentos por meio dos órgãos do Estado que efetivamente cuidam da prestação das ações e serviços de saúde.

Nesse sentido, a tutela do direito à saúde a fim de assegurar a Dignidade da Pessoa Humana deve se verificar em compasso com um provimento jurisdicional justo, que tenha em vista a possibilidade real de cura e recuperação daquele que se encontra em juízo requerendo essa prestação material do Estado, entendendo-se tal prestação como o acesso a um medicamento ou tratamento que, por vezes, não se encontra acobertado pelo SUS.

Ademais, verificou-se que, expressamente, o direito à saúde se revela como um direito social e disso é possível inferir-se que a garantia e a tutela de um interesse individual concedido sem a observância da razoabilidade não pode se justificar quanto trazer prejuízos à coletividade, especialmente, quanto ao manejo de recursos públicos.

Por sua vez, tem-se compreendido, a partir de entendimentos doutrinários, que a atividade desenvolvida pelo Judiciário, ao decidir estabelecendo o modo de aplicação de recursos financeiros do Estado de forma diversa da prevista pelo legislador e pelo próprio gestor, configuraria um verdadeiro ativismo judicial, por gerar interferências em áreas de atuação típicas do Legislativo e do Executivo.

Diante desse redirecionamento dos recursos públicos promovidos pelo órgão julgante, os entes federativos têm alegado em sua defesa a impossibilidade orçamentária de arcarem com todas as necessidades oriundas dos direitos fundamentais, com destaque para o direito à saúde. Sendo assim, sustenta-se a teoria da reserva do possível.

Não há dúvida de que a questão permite suscitar uma série de argumentos, diante do fato de que, em sua redação, o direito à saúde é extensível a todos, independentemente de qualquer condição. Ocorre que, alcançando-se os objetivos propostos nesse estudo, foram ponderados vários aspectos práticos, e concluiu-se como sendo fundamental garantir em benefício do maior número de pessoas o pleno funcionamento da máquina estatal, realizando, assim, a contenção de custos que não se façam verdadeiramente necessários.

Sugere-se ainda que, quando por meio de uma ação judicial o indivíduo pleiteie o acesso a um tipo de tratamento ou medicamento específico a ser custeado por quaisquer dos entes federativos, seja priorizado aquele fornecido e disponibilizado pelo SUS, uma vez que já se encontra sob os rigores das normas de vigilância sanitária, e está amparado por bases científicas reconhecidas pelos



órgãos de controle competentes, gerando maiores expectativas de recuperação do indivíduo.

Desse modo, defende-se que a atividade desempenhada por juízes e tribunais no exercício jurisdicional deve ser norteada por parâmetros relacionados ao razoável e à prudência. Ademais, resta evidenciado que algumas questões orçamentárias, a discricionariedade administrativa e a teoria da reserva do possível podem ser elementos capazes de interferir no modo como se compreende e se tutela o referido direito à saúde, principalmente no que atine ao manejo e direcionamento de recursos públicos, e tendo por base a efetivação de tutelas/preensões individuais em detrimento da aplicação de recursos públicos em benefício da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Benedito Antônio. Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. In: MACHADO, C. (Org.). **Constituição Federal Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. São Paulo: Manole, 2011. p. 495-517.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2.ed. São Paulo: Globo, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Rev. [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.864, de 24 de setembro de 2013**. Altera o caput do art. 3º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluindo a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12864.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12864.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016**. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-RS.** Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Data de Publicação: DJ 24 nov. 2000, p. 1.409-1.410. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178-SE.** Recorrente: União. Recorrida: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 05 de março de 2015. Data de Publicação: DJ 05 mar. 2015, p. 01-21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&ipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471-6-RN.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de outubro de 2007. Data de Publicação: DJ 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&ipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 91- AL.** Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Data de Publicação: DJ 05 mar. 2007, p. 165-167. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Levantamento – FiscSaúde. TC nº 032.624/2013-1.** Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes. Ministros-

Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira, 26 de março de 2014. AC-0693-09/14-P. Disponível em: <[http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 0031349-11.2014.4.03.0000/SP (Expediente Processual nº 33500/2015)**. Requerente: União Federal. Requerido: Juízo Federal da 3. Vara de Franca/SP. Relator: Desembargador Federal Presidente Fabio Prieto. São Paulo, 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000313497&data=2015-01-12>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 0031349-11.2014.4.03.0000/SP (Expediente Processual nº 36843/2015)**. Requerente: União Federal. Requerido: Juízo Federal da 3. Vara de Franca/SP. Relator: Desembargador Federal Presidente Fabio Prieto. São Paulo, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000313497&data=2015-06-10>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CZERESNIA, Dina. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de. (Org.). **Promoção da saúde: conceito, reflexões, tendências**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. p. 43-58.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde públ.**, São Paulo, n.22, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GROU, Karina Bozola; SALAZAR, Andrea Lazzarini. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LACOMBE, Francisco José Masset. **Dicionário de negócios: mais de 6.000 termos em inglês e português**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In:\_\_\_\_\_. ; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11-72.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte, 2008. 118 p. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_ReissingerS\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReissingerS_1.pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2016.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde**: “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73-135.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações particulares entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 376-421.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**: o orçamento na constituição. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5.