



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

**Judicialização de Políticas Públicas de Saúde:  
Uma Análise Sobre a STA 175**

Igor Mota Ribeiro  
2015

Igor Mota Ribeiro

**Judicialização de Políticas Públicas de Saúde:  
Uma Análise Sobre a STA 175**

Trabalho apresentado como requisito parcial  
para a obtenção do título de Bacharel em  
Direito pela Universidade de Brasília.

Orientação: Dr. Mamede Said Maia Filho

Composição da Banca

Professor Dr. Bruno Corrêa Burini (Suplente)

Professor Dr. Bruno Rangel Avelino

Professor Dr. Mamede Said Maia Filho  
(Orientador)

Professor Dr. Thiago Luis Santos Sombra

Brasília

2015

## **Resumo**

A judicialização de demandas referentes à prestação de serviços públicos de saúde é um fenômeno que vem se tornando cada vez mais comum na sociedade brasileira. A escassez de recursos públicos para a garantia do direito de acesso aos serviços de saúde vem, cada vez mais, levando aqueles que dependem de tais serviços a se socorrerem da intervenção do Poder Judiciário para a garantia de seus direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Por outro lado, os administradores responsáveis pela gestão das políticas públicas de saúde enfrentam - em um cenário de escassez de seus recursos - dificuldades crescentes em atender às ordens judiciais e às necessidades apresentadas pela população, bem como em fazer com que os recursos restantes redundem em um atendimento eficaz para tais demandas.

Em meio a tal contradição, encontra-se o Poder Judiciário com a incumbência de decidir, em sede de demandas individuais e coletivas, o direito aplicável a cada caso.

Na presente discussão, posicionamentos e formulações teóricas apontam para diversas direções, seja defendendo a autonomia da Administração frente ao Judiciário ou defendendo a inafastabilidade do controle jurisdicional, seja defendendo a proteção de interesses coletivos frente a interesses individuais, seja defendendo a dignidade da pessoa humana e o respeito ao mínimo existencial.

Nesse contexto, diversos acadêmicos e magistrados abordam o tema conforme suas convicções sobre o direito aplicável a tais casos, buscando-se sempre um meio-termo entre a proteção de direitos fundamentais individuais, direitos fundamentais coletivos e as prerrogativas da Administração Pública.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais, Saúde, Judicialização de Políticas Públicas, Direito Constitucional

## **Abstract**

The proposing of lawsuits about the provision of public health services is a phenomenon which has been becoming increasingly common in Brazilian society. The scarcity of public resources to ensure the right to access public health services has been, more and more often, making those which depend on such services for their own survival to require the Judiciary's intervention in order to ensure of fundamental rights ensured by the Federation's Constitution.

On the other hand, the managers of the public health policies face – in a scarce resources picture – increasing challenges in order to attend the judicial orders and the needs presented by the general population, as well as turning the remaining financial resources in an effective service to attend such requirements.

Amid such contradiction, the Judicial Power finds itself with the obligation of deciding, both in the singular and in the collective demands, the law which should be applied to each case.

In the present discussion, theoretical positioning and formulations point towards many directions, either defending the autonomy of the public administration in relation to the judiciary or defending impossibility of denial of the jurisdiction decision, in times defending the need to protect collective rights against individual rights, or in other times defended the human dignity and the respect of the existential minimum.

In this context, many lecturers and magistrates approach the subject according to their own convictions about the applicable law to such cases, looking for a middle ground between the protection of the individual fundamental rights, the collective fundamental rights and the public administration's attributions.

**Key Words:** Fundamental Rights, Health, Public Policy Adjudication, Constitutional Law.

## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>7</b>
<b>1. Capítulo I – Do Direito à Saúde.....</b>	<b>9</b>
1.1. O Direito à Saúde Como um Direito Fundamental.....	9
1.2 Da Caracterização do Direito à Saúde Como Regra ou Princípio.....	13
1.3. Dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988 e a Natureza Jurídica do Direito à Saúde.....	15
1.4. Dos Princípios Que Regem o Direito à Saúde.....	18
1.4.1. Do Princípio da Universalidade.....	18
1.4.2. Do Princípio da Integralidade.....	20
1.4.3. Do Dever de Instituição de Implementação de Políticas Públicas de Saúde Pelo Estado .....	22
<b>2. Capítulo II – Da Judicialização de Políticas Públicas.....</b>	<b>23</b>
2.1. Da Judicialização de Políticas Públicas e Legitimidade Democrática.....	23
2.1.1. Da Legitimidade Democrática dos Atores Políticos Sob o Ponto de Vista do Procedimentalismo Habermasiano.....	24
2.1.2. Da Visão Substancialista Sobre a Garantia de Direitos Fundamentais e a Perspectiva de Dworkin.....	27
2.2. Da Posição da Jurisprudência Sobre a Problemática da Judicialização.....	30
2.2.1. Da posição do Supremo Tribunal Federal.....	31
2.3. Da Instituição e Judicialização de Políticas Públicas de Saúde e as Demandas por Tratamentos Não Padronizados no Distrito Federal.....	34
2.4. Do Conflito Entre a Reserva do Possível e o Direito ao Acesso aos Serviços de Saúde.....	37
<b>3. Capítulo III - Uma Análise do Atual Marco Jurisprudencial.....</b>	<b>42</b>
3.1. O Contexto do Caso em Estudo.....	43
3.2. Uma Análise dos Argumentos Lançados Contra a Judicialização da Saúde.....	44
3.3. Dos Parâmetros de Padronização Para a Judicialização da Saúde.....	46
3.4. Análise do Argumento da Violação da Separação de Poderes Pela Judicialização de Políticas Públicas.....	51
3.5. Considerações Sobre a Decisão do Caso.....	52

<b>Conclusão.....</b>	<b>53</b>
<b>Referências.....</b>	<b>57</b>

## **Introdução**

A proteção de direitos fundamentais é um tema central na sociedade ocidental contemporânea. Historicamente, diversas sociedades tinham determinados bens de caráter jurídico, moral, social e religioso que constituíam condições de cidadania e de humanidade em seus meios.

Já na Idade Moderna, entendida como o período entre a queda do Império Romano do Oriente e a Revolução Francesa, surgiram alguns marcos históricos dos direitos fundamentais, como a Petition of Rights (1628) e a Bill of Rights (1689) na Inglaterra e, posteriormente, culminariam com o aumento da preocupação com o tema o que veio a redundar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), documento fundamental da Revolução Francesa de alcance universal.

Em breve síntese, os direitos fundamentais eram entendidos – em um primeiro momento – como liberdades mínimas do indivíduo. Tal entendimento foi sendo ampliado, visando a garantia à dignidade e a serviços mínimos, chegando a paradigmas como o do Welfare State, onde o Estado era agente garantidor não só de direitos e liberdades individuais, mas também da prestação de diversos serviços considerados essenciais, como os serviços de educação e saúde.

Após a implementação desse panorama em diversos países do mundo, foi percebido que a garantia de determinados direitos encontrava óbice na limitação dos recursos estatais. Tais dificuldades acabavam gerando situações em que a prestação de serviços essenciais acabava por desbalancear o orçamento estatal, uma vez que a demanda por tais recursos superava a capacidade financeira e orçamentária para a sua prestação.

Uma questão que leva a diversas controvérsias nesse cenário diz respeito à garantia ao acesso a serviços de saúde. A garantia deste direito, consagrado também no ordenamento jurídico brasileiro (Constituição Federal, art. 6º e 196), contrasta muitas vezes com a escassez de recursos estatais e a impossibilidade de atendimento geral da demanda apresentada pela população.

No Brasil, em um contexto, que se estende até os dias de hoje, a judicialização de políticas públicas de saúde assume um papel de destaque na proteção de direitos fundamentais. Cada vez mais, demandas que visam a garantia do direito ao acesso aos serviços de saúde necessitam de intervenção judicial para sua concretização.

Sobre tais demandas, diversos posicionamentos teóricos vêm sendo formulados e desconstruídos com o passar do tempo. Em defesa da população que necessita de tais serviços

para a sua sobrevivência, muitos entendimentos suscitam a necessidade de intervenção judicial a fim de garantir a efetivação de direitos fundamentais, alegando a necessidade de observar-se a proteção ao que se convencionou chamar de “mínimo existencial”.

Tais posicionamentos foram aos poucos sendo consagrados e divulgados, motivando diversas decisões em casos concretos. Nessas decisões, muitas linhas teóricas defendiam a necessidade de atuação jurisdicional a fim de garantir a proteção a direitos fundamentais, não podendo o Poder Judiciário omitir-se frente a violação de tais direitos, sob pena de ser acusado de indiferença e omissão.

Em sentido contrário, outras vertentes defendem que a judicialização de demandas em sede de políticas públicas de saúde violam o princípio da separação de poderes, alegando que o Poder Judiciário não possui legitimidade para intervenção em atividades de competência da Administração Pública.

Tais vertentes alegam que as demandas judiciais individuais referentes a serviços de saúde geram gastos excessivos que devem ser assumidos pelo Estado e acabam prejudicando o planejamento público o que pode levar a prejuízos ainda maiores para a coletividade, uma vez que o cumprimento de decisões judiciais individuais leva a uma realocação não planejada de recursos públicos.

Nesse mesmo sentido, há posicionamentos que defendem que a demanda judicial por serviços que devem ser prestados mediante acesso às políticas públicas estatais acabam por levar ao desequilíbrio as finanças estatais, uma vez que o planejamento do orçamento público é prejudicado por demandas extraordinárias e ordens judiciais de caráter imperativo, que acabam por alocar recursos na contramão do planejamento realizado pela Administração Pública. Nesse sentido, importante salientar o argumento que a judicialização em sede de demanda individual acaba por ferir direitos de ordem coletiva, uma vez que recursos escassos que deveriam ser alocados em favor da coletividade acabam por ser revertidos em favor de um único indivíduo.

Um outro argumento que deve ser levado em conta é aquele que afirma que a judicialização de demandas de saúde colocam sob o crivo do Poder Judiciário matéria de responsabilidade do Poder Executivo. De certo, se confirmada tal hipótese, haveria uma violação à separação entre os poderes, que constitui cláusula pétrea, conforme estabelecido na Constituição Federal (art. 60, § 4º, III).

É importante lembrar, ainda, o surgimento recente de diversos posicionamentos doutrinários contrários ao ativismo judicial na garantia de direitos fundamentais quanto tal prestação jurisdicional implica na interferência do Poder Judiciário em atividades tipicamente



realizadas pelo Poder Executivo. Como mencionado, tais posicionamentos utilizam como ponto angular a necessidade de se levar a escassez dos recursos públicos e o respeito à separação de poderes como fatores preponderantes para a decisão nos casos concretos.

Entretanto, a tais argumentos contrapõe-se um entendimento que vem sendo repetido pela jurisprudência, que alega que a inafastabilidade da jurisdição não admite que seja vedado ao Judiciário a análise de caso concreto que indique, no plano individual ou coletivo, lesão a direito fundamental. Por essa linha de argumentação, não seria possível a negativa de prestação jurisdicional se uma violação a direito for apresentada ao Judiciário, sob pena de esvaziamento de sua competência constitucional (CF, art. 5º, XXXV).

Contextualizando os argumentos levantados nas diversas vertentes, cabe ao julgador das demandas de saúde determinar o direito aplicável, visando proteger direitos individuais e coletivos, em particular o direito fundamental de acesso aos serviços de saúde e, resguardando, ao mesmo tempo, a independência da Administração Pública, fazendo valer o disposto na Constituição Federal e a legislação em vigor.

O maior desafio a ser superado parece, em um primeiro momento, ser a dificuldade em encontrar-se um ponto de equilíbrio, sem chegar ao extremo de um Estado desgovernado, com a competência administrativa exercida pelo Judiciário e, por outro, sem faltar com o respeito aos direitos sociais fundamentais, garantidores da dignidade da pessoa humana.

Assim, frente aos aspectos expostos, buscaremos no presente trabalho não encontrar uma resposta correta e definitiva para as questões suscitadas, mas sim a análise dos argumentos normalmente trazidos pela doutrina e pela jurisprudência para lastreamento do processo de decisão de casos de demanda de saúde em sede individual e coletiva.

## **Capítulo I – Do Direito à Saúde**

Antes de discutirmos a judicialização das demandas no plano da saúde vamos, primeiramente, realizar uma breve análise do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.1. Do Direito à Saúde Como Um Direito Fundamental**

A saúde é considerada um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta de 1988, em seu artigo 6º, *caput*, enumera o direito à saúde como um direito social de

todos os cidadãos brasileiros.

De fato, com ampla atenção e tutela constitucional, a doutrina vem apresentando a ideia de que “com o advento da Constituição de 1988 e das intensas reivindicações do movimento sanitário, a saúde alcança seu lugar como um direito fundamental”<sup>1</sup>, ocupando um lugar de destaque dentre os direitos garantidos pela Constituição.

Se, por um lado, vemos uma classificação constitucional clara quanto ao caráter social do direito à saúde, temos também a defesa doutrinária de que tal direito possui um caráter de direito público subjetivo<sup>2</sup>. Ou seja, para diversos doutrinadores, a saúde seria um direito que – apesar de público – poderia ser demandado individualmente do Estado perante o Judiciário a fim de garantir a subjetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito de acesso aos serviços de saúde teria como imperativo a prestação positiva do Estado na concretização desses serviços<sup>3</sup>. A abrangência da exigibilidade de tal direito é controversa, e será abordada com maior profundidade posteriormente.

A Constituição Federal tutela o direito à saúde, em seção própria e em meio aos direitos sociais, proclamando-o como um direito de todos e dever do Estado. No artigo 196 da Constituição, é determinado o dever de concretização de tal direito mediante políticas públicas sociais e econômicas, garantindo o acesso universal e igualitário para a sua proteção.

Em atenção ao tema de direitos fundamentais, é importante observarmos o conteúdo produzido por Robert Alexy, que em sua obra discorre sobre a teoria dos direitos fundamentais no contexto da sociedade alemã. Em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o doutrinador constrói uma questão que gira em torno da atribuição de caráter fundamental às normas da Constituição Alemã<sup>4</sup> e, em um primeiro momento, adota como critério para determinação do caráter fundamental das normas a sua especificação na redação constitucional, desde que atendido o critério normativo formal quanto ao modo de produção da norma. Assim, por esse raciocínio, uma norma somente poderia ser caracterizada como norma fundamental em um ordenamento jurídico se a Constituição assim a caracterizasse expressamente.

Entretanto, logo se vê que tal critério não pode ser sustentado, uma vez que não contempla a existência de normas fundamentais atribuídas, aquelas normas que derivam do enunciado normativo, porém não o integram expressamente. Tais normas, por versarem sobre

---

1 ASENSI, Felipe et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p. 17.

2 DUARTE, Clarice Seixas. O Duplo Regime Jurídico do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. Fortaleza: **Pensar**, v. 17, 2012, p. 420-451.

3 ASENSI, Felipe et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p. 18.

4 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 65-84

direitos fundamentais, não poderiam ser desprezadas enquanto direitos fundamentais propriamente ditos. Pelo exposto as normas fundamentais, em caráter amplo, são assim descritas<sup>5</sup>:

“Uma definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referidas a direitos fundamentais. Para a normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional”

Vemos que na fala do autor, além das normas estabelecidas pela Constituição, são consideradas também as normas fundamentais atribuídas, que não são expressas no texto constitucional, mas que podem ser corretamente fundamentadas em normas referentes a direitos fundamentais<sup>6</sup>.

Nesse sentido, a definição de normas de caráter fundamental, seja a norma instituída pela Constituição ou norma atribuída, é dada em três níveis: pelo critério de autoridade, critério formal e critério de fundamentação correta.

Para Alexy<sup>7</sup>, o critério de autoridade é atendido pela legitimidade daquele que instituiu o enunciado normativo. Ou seja, para uma norma poder ser considerada de direito fundamental, deve ser estabelecida pela autoridade legislativa competente para tal.

Em um segundo nível, o critério formal de positivação deve ser atendido para instituir um enunciado normativo. Para tal, os enunciados de direitos fundamentais devem atender a critérios formais específicos, especificados pelos procedimentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sendo o principal critério o reconhecimento do direito fundamental como tal pela Constituição vigente.

Por fim, o critério de fundamentação estabelece que uma norma, para ser considerada norma de direito fundamental, deve ser corretamente fundamentada pelas normas de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Nesse sentido, as normas diretamente estabelecidas são consideradas normas de direito fundamental enquanto as normas derivadas devem ser corretamente fundamentadas nas normas fundamentais expressamente estabelecidas pela Constituição.

Assim, um direito que seja constitucionalmente consagrado como fundamental será considerado como tal, desde que atendidos os critérios de autoridade, formalidade e

---

5 Ibidem, p. 76.

6 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 82 e 83.

7 Ibidem, p. 76 e 77.

fundamentação, não sendo excluídas aquelas normas atribuídas cuja fundamentação é dada com base em dispositivo que verse sobre direitos fundamentais.

O direito à saúde, nesse prisma, por ser legitimado por previsão constitucional expressa, seria considerado um direito altamente abstrato e de maior relevância<sup>8</sup>, motivo pelo qual recebe atenção especial em nosso ordenamento jurídico, sendo previsto como direito fundamental em seção própria na Constituição Federal.

No contexto da discussão sobre direitos fundamentais no Brasil, o Supremo Tribunal Federal em diversas vezes já foi suscitado a fim de manifestar-se sobre violações a direitos fundamentais e, embora em nenhum momento tenha fixado definição jurisprudencial de um rol exaustivo de direitos fundamentais ou mesmo de um requisito material para a classificação dos mesmos, amplo conteúdo decisório já foi proferido sobre o assunto.

A despeito de não haver sacramentado uma doutrina específica para ser seguida para a determinação de critério material para que um direito seja declarado como fundamental, alguns critérios materiais já foram expressos para a elevação de um direito ao status de direito fundamental, além dos critérios formais estabelecidos por previsão específica na Constituição. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal já se manifestou no sentido de que pode-se usar como critério para a classificação de um direito como fundamental o critério de historicidade dos direitos, bem como de preservação da segurança jurídica das relações sociais<sup>9</sup>.

Embora o acesso aos serviços de saúde não se enquadre nas hipóteses mencionadas, não se considera prejudicado o seu reconhecimento como direito fundamental. Isto porque, conforme já mencionado, o direito ao acesso a serviços de saúde possui previsão constitucional explícito como direito fundamental nos art. 6º e 196 da Constituição.

Nesse sentido, a doutrina também considera que o direito ao acesso aos serviços de saúde possui caráter materialmente fundamental, posto que é norma que faz referência a prerrogativa garantida pela Constituição que visa a preservação da vida e do bem-estar do indivíduo. Dessa premissa decorre a sua integração ao espectro de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o acesso aos serviços de saúde é instrumento essencial à garantia do mínimo essencial à vida digna. Nesse sentido, cabe frisar os dizeres de

---

8 CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. **O Direito à Saúde Entre os Paradigmas Substanciais e Procedimentais da Constituição**. UnB, 2008, p. 156

9 STF - ADI: 939 DF, Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 15/12/1993, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755. Voto do Ministro Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>10</sup>:

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.”

Assim, o dever de garantia ao acesso à saúde é elemento fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este basilar do ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III). É, assim, norma de direito fundamental que age como vetor de um dos princípios preponderantes em nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se pelo exposto que, de acordo com o critério proposto, o dever do Estado de garantir o acesso à população aos serviços de saúde constitui caráter de norma fundamental, atende tanto aos critérios de formalidade e legitimidade, elencados pela teoria de direitos fundamentais de Alexy, quanto ao entendimento da doutrina nacional e sendo reconhecido como tal pelo critério formal formulado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

## 1.2. Da Caracterização do Direito à Saúde Como Regra ou Princípio

Ainda referindo-nos à fundamentalidade do direito ao acesso à saúde, poderíamos

---

10 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 23, 2003, p. 40-41. Acessível em <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)> Acesso em 25/05/2015.

questionar se o mandamento referente ao acesso aos serviços de saúde constituiria uma norma com caráter de regra ou de princípio.

Tal discussão pode ser altamente controversa, demandando um trabalho exclusivo caso tivéssemos a pretensão de esgotar o tema. Como não é este o nosso objetivo, devemos dispensar poucas linhas para discorrer sobre o entendimento que consideramos o mais adequado e que deve mostrar-se suficiente para a atual discussão.

Primeiramente, devemos levar em conta a consequência prática da classificação dos dispositivos em uma ou outra categoria.

Caso considere-se que o direito ao acesso a serviços de saúde é um princípio, devendo ser um mecanismo de interpretação jurídica (ou mandado de otimização), ele pode ser afastado por simples tensão entre princípios e pelo mecanismo de ponderação entre princípios conflitantes. Por outro lado, caso considere-se que o dever estatal de promover o acesso a esses serviços é uma regra de direito fundamental, a consequência lógica seria a necessidade irremediável de cumprimento da mesma por ação efetiva do Estado.

Para esta breve consideração, cabe considerarmos o que já há de consolidado na doutrina jurídica sobre a definição da natureza dos princípios. Ronald Dworkin elaborou extensa produção científica sobre o conteúdo da relação do direito com a política, bem como o lugar dos princípios e regras no desenvolvimento do direito, tanto no que diz respeito à reflexão acadêmica quanto à prática do direito no cotidiano.

O autor caracteriza os princípios como essencialmente diferentes, uma vez que o princípio é um padrão a ser observado no processo de decisão, enquanto as regras apresentam um caráter impositivo de conduta. O autor assim descreve a aplicação de princípios no direito<sup>11</sup>:

“A diferença entre princípios jurídicos e normas jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...) aquele que vai desenvolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”

Nesse mesmo sentido, Alexy entende que sejam os princípios normas de

---

11 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados, enquanto a regra é uma determinação que incide sobre uma relação jurídica<sup>12</sup>.

Conforme se verifica no texto constitucional, o dever de garantia de acesso aos serviços de saúde é apresentado como uma obrigação de agir do Estado, ou seja, trata-se de norma que visa determinar uma conduta a ser tomada pelo representante estatal.

Ainda nesse mesmo sentido, a Lei nº 8080/1990, que regulamenta a prestação de serviços públicos de saúde, determina em seu artigo 2º que cabe ao Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Além disso, o mesmo artigo prevê em seus parágrafos que o Estado deve garantir a formulação de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos, bem como o acesso universal e igualitário aos serviços necessários para a sua promoção. A lei prevê, ainda, que os níveis de saúde e de organização social têm como condicionantes 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, bem como as ações que visem garantir condições de bem-estar físico, mental e social.

Assim, pela leitura da referida lei, percebe-se que o direito ao acesso aos serviços de saúde envolvem uma ampla gama de fatores que devem ser disponibilizados pelo Estado. De fato, ao analisarmos o rol de serviços que são determinados pela Lei nº 8080/1990, percebemos que a defesa do direito à saúde engloba um universo amplo de serviços, compatível com aqueles comumente exigidos do Estado em paradigmas como o do *Welfare State*.

O fato importante a ser salientado é que, em um primeiro momento, verificamos que a Constituição Federal assim como a Lei nº 8080/1990 apresentam exigências específicas que demandam ação prestacional por parte do Estado.

Nesse sentido, relembremos que ainda que não houvesse qualquer regulamentação infraconstitucional para o acesso aos serviços de saúde, o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal prevê a eficácia imediata dos direitos fundamentais<sup>13</sup>, entre os quais se encontra o direito à saúde.

Percebe-se da análise desses dispositivos que no direito brasileiro as normas que regulam o acesso a serviços de saúde pública preveem a intervenção ativa do Estado a fim de garantir o acesso a tais serviços, ou seja, demandam ação estatal para sua satisfação.

---

12 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90-91

13 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 15/09/2015, p. 8.

Portanto, em se tratando de direito que determina a ação ativa do Estado a fim de proporcionar os meios para seu exercício – dispondo acerca do dever de agir do Estado - conclui-se que o acesso aos serviços de saúde consiste em regra de direito fundamental.

### 1.3. Dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988 e a Natureza Jurídica do Direito à Saúde

A Constituição Federal de 1988 prevê um extenso leque de direitos sociais, abordados em capítulo próprio, os quais gozam de ampla defesa em nosso ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, foi mantida tradição que data da Constituição de 1934<sup>14</sup>, que já demonstrou especial atenção à defesa dos direitos sociais em seu capítulo Da Ordem Econômica e Social, embora a proteção constitucional de direitos sociais se voltasse principalmente à preservação de direitos trabalhistas na época de sua vigência, motivo pelo qual não apresentava a mesma dimensão que apresenta no direito brasileiro atual.

Além de possuir previsão constitucional, os direitos sociais, elencados nos termos do artigo 194 da Constituição Federal, atualmente possuem também especificação de seu conteúdo e forma de prestação, demonstrando o especial cuidado que foi reservado a tais direitos, como se vê nas seções II, III e IV do capítulo referente à seguridade social.

No texto constitucional, há previsão do direito à seguridade como um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público, ou seja, que exigem a prestação positiva do Estado.

São entendidos como direitos de seguridade social os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, devendo os mesmos serem garantidos de modo integrado. Entretanto, para efeitos deste trabalho será dada especial atenção ao direito à saúde e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos sociais podem ser qualificados utilizando, além do critério formal referente à previsão expressa da Constituição Federal, um critério material para a determinação de quais direitos podem ser classificados como tais. Isto porque o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal prevê que a proteção expressa de direitos sociais não exclui outros decorrentes do regime de princípios da Constituição Federal. Assim, direitos que não sejam especificamente previstos como direitos sociais, mas que sejam decorrentes do regime de

---

14 Confira PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional**. UnB, Brasília, 2008, p. 79 e Constituição Federal de 1934, Art. 115 a 143.



princípios estabelecidos pela Constituição como referentes a direitos fundamentais sociais, podem ser incluídos nessa categoria de direitos<sup>15</sup>.

Relembramos aqui o proposto por Robert Alexy, que divide os direitos fundamentais em diferentes categorias de direito, diferenciando-os em direitos prestacionais, direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos de competências.

Os direitos a prestações, ou direitos de pretensão, garantem ao possuidor do direito que exija de outros, sejam terceiros particulares ou o Estado, que façam ou deixem de fazer algo<sup>16</sup>. Por sua vez, os direitos de liberdade garantem as liberdades não protegidas (direito de fazer ou deixar de fazer algo de acordo com a sua vontade, sem levar em consideração a possibilidade fática) ou as liberdades protegidas (direito de fazer ou deixar de fazer algo, associado a normas objetivas que garantam a possibilidade de concretização do direito)<sup>17</sup>. Direitos de competências são, no plano individual, o direito de realização de atos para os quais não há restrição de competência sem que estes lhe sejam proibidos por terceiros, enquanto no plano do Estado, competência é o direito de realização de um ato de modo que este possa ser considerado válido institucionalmente<sup>18</sup>.

Observa-se, portanto, que o direito à saúde é um direito social de caráter prestacional, uma vez que a Constituição prevê a obrigação do Estado de promover a prestação dos serviços para a sua concretização. Ou seja, há a previsão constitucional para que se possa demandar do Estado a realização de atos que visem promover o acesso aos serviços de saúde.

Por outro lado, é importante considerar um outro aspecto do direito à saúde quanto à forma com que vem sendo trabalhado no Direito brasileiro. Se o acesso aos serviços de saúde é uma obrigação do Estado, poderia ele impedir que houvesse o acesso a tais serviços por qualquer outro meio que não aqueles institucionalmente implementados por ele?

Se considerarmos o direito à saúde como apenas um direito prestacional, sem que seja levado em conta a liberdade individual de se ter iniciativa em procurar acesso a esses serviços, a consequência prática seria um possível monopólio do Estado da prestação de serviços de saúde, uma vez que o direito não seria entendido como um direito de defesa.

Tal conclusão não é compatível com o que se vê no disposto pela Constituição Federal, uma vez que o artigo 199 prevê a liberdade de assistência à saúde pela iniciativa

---

15 PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional**. UnB, Brasília, 2008, p. 20-21.

16 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 193-196

17 Ibidem, p. 218-226

18 Ibidem, p. 235-238 e Ibidem, p. 244-248

privada, sendo a assistência regulamentada pela lei nº 9656/1998.

Além disso, a desproteção do particular que possa necessitar de tal serviço, constituiria não só uma violação desproporcional da liberdade individual pelo Estado, como um desrespeito ao princípio da proibição do retrocesso social<sup>19</sup>.

Por isso, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional preveem a obrigação do Estado de agir ora no sentido de promover o acesso aos serviços de saúde para a população, ora adotando medidas sanitárias preventivas, ora garantindo o acesso a serviços que visem garantir o bem-estar físico, mental e social da população como um todo.

Por todo o mencionado, a doutrina entende que o direito à saúde não só é considerado um direito público subjetivo<sup>20</sup>, ou seja, um direito cuja prestação pode ser demandada do Estado, como também que o direito à saúde pode ser considerado um direito de defesa<sup>21</sup>, uma vez que também resguarda os particulares de terem a sua liberdade de acesso a tais serviços obstados pelo Estado. De fato, pelo princípio da universalidade que rege o direito à saúde, o Estado não pode negar-se a atender a qualquer indivíduo e tampouco impedir que o mesmo tome as medidas necessárias para ter acesso ao direito prestacional<sup>22</sup>, de modo que a proteção legal dada ao direito ao acesso aos serviços de saúde, pode ser classificado tanto como um direito de defesa contra a interferência injusta do Estado, quanto um direito a prestações materiais dele exigíveis.

Percebe-se que esta dupla natureza do direito à saúde demanda do Estado uma postura dualista quanto à sua preservação, exigindo-se tanto a abstenção de qualquer conduta

---

19 PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional**. UnB, Brasília, 2008, p. 86.

20 Entendimento defendido por ASENSI, Felipe et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p.56-57, SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental À Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas**. Disponível em: <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ingo.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf)>. Acesso em 15/09/2015, p. 133-134, SILVA, Leny Pereira. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2009. Disponível na internet <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em 15/09/2015, p. 12-13 e RAMOS, Marcela Carvalho da Silva. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: Uma Análise Comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. Disponível em <[http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2010/04\\_O\\_direito\\_fundamental.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf)>. Acesso em 15/09/2015, p. 69.

21 Ver SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental À Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas**. Disponível em: <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ingo.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf)>. Acesso em 15/09/2015, p. 117-118 e DUARTE, Clarice Seixas. O Duplo Regime Jurídico do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. Fortaleza: **Pensar**, v. 17, 2012, p. 428-429.

22 DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites Constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível x mínimo existencial**. Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_ana\\_carolina\\_davies2013.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_ana_carolina_davies2013.pdf)> Acesso em 11/05/2015, p. 4-5

que impeça a concretização do direito quanto a ação positiva no sentido de possibilitar o acesso ao mesmo<sup>23</sup>.

Por todo o exposto, vemos que o direito à saúde é um direito fundamental que possui um duplo regime jurídico. Isto porque se por um lado ele apresenta a dimensão de direito social prestacional quanto à necessidade de atendimento da população. Por outro, apresenta a dimensão de direito de defesa, uma vez que não se pode admitir qualquer intervenção estatal que dificulte o acesso aos serviços de saúde.

#### 1.4. Dos Princípios Que Regem o Direito à Saúde

Nas análises realizadas até o momento, chegamos a algumas conclusões acerca de como o direito à saúde é garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em um primeiro plano, concluímos que é um direito fundamental em nosso ordenamento, atendendo aos critérios de formalidade e legitimidade para ser elevado a tal nível de importância. Posteriormente concluímos que esse direito é protegido por uma regra constitucional que demanda ação positiva por parte do Estado, recebendo tutela constitucional que o classifica como direito social por previsão legislativa específica.

Embora o dever do Estado de promover o acesso aos serviços de saúde pública seja garantido por regra constitucional, esta regra é regida em nosso ordenamento jurídico por uma série de princípios previstos tanto na Constituição quanto na legislação reguladora. Assim, superadas as primeiras considerações, passamos a analisar os princípios que regem a proteção ao direito à saúde.

##### 1.4.1. Do Princípio da Universalidade

Um primeiro aspecto relevante a ser destacado no âmbito de incidência do direito à saúde consiste na universalidade do acesso aos serviços que o proporcionam. Conforme disposto na Constituição, as ações e serviços públicos de saúde deverão possibilitar o atendimento integral à população (art. 198, II), não sendo admitida a negativa do Estado em prestar atendimento essencial à manutenção da boa saúde da população em geral.

---

23 Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental À Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas**. Disponível em: <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ingo.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf)>. Acesso em 15/09/2015, p. 117 e PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional**. UnB, Brasília, 2008, p. 24.

Isso condiz com a dimensão de defesa do direito à saúde<sup>24</sup>, uma vez que protege os jurisdicionados contra qualquer coação estatal que o impeça de ter o devido acesso aos serviços de saúde pública. Assim, devemos considerar universal aquele atendimento que permite a todos – indistintamente - o acesso aos serviços de saúde prestados pelo Estado dentro dos parâmetros da integralidade deste direito, os quais serão abordados adiante.

Entende-se como universalidade a indistinção entre os sujeitos capazes de receber e requerer os serviços públicos de saúde a serem prestados pelo Estado<sup>25</sup>:

De fato, o artigo 196 estabelece explicitamente o dever do Estado em garantir o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, o que significa dizer que devem ser prestados gratuitamente e sem discriminações de qualquer natureza, para que possam, efetivamente, estender-se a todos.

(...)

O importante é perceber que a ampliação da titularidade dessa categoria de direitos ao longo do tempo não retira sua dimensão voltada à proteção do indivíduo. Ocorre apenas que a mera proteção do indivíduo é insuficiente para proteger a dignidade da pessoa humana em todas as suas manifestações.

Assim, o direito à saúde é, ao mesmo tempo, o direito a uma vaga em um leito de hospital por parte de um indivíduo que esteja em uma situação a exigir um tratamento médico dessa natureza, mas nem por isso deixa de ser o direito de todos à organização e implementação dos sistemas públicos necessários para a oferta das prestações de saúde (aspecto coletivo).

Nesse mesmo sentido, podemos entender, resumidamente, o caráter universal e integral do direito à saúde da seguinte forma<sup>26</sup>:

A universalidade deve ser entendida como o acesso amplo, universal, que atinja todo e qualquer cidadão sem a necessidade de qualquer pré-requisito. Já a integralidade deve ser entendida como o acesso ao Sistema por inteiro, ou seja, com tudo aquilo que é possível oferecer a todos.

---

24 DUARTE, Clarice Seixas. O Duplo Regime Jurídico do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. Fortaleza: **Pensar**, v. 17, 2012, p. 428-429

25 Ibidem, p 427-428.

26 DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites Constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível x mínimo existencial**. Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em <[http://www.apesp.org.br/comunicados/imagens/tese\\_ana\\_carolina\\_davies2013.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/imagens/tese_ana_carolina_davies2013.pdf)> Acesso em 11/05/2015, p. 8.

Tal consideração mostra-se importante, uma vez que determina a impossibilidade de negar-se atendimento a qualquer pessoa. “A partir disso é possível sustentar, em linha de princípio, a titularidade universal do direito à saúde e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem exceções, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no País”<sup>27</sup>.

De fato, a redação constitucional abre espaço para a interpretação de que, tratando-se de proteção a direitos fundamentais, a tutela constitucional abrangeria os brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas não os estrangeiros não residentes que aqui se encontrem.

Embora tal interpretação, embora reprovável, seja possível, a dimensão universal do direito à saúde impede qualquer discriminação ou negativa injusta de prestação de serviços de saúde<sup>28</sup>.

Portanto, conclui-se que o princípio da universalidade garante o acesso aos serviços de saúde pública por todos que deles necessitem, sem que seja admitida qualquer distinção na prestação de tais serviços.

#### 1.4.2. Do Princípio da Integralidade

O princípio da integralidade diz respeito ao grau de complexidade do atendimento que deve ser ofertado pelo sistema de saúde pública provido pelo Estado aos jurisdicionados. Tal determinação parece simples, embora a determinação do âmbito de incidência dele em casos complexos possa causar um certo embaraço, especialmente quando se trata de fornecimento de tratamentos não padronizados.

O sentido da integralidade do direito à saúde é de difícil determinação, dada a amplitude do conceito de integralidade dado pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, é possível a determinação de formas de prestação de serviços de saúde que, ao menos, aproximem-se de uma concepção integral de saúde pública. Nesse sentido a doutrina vem fundamentando entendimento no seguinte sentido<sup>29</sup>:

A Constituição Federal de 1988 apresenta a integralidade pensada na lógica

---

27 ASENSI, Felipe et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p. 38.

28 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 661-662.

29 BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Toshimi. Direito à Saúde e Integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Rio de Janeiro: **Interface**, v. 16, n. 40, 2012, p. 249-59.

do acesso e articulação de todas as ações e níveis de atenção à saúde (Brasil, 1988).

Internacionalmente, este princípio parece estar relacionado, sobretudo, à oferta, organização e articulação dos serviços de saúde, numa perspectiva de uma integralidade do cuidado (Tanaka, Oliveira, 2007; Conill, 2004; Lorenzo, Keenoy, Gaspar, 2002; Leatt, Pink, Guerriere, 2000).

(...)

Cecílio (2001) define a integralidade da atenção em duas dimensões: focalizada e ampliada. A primeira seria o compromisso e a preocupação da equipe de saúde de um determinado serviço – por isso focalizada – em realizar a melhor escuta possível das necessidades de saúde trazidas por aqueles que buscam atendimento. Estas englobam: boas condições de vida; capacidade de acesso e consumo de toda tecnologia de saúde capaz de melhorar e prolongar a vida; vínculos (a)efetivos entre usuário e equipe/profissional que estabeleçam relação de confiança.

Considerando a abrangência desta concepção, a integralidade não pode ser plena no espaço singular dos serviços, por mais competente e comprometida que seja a equipe. Neste sentido, Cecílio (2001) aponta para a segunda dimensão: a integralidade pensada em rede, por isso ampliada. Esta corresponde à articulação entre os serviços de saúde e outras instituições, visto que as várias tecnologias estão distribuídas em diferentes serviços e a melhoria das condições de vida depende de uma atuação intersetorial.

A intersetorialidade corresponde à articulação de saberes e experiências no enfrentamento de situações complexas. A atuação simultânea de vários setores permite a compreensão abrangente dos problemas e o esforço coletivo pela sua resolução (Junqueira, Inojosa, 1997). Superar a fragmentação de saberes pela especialização excessiva e desenvolver ações intersetoriais pode ser um caminho na busca de soluções para a integralidade das ações em saúde (Pauli, 2007).

Assim, primeiramente a integração que se deve buscar em qualquer empreendimento que vise a garantia do direito à saúde deve buscar o melhor atendimento possível, considerando a saúde e a qualidade de vida do paciente, por qualquer equipe profissional que venha a atendê-lo. Além disso, o atendimento deve visar a intersetorialidade, de modo a buscar uma melhor articulação entre profissionais de diferentes áreas, promovendo a compensação de quaisquer limitações que a equipe que regularmente atende o paciente possa enfrentar.

Por isso, qualidade do serviço público de saúde deve garantir a possibilidade de atendimento eficaz de demandas relacionadas a tratamentos de saúde independentemente do

grau de complexidade do quadro de saúde do paciente, sendo devido o atendimento com o maior grau de qualidade possível<sup>30</sup>.

Assim, não se pode negar tratamento a qualquer paciente por necessitar de terapia demasiadamente complexa. Ao contrário, deve o poder público manter instituições de saúde capazes de atender a pacientes com toda sorte de enfermidades, uma vez que a integralidade dos serviços de saúde demanda da Administração um grau de capacitação para lidar com tais situações<sup>31</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacificada no sentido de que não pode ser negada a disponibilização de qualquer tratamento a qualquer um sob o argumento de ser o tratamento requerido demasiadamente complexo<sup>32</sup>.

Claro que a integralidade não pode, nesse sentido, obrigar o Estado a concretizar opção terapêutica impossível ou inviável no caso concreto, pois tal expediente impediria o cumprimento pela administração dos deveres estatais, violando o princípio da reserva do possível. Todavia, a mera complexidade do procedimento ou terapia a ser empregada não pode justificar a omissão do Estado em providenciar as condições necessárias para tratamento da saúde da população que depende dos serviços públicos de saúde.

#### 1.4.3. Do Dever de Instituição de Implementação de Políticas Públicas de Saúde Pelo Estado

Conforme estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal, o acesso aos serviços de saúde deve ser garantido pelo Estado mediante a implementação de políticas públicas que visem a promoção, proteção e recuperação da saúde.

De fato, por tratar-se de direito público, o acesso aos serviços de saúde deve ser racionalizado de modo a garantir que o maior número possível de pessoas tenha acesso a esses serviços. Assim, a Constituição Federal elegeu como meio para a concretização do direito à saúde a instituição de políticas públicas<sup>33</sup>.

---

30 AgRg no REsp 1028835/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008

31 REsp 212.346/RJ, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 321

32 REsp 684.646/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 247

33 DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites Constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível x mínimo existencial**. Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_ana\\_carolina\\_davies2013.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_ana_carolina_davies2013.pdf)> Acesso em 11/05/2015, p. 5.

Assim, ainda que se possa discutir o direito à saúde em sede individual, o modo de promoção dos serviços de assistência à saúde devem sempre ser realizados por um planejamento que vise o atendimento coletivo, admitindo o atendimento adequado do maior número possível de pessoas.

A legislação infraconstitucional também é sensível à necessidade de se operacionalizar o atendimento à saúde por meio de políticas públicas. Nesse sentido, a Lei nº 8080/1990 prevê o tratamento universal e igualitário da população, nos termos dos artigos 2º, § 1º e artigo 5º, inciso II dessa mesma lei.

Ademais, a legislação prevê que as políticas públicas de atendimento deverão ser organizadas de modo regionalizado e hierarquizado, motivo pelo qual o modo de prestação de serviços é estabelecido conforme proposto pela Administração Pública de cada região.

Como se vê, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional prevêm que o acesso aos serviços de saúde devem ser promovidos pelo Estado por meio da instituição de políticas públicas que visem promover o mais amplo atendimento, através de uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços públicos de saúde.

Feitas as primeiras análises sobre o conteúdo que envolve o direito à saúde, passaremos a analisar a questão central do presente trabalho: a judicialização de demandas que envolvem o acesso aos serviços de saúde pública.

## **Capítulo II – Da Judicialização de Políticas Públicas de Saúde**

Uma vez estabelecidos os principais pontos que usaremos como referência quando tratarmos de direito à saúde, ou direito ao acesso a serviços públicos de saúde, passamos a analisar a questão referente ao papel do judiciário e de sua interferência nas políticas públicas de saúde.

### **2.1. Da Judicialização de Políticas Públicas e Legitimidade Democrática**

A judicialização de políticas públicas é um fenômeno cada vez mais comum nas sociedades modernas, principalmente naquelas que possuem um ordenamento jurídico mais atento para o asseguramento de liberdades positivas e para a proteção de direitos fundamentais garantidos pelo Estado.



A expressão “judicialização de políticas públicas”<sup>34</sup> indica a transferência da discussão de matérias que normalmente são discutidas em esferas tipicamente políticas para a esfera judicial<sup>35</sup>. Assim, entende-se a judicialização de políticas públicas como a escolha do Judiciário como palco mais favorável para a discussão de políticas públicas pelos grupos interessados<sup>36</sup>. Tal fenômeno é conhecido como “venue-seeking”.

A tomada de decisões judiciais em casos de caráter essencialmente político vem, há muito tempo, sendo discutidas pela ciência política e, principalmente, pela doutrina jurídica. Tal discussão envolve principalmente a legitimidade do Poder Judiciário para intervir em questões de cunho político, as quais deveriam ser abordadas pelos agentes políticos democraticamente eleitos.

Em uma análise superficial da estrutura do Estado brasileiro, percebemos que os representantes políticos são eleitos para exercerem sua representação, seja no Poder Legislativo para exercício da função legislativa, seja no Poder Executivo para exercício da função administrativa. Assim, as funções legislativa e administrativa do Estado são exercidas primordialmente, por membros da sociedade eleitos para tal, a fim de se preservar o caráter democrático e representativo da organização estatal.

A função jurisdicional do Estado, por outro lado, é exercida prioritariamente por magistrados, os quais exercem seu ofício após aprovação em concurso público de provas e títulos, conforme previsto pela Constituição Federal de 1988 (art. 93, I).

Levando em conta tal fato, nota-se imediatamente uma diferença essencial quanto ao perfil de indivíduo que exerce cada função do Estado. Por um lado, o exercício da função jurisdicional é exercido por profissionais selecionados com base em critérios de qualificação técnica, enquanto – por outro lado - a função administrativa e legislativa são exercidas por políticos selecionados por aprovação ou preferência popular com base no direito de representação e na participação democrática da população.

Assim, vemos que a legitimidade dada às decisões judiciais são baseadas na qualificação técnica do magistrado, bem como na competência constitucional garantida ao Poder Judiciário para a decisão de conflitos que lhe são apresentados.

Por outro lado, a legitimidade das decisões políticas é dada pelo próprio processo

---

34 TATE, C. N. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York. New York University press. 1995. apud CARVALHO, Ernani Rodrigues. *Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos Para uma Nova Abordagem*. **Revista Sociologia Política**, n. 23. Curitiba, 2004, p. 115.

35 BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.2 n. 21, 2012, p. 864-939

36 TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 234.

democrático de escolha de representantes políticos, com a colaboração da ação de grupos articulados pela sociedade civil.

Passaremos agora a uma breve análise dos atores políticos e do Poder Judiciário na elaboração de ações de iniciativa do Estado.

### 2.1.1. Da Legitimidade Democrática dos Atores Políticos Sob o Ponto de Vista do Procedimentalismo Habermasiano

Os atores políticos por excelência - aqueles eleitos para exercício de mandato político executivo e legislativo, partidos políticos ou ainda os grupos organizados da sociedade civil - são os atores que, normalmente, são considerados os principais responsáveis pela elaboração de ações e políticas pelo Estado.

A doutrina procedimentalista entende que os atores políticos, entendidos aqui como grupos políticos eleitos, partidos políticos e grupos organizados da sociedade civil, agem a fim de concretizar a função do Estado. Para exercer plenamente tal função, as atividades estatais devem ser desenvolvidas concentrando os poderes de sanção, organização e execução, garantindo – assim – a implementação de direitos, estabilizando a identidade da jurisdição e criando programas estatais que necessitam de implementação<sup>37</sup>.

Entretanto, a mera existência de atores designados pelo procedimento democrático para a tomada de decisões políticas não é suficiente para concluir que tais atores seriam aqueles legitimados para determinar as ações e políticas tomadas pelo Estado no cumprimento de sua função.

Isso porque, sob a ótica do procedimentalismo, a formulação da expressão da vontade coletiva deve ser feita sob o prisma da soberania popular, a qual é concretizada a partir da garantia de direitos, do princípio da legalidade nas ações da Administração Pública e da separação entre Estado e sociedade<sup>38</sup>. Assim, realizadas essas garantias, o poder político se legitima pela instituição de leis criadas a partir de um processo de formação de opinião discursivamente estruturado.

A existência de um corpo representativo democraticamente eleito não pode ser presumido como legítimo ante a desobediência dos requisitos para a formação da vontade popular, uma vez que a soberania popular é fator essencial para o processo de legitimação da

---

37 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 170

38 Ibidem, p. 212.

atividade dos atores políticos. Nesse aspecto, uma sociedade deve garantir as condições necessárias para a formulação de uma vontade popular, a qual – por sua vez – é a legitimadora do processo de tomada de decisão políticas.

Ora, se a existência de atores escolhidos sob o prisma da soberania popular é condição de legitimação da tomada de decisões políticas, pode-se facilmente concluir que o Poder Judiciário apresenta-se como um palco pobre para a discussão de políticas públicas, uma vez que o ingresso na carreira da magistratura não passa por qualquer fase de aprovação popular.

Do ponto de vista procedimentalista, a questão de legitimidade das decisões políticas é demasiadamente esvaziada pela eleição do Poder Judiciário como ator político, pelos motivos já expostos. Isso não implica na impossibilidade fática da resolução de conflitos políticos pelo Judiciário, mas sim em uma ausência de legitimidade democrática na resolução de tais conflitos.

Assim, do ponto de vista do procedimentalismo, o Poder Judiciário deve cumprir o seu papel de resguardar a lisura do procedimento democrático, devendo a tomada de decisões de cunho político ser realizadas pelos agentes políticos por excelência<sup>39</sup>.

Pode-se ver que a lógica apresentada é aplicável à resolução de conflitos de tal sorte no Brasil, uma vez que a estrutura do Estado e das instituições democráticas do país cumpre os requisitos para a formulação de uma expressiva vontade popular no modelo democrático proposto pelo procedimentalismo.

No Estado brasileiro, a participação política é garantida pelo modelo de participação representativa, cujos atores políticos são escolhidos por meio de voto popular universal, na forma determinada pela Constituição Federal (art. 14). Assim, a legitimação das ações políticas dos atores eleitos está intimamente fundamentada na soberania popular.

Partindo dessa perspectiva, vemos que o argumento procedimentalista possui base argumentativa forte. Afinal, se existem atores políticos eleitos para tal - pressupondo-se um sistema eleitoral válido – ou ainda atores políticos constituídos por setores organizados da própria sociedade civil, a conclusão lógica é que tais agentes devem ser os responsáveis pela tomada de decisões de caráter político.

Sob a mesma perspectiva, vemos que o Poder Judiciário não possui tal base de legitimidade, uma vez que no Brasil a investidura na carreira de magistratura não é dada por processo eleitoral, mas sim por prestação de concurso de provas e títulos.

---

39 PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional**. UnB, Brasília, 2008, p. 139

Assim, como vimos, uma perspectiva procedimentalista afirmaria que se, por um lado, no Estado brasileiro temos a legitimidade para a tomada de decisão política concentrada nos atores políticos eleitos ou nos grupos organizados da sociedade civil, por outro lado teria o judiciário a legitimidade para a garantia da lisura dos processos de desenvolvimento democrático. Assim, pela preservação das instituições democráticas, restaria garantida a legitimidade de tomada de decisões políticas aos atores políticos por excelência.

Por outro lado, essa mesma perspectiva esvazia a legitimidade do Poder Judiciário para exigir ação do Estado a fim de garantir o acesso da população a serviços públicos em dissídios coletivos ou mesmo de garantir o acesso de cidadãos aos mesmos serviços em sede de dissídio individual.

Portanto, da perspectiva do procedimentalismo habermasiano, conclui-se que o Poder Judiciário careceria de legitimidade, dada pelo respeito ao princípio da soberania, necessária para intervir na tomada de decisão política. Para o presente estudo, vemos que tal conclusão aplica-se em especial às decisões referentes à formulação de políticas públicas de saúde ou de dissídios coletivos e individuais referentes a demandas de serviços de saúde.

Entretanto, a corrente procedimentalista não é a única vertente que faz questionamentos sobre a questão referente à legitimação ou à possibilidade de ação do Poder Judiciário no sentido de interferir como agente ativo na tomada de decisões de caráter político.

Passaremos, agora, a analisar a perspectiva substancialista dos aspectos relevantes da judicialização de demandas de caráter político, a fim de darmos uma nova dimensão à submissão de questões de caráter político ao crivo do Poder Judiciário.

#### 2.1.2. Da Visão Substancialista Sobre a Garantia de Direitos Fundamentais e a Perspectiva de Dworkin

Como visto previamente, a visão procedimentalista habermasiana da judicialização de questões políticas defende que as partes legitimadas para a resolução de conflitos de caráter substancialmente políticos são os atores políticos legitimados pelo respeito ao princípio da soberania popular.

Assim, se – por um lado – as partes legítimas para a resolução de conflitos políticos deve ser feita por atores designados especificamente para tal, o papel do Poder Judiciário seria, por outro lado, garantir a lisura das instituições democráticas, em especial aquelas que garantem a expressão da vontade popular na escolha dos atores políticos.

Diferentemente do que entende a doutrina procedimentalista, o substancialismo

impõe, ainda, um outro requisito para a legitimação.

Em seu entendimento, a ordem democrática deve garantir direitos e valores substantivos pra a plena legitimação das ações do Estado<sup>40</sup>. Nesse sentido, entendem-se como valores substantivos aqueles que garantem a lisura dos procedimentos de participação democrática, bem como o valor de significado e propósito de tais normas, além da proteção de minorias que não têm condições de se fazerem ouvir nos processo democrático de representação majoritária.

De fato, a doutrina substancialista e o constitucionalismo contemporâneo, de modo geral, entendem que é dever da jurisdição constitucional defender o direito de minorias contra o abuso de maiorias ocasionais que se façam representar nas instituições democráticas. Dessa forma, são resguardados os direitos individuais tidos como invioláveis, ainda que em face da vontade política da maioria<sup>41</sup>.

Essa visão apresenta, desde já, uma crítica ao raciocínio procedimentalista apresentado. Segundo o procedimentalismo, a discussão de temas de caráter, e interesse, político deve ser feita por atores que possuem legitimidade para tal pelo princípio da soberania popular, seja por meio de atores eleitos - políticos e partidos políticos - ou de grupos articulados da sociedade (grupos de pressão). A perspectiva de que os direitos constitucionais devem proteger o cidadão dos abusos do Estado e da coletividade, no entanto, implica que a garantia dos direitos individuais de minorias é uma condição para o cumprimento da finalidade do Estado.

Assim, frente ao argumento de legitimação pela soberania popular, podem ser levantados dois questionamentos. Primeiramente, seriam as decisões tomadas por atores políticos típicos mais bem fundamentadas que as decisões judiciais? Em segundo plano, se essa decisão não for mais bem fundamentada pelos atores políticos eleitos que pelos tribunais, seria mais justo o proferimento da decisão pelos atores democraticamente eleitos que pelo Poder Judiciário?

Para estudar a primeira questão apresentada, Dworkin<sup>42</sup> suscita o fator de legitimidade pela ação de atores políticos democraticamente eleitos. A crítica democrática à admissão da intervenção judicial, adotada pela posição do procedimentalismo habermasiano, alega que por não serem os juízes eleitos, eles não possuem legitimidade para intervir no processo de tomada de decisões políticas, as quais devem ser feitas pelos agentes políticos

---

40 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre. Livraria Advogado Editora. 2002, p. 140.

41 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 208-209.

42 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 226-230.

eleitos para tal, sob pena de enfraquecimento da democracia.

Pelo raciocínio procedimentalista, a existência de um Estado democrático admite que a vontade popular seja estabelecida por um processo comunicativo entre os cidadãos, de modo que essa vontade popular é, ao mesmo tempo, legitimadora da democracia e dos direitos individuais e coletivos.

Os direitos, segundo essa visão, são construídos através de um processo político que se perpetua através do tempo. O consenso sobre a existência de direitos e garantias, nessa perspectiva, é fruto de um processo histórico que envolve a evolução da sociedade pela participação dos indivíduos no processo democrático. Essa visão histórica da construção do direito admitiria uma melhor fundamentação em relação à instituição de direitos no meio social.

Entretanto, tal argumento não leva em consideração a existência de direitos individuais contra os abusos do Estado, pressuposto básico tomado pelos defensores do ativismo judicial<sup>43</sup>.

Assim, afirmar que o processo comunicativo de construção de direitos no meio político e social garante suficientemente os direitos individuais não leva em conta a necessidade de proteção de grupos minoritários contra possíveis abusos de grupos majoritários ou do Estado, restando fragilizada a fundamentação das decisões por um processo político que dificulta a defesa de interesses minoritários.

Em relação ao segundo ponto, devemos, igualmente, fazer uma reflexão. Se a decisão referente à realização de atos políticos for deixada a cabo dos atores politicamente eleitos, deve-se sempre considerar como plenamente justas as decisões tomadas pela maioria?

Considerando que os atores políticos eleitos são aqueles escolhidos pela maioria, não parece aceitável a presunção de que um corpo representativo escolhido por critério majoritário estaria constantemente apto a adotar políticas de preservação de direitos individuais, especialmente em casos em que se necessite preservar direitos individuais em face da maioria.

Dworkin<sup>44</sup> afirma que, embora o argumento da legitimidade democrática seja um argumento forte à primeira vista, não implica na impossibilidade de eleição do Poder Judiciário como palco para a discussão de temas políticos. Isto porque a teoria constitucionalista garante a preservação dos direitos de minorias e de direitos individuais de parcelas hipossuficientes da população em face da maioria.

---

43 Ibidem, p. 228-229

44 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 222-223

Assim, atribuir a competência para resolução de conflitos de interesses de minorias aos atores políticos eleitos – especialmente quando incompatíveis com os interesses majoritários – seria atribuir a uma parte interessada a função de decidir o conflito, uma vez que os atores políticos típicos não possuem a mesma isenção em relação a tais questões que o judiciário. Nesse caso, pode-se presumir que, exatamente por serem os atores políticos eleitos e atuarem sob o crivo da aprovação ou reprovação de eleitores e grupos de pressão, dificilmente os mesmos adotariam uma postura em favor de uma minoria.

No caso dos Estados de Direito, temos um sistema de direitos estabelecidos diferenciado dos demais modelos de Estado. Essa diferenciação ocorre uma vez que os direitos podem tornar-se, em uma ordem constitucional, amplificadores de um mundo estruturado comunicativamente<sup>45</sup>. Assim, a preservação de direitos pelo Estado assume uma forma de expressão da vontade popular soberana comunicativamente estruturada.

Pelo raciocínio exposto, a eleição dos tribunais como palco para a discussão de questões políticas pode ser uma alternativa à discussão de questões que envolvem conflitos entre direitos de minorias ou grupos hipossuficientes e interesses majoritários. Por isso, a eleição do Poder Judiciário como meio de resolução de tais conflitos pode ser um meio para a concretização da função constitucional de proteção de direitos individuais e coletivos de minorias contra abusos que emanam do campo majoritário ou mesmo do Estado.

Como se vê, a posição substancialista em relação à intervenção do Poder Judiciário na decisão de questões políticas afirma que é possível a atuação dos tribunais em questões de caráter político, ao menos para garantir a preservação de direitos individuais e coletivos de grupos minoritários face ao Estado ou a grupos majoritários, de modo a se concretizar a função constitucional pela visão do constitucionalismo moderno.

## 2.2. Da Posição da Jurisprudência Sobre a Problemática da Judicialização

A questão referente à judicialização de questões políticas é assunto recorrente nas comarcas e tribunais de todo o Brasil.

No Estado brasileiro, ocorre - reconhecidamente - o fenômeno de descompasso entre os direitos e garantias instituídos pelo ordenamento jurídico, em especial pela Constituição Federal de 1988, e a realidade política em que vive a maior parte da população do país.

---

45 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 221.

Se, por um lado, a Constituição prevê um amplo rol de liberdades positivas e direitos prestacionais que devem ser fornecidos pelo Estado para a garantia de condições dignas de vida da população, por outro, temos diversos problemas em relação à ineficiência da Administração Pública. São frequentes as alegações de corrupção no Estado e a falta de investimentos em setores essenciais para a efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse cenário, frequentemente as instâncias judiciais são escolhidas como palco para a discussão de questões de competência da Administração, sob a alegação de violação de direitos individuais ou coletivos pelo próprio Estado por omissão administrativa<sup>46</sup>.

Esse contexto se mostra ainda mais dramático quando se considera o número crescente de ações judiciais que visam a garantia de acesso aos serviços de saúde, conforme abordado no primeiro capítulo, as quais vêm atingindo um volume impressionante de litígios em todas as esferas do Poder Judiciário.

Os representantes da Administração Pública, normalmente, analisam tal questão por um viés procedimentalista – alegando que a intervenção do Poder Judiciário nas lides que versam sobre a prestação de serviços públicos ou instituição de políticas públicas constituem verdadeira afronta ao princípio da separação de poderes – defendendo a ilegitimidade dos tribunais intervirem naquilo que se referem como seu âmbito de discricionariedade.

Por outro lado, os representantes da população, principalmente daqueles que dependem de tais serviços e políticas para sua subsistência, adotam uma postura substancialista – alegando que a desídia estatal implica em violação a direitos constitucionalmente garantidos, sendo obrigação do Judiciário intervir nos em tais casos a fim de preservar direitos fundamentais individuais e coletivos – defendendo a obrigatoriedade de intervenção judicial, sob pena de violação à própria ordem constitucional (art. 5º, XXXV), que dispõe que a lei não excluirá do crivo do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Frente à complexidade da situação, analisaremos a posição que vem sendo abordada pela jurisprudência nacional, em especial pelos tribunais superiores.

### 2.2.1. Da posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal - tribunal competente para o julgamento de conflitos de ordem constitucional, bem como de diversos casos de foro privilegiado e conflitos entre

---

46 ASENSI, Felipe et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p. 464-465



entes federativos ou Estados estrangeiros (art. 102 da Constituição Federal) – já foi diversas vezes suscitado a fim de dirimir questões relativas a violação do direito constitucional ao acesso a serviços públicos de saúde.

Tratando-se de litígios acerca da disponibilização de tais serviços, os quais são prestados por meio de políticas públicas, na forma do art. 196 da Constituição Federal, frequentemente vemos a existência de conflitos que envolvem, por um lado, a existência de violação a direitos individuais fundamentais e, por outro, o risco de indevida intervenção do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública.

Vemos, assim, em casos como os mencionados, que frequentemente mostra-se presente - ainda que não expressamente – conflitos entre posturas do substancialismo e procedimentalismo.

O Supremo Tribunal Federal, nas ocasiões em que foi provocado para decidir casos de impedimento de acesso a serviços de saúde, vem apresentando uma postura que tende à adoção do discurso substancialista, justificando suas decisões pela preservação de direitos fundamentais constitucionais.

Nesse aspecto, o voto do ministro Celso de Mello no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS expressa posição que vem sendo reiteradamente afirmada na solução de conflitos constitucionais referentes a demandas de saúde.

Nos termos do voto proferido, afirma o ministro que o cumprimento do dever político-institucional imposto pelo art. 196 da Constituição Federal impõe ao Poder Público a obrigação de assegurar o acesso a serviços de saúde à população que necessita dos serviços do Estado para a preservação de sua vida.

De fato, no caso concreto foi alegado pelo ente federativo que a intervenção do Poder Judiciário no sentido de ordenar o fornecimento de tratamento não era possível, uma vez que violaria o princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, alegou-se que a norma constitucional possui caráter programático, a qual serviria como diretriz para a ação da Administração Pública, mas não seria capaz de obrigar o estado a fornecer prestação positiva dos serviços de saúde.

Pode-se ver que tal argumento traz, em si, um viés procedimentalista. A separação de competências para o julgamento de violações a direitos individuais e para a instituição de serviços e políticas públicas, dada pela legitimidade dos agentes de cada poder, seguem no mesmo sentido da visão procedimentalista da judicialização.

Entretanto, em seu voto, o Ministro Celso de Mello apresentou o seguinte

posicionamento<sup>47</sup>:

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 composição 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.

(...)

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprir assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Assim, vemos que com o posicionamento ativista que vem apresentando nos últimos anos<sup>48</sup>, o STF vem abordando questões que envolvem a violação de direitos fundamentais individuais com um viés substancialista, como visto nos termos do voto citado.

Em reiteradas decisões, a Corte vem firmando entendimento no sentido de admitir-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em questões de ordem política a fim de garantir a preservação de direitos individuais<sup>49</sup>.

---

47 RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524

48 Nesse sentido, veja BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.2 n. 21, 2012, p. 869-872 e BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 25-27.

49 AI 692541 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015,

Tratando-se de caso que verse sobre direito ao acesso a serviços de saúde, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal vem demonstrando tendência de garantir o acesso mais amplo possível dos cidadãos aos serviços de que necessitem. No caso em apreço (Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS), o voto do ministro Celso de Mello assim manifesta seu entendimento<sup>50</sup>:

“ Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (...), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado, entendo (...) que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só é possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”

Assim, vemos que o posicionamento predominante no Supremo Tribunal Federal adota uma postura em que a proteção a direitos fundamentais prepondera sobre questões referentes à ausência de legitimidade democrática do Judiciário para a tomada de ações de caráter político. É entendido, assim, que o proferimento de ordem judicial que vise o acesso aos serviços de saúde, não implica em intervenção indevida do Poder Judiciário nas políticas públicas<sup>51</sup>, mas sim no devido exercício da função jurisdicional, uma vez que cabe ao Poder Judiciário a aplicação do direito posto.

Portanto, vemos que o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma postura ativista nos últimos anos, em especial quanto à proteção de direitos fundamentais constitucionais. Ademais, nos casos apresentados perante o tribunal – em especial aqueles que versam sobre demandas envolvendo serviços de saúde – a jurisprudência da Corte vem sendo firmada por um viés substancialista, determinando que a defesa de direitos fundamentais constitucionais deve preponderar sobre questões de ordem procedimental, seja por alegação de ilegitimidade democrática, seja por alegação de violação da separação entre os poderes.

À luz do posicionamento do Supremo, passaremos – agora - a analisar a dimensão dada à judicialização de políticas públicas no âmbito do Distrito Federal, ente federativo cujos serviços de saúde vêm apresentando um cenário de considerável gravidade, considerando os

---

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 18-09-2015 PUBLIC 21-09-2015  
50 RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524  
51 AI 692541 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 18-09-2015 PUBLIC 21-09-2015

conflitos administrativos apresentados pela Administração Pública.

### 2.3. Da Instituição e Judicialização de Políticas Públicas de Saúde e as Demandas por Tratamentos Não Padronizados no Distrito Federal

Para delimitarmos a discussão acerca da judicialização das demandas de saúde, tomaremos como referencial as demandas propostas dentro da jurisdição territorial do Distrito Federal.

A instituição e gestão das políticas públicas de saúde no âmbito Distrito Federal são de responsabilidade de sua Secretaria de Estado de Saúde<sup>52</sup>. Assim, dentro da competência territorial do Distrito Federal, cabe à Secretaria de Estado de Saúde e suas instituições vinculadas a elaboração das políticas públicas pelas quais os serviços de saúde serão prestados, bem como a execução de tais políticas públicas.

Em caso de judicialização de alguma demanda de saúde em relação ao Estado, a competência para a resolução das lides é das Varas de Fazenda Pública<sup>53</sup> e Juizados Especiais de Fazenda Pública do Distrito Federal<sup>54</sup>, sendo a competência delimitada pela complexidade da causa<sup>55</sup>.

As políticas públicas de saúde do Distrito Federal são instituídas pelos gestores da Secretaria de Estado de Saúde a fim de implementar os serviços que devem ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse aspecto, vemos que as demandas por serviços de saúde envolvem, basicamente, duas situações: casos em que não há política pública instituída e casos em que há prestação insuficiente ou inadequada dos serviços instituídos pelas políticas públicas de saúde. Importante ressaltar, ainda, que os dissídios referentes a demandas de serviços de saúde podem ser dados tanto em âmbito individual quanto em âmbito coletivo.

Os tratamentos que são normalmente garantidos pelas políticas públicas instituídas, conhecidos como tratamentos padronizados, devem ser disponibilizados pelos gestores dos SUS nos moldes estabelecidos pelas políticas públicas elaboradas pelo Estado.

Por outro lado, os tratamentos que não são previstos pelas políticas públicas do Distrito Federal, tratamentos não padronizados, não possuem previsão para seu fornecimento regular pelo SUS.

---

52 DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 26.236, de 1 de janeiro de 2015, art. 4º, inciso X e art. 19.

53 BRASIL. Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008, art. 26.

54 BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, art. 2º

55 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. art. 98, inciso I.

Uma questão é levantada ao se analisar questões relativas a acesso a serviços de saúde: se uma pessoa necessita de um tratamento não padronizado para a sua sobrevivência, seria o SUS obrigado a fornecer tal tratamento?

Como visto no primeiro capítulo, o acesso aos serviços de saúde deve ser feito mediante instituição de políticas públicas que visem atender à coletividade. Dessa forma, uma diversidade de casos individuais pode acabar não sendo contemplada pelas políticas públicas instituídas, seja por inadequação na formulação de tais políticas, seja por tratar-se de quadro clínico raro ou de alta complexidade.

Assim, se tomarmos um caso hipotético de pessoa que necessita de um tratamento não padronizado para a preservação de sua saúde, pode o Judiciário intervir em seu favor?

Segundo o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em caso de comprovada necessidade do tratamento, cumulada com a inadequação dos tratamentos padronizados para o quadro de saúde do paciente, é dever do Estado promover o fornecimento de tratamento não padronizado, conforme diversos julgados proferidos<sup>56</sup>.

Nesses termos, vejamos o posicionamento que vem sendo sedimentado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios<sup>57</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. ABIRATERONA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO POR PROFISSIONAL DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. DEVER DO ESTADO.

1. A prescrição do medicamento em questão (Abiraterona), constante de relatório médico exarado por oncologista da rede pública de saúde, confere suporte ao juízo de procedência do pedido vestibular, tendo em vista que a eleição dos cuidados médicos mais adequados ao caso é tarefa do profissional da saúde que acompanha a evolução do quadro clínico do paciente.
2. O mero fato de não se tratar de fármaco padronizado pelo Protocolo Clínico do Ministério da Saúde não constitui óbice a que o Poder Público seja compelido a fornecê-lo, sobretudo quando nenhum outro com igual eficácia tiver sido indicado para o tratamento da enfermidade.
3. A medicação prescrita deve ser fornecida gratuitamente, porquanto, à luz

---

56 Nesse sentido, Acórdão n.900895, 20140111060144APO, Relator: VERA ANDRIGHI, Revisor: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/10/2015, Publicado no DJE: 21/10/2015. Pág.: 251 e Acórdão n.898944, 20130111858578RMO, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/10/2015, Publicado no DJE: 13/10/2015. Pág.: 258

57 Acórdão n.896392, 20140111760187APO, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/09/2015, Publicado no DJE: 30/09/2015. Pág.: 124

das disposições contidas no art. 196 da Constituição Federal e nos arts. 204 e 207 da Lei Orgânica do Distrito Federal, o Poder Público tem o dever de prestar assistência farmacêutica à população.

4. Agravo regimental desprovido.

Assim, comprovada a ineficácia dos tratamentos padronizados no âmbito do SUS local, havendo recomendação de profissional médico qualificado para início de tratamento não padronizado, constata-se que a não padronização não impede a obrigação do Estado de fornecer o referido tratamento<sup>58</sup>.

O contexto da decisão colacionada é consonante com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme determinado no item anterior. Tratando-se de demandas de políticas públicas farmacológicas, já é sedimentado o seguinte entendimento<sup>59</sup>:

Ementa: AGRAVOS REGIMENTAIS. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRATAMENTO SEM OS RESULTADOS ESPERADOS. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL PARA A MELHORIA DA SAÚDE E MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. FÁRMACO REGISTRADO EM ENTIDADE GOVERNAMENTAL CONGÊNERE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento do vírus da Hepatite genótipo “C”.

II – Tratamento oferecido no âmbito do Sistema Único de Saúde que não surtiu o efeito esperado. Prescrição da utilização combinada dos medicamentos Sofosbuvir 400 mg, Simeprevir 150 mg e Ribavirina 250 mg, única forma viável de evitar o agravamento da doença.

III – Discussão sobre a possibilidade do custeio pelo Estado de medicamento ainda não registrado pela ANVISA.

IV – Repercussão Geral da matéria reconhecida nos REs 566.471/RN e

---

58 Acórdão n.901373, 20140110018486APC, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 21/10/2015, Publicado no DJE: 26/10/2015. Pág.: 290

59 SL 815 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-107 DIVULG 03-06-2015 PUBLIC 05-06-2015

657.718/MG, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

V – Eficácia do fármaco atestada aprovada por entidade governamental congênere à ANVISA.

VI – Decisão de indeferimento da suspensão que preserva a vida do paciente, ante a constatação da não comprovação do grave risco de lesão à ordem e à economia públicas.

VII – Agravos regimentais a que se nega provimento.

Assim, vemos que a judicialização de demandas de saúde é admitida mesmo em casos de fornecimento de tratamentos não padronizados no âmbito do SUS, desde que comprovado que o tratamento regularmente fornecido nos moldes das políticas públicas instituídas não se mostra eficiente para o tratamento em questão.

Tal posicionamento, por um lado, admite a possibilidade da demanda individual a serviços de saúde não padronizados pelos usuários do SUS. Por outro lado, favorece o tratamento pelas vias estabelecidas pelas políticas públicas de saúde, uma vez que somente é admissível a concessão de tratamento não padronizado pela via judicial em caso de comprovação de ineficácia dos tratamentos regularmente fornecidos pelo Estado.

Assim, para que se possa demandar um tratamento não padronizado no Distrito Federal, pelo posicionamento dominante da jurisprudência, deve-se comprovar não só a necessidade do tratamento reivindicado, mas também a impossibilidade de substituição do mesmo pelos tratamentos regularmente fornecidos pela rede pública de saúde local.

Analisado o critério para a concessão de tratamentos não padronizados pela via judicial, passamos a estudar questão referente a uma alegação frequentemente feita pelos representantes do Estado: a alegação de que a imposição de ordens judiciais que visem assegurar o acesso a serviços de saúde é impossível frente às limitações orçamentárias do Estado.

#### 2.4. Do Conflito Entre a Reserva do Possível e o Direito ao Acesso aos Serviços de Saúde

Como já descrito previamente, é obrigação do Estado promover o acesso aos serviços públicos de saúde mediante a elaboração de políticas públicas. Tal forma de implementação é feita de acordo com os princípios que regem a Administração Pública e, à luz de tais princípios, devem prezar sempre pela eficiência, impessoalidade e moralidade tanto em sua elaboração quanto em sua execução.

Assim, tomamos como premissa que a gestão dos recursos públicos destinados à saúde deve ser feita de modo a atender a população visando, tanto quanto possível, concretizar os princípios que regem a Administração Pública, bem como os que regem o direito à saúde.

Esse cenário pode ocorrer em situações de conflitos que, em caso de judicialização da demanda, terão de ser solucionados pelo Judiciário: se a distribuição dos recursos escassos do Estado não admitir um atendimento universal ou integral à saúde da população, como tais conflitos podem ser decididos de forma a preservar direitos coletivos?

O que se vê em diversos casos, especialmente em casos de tratamentos de alto custo, é que o proferimento de ordem judicial compelindo o Estado a fornecer determinado tratamento implica no redirecionamento de orçamento que era destinado ao atendimento de demandas referentes a tratamentos padronizados ou mesmo referentes a tratamentos não padronizados de baixo custo para diversas pessoas.

Nesse caso, cabe levantarmos um questionamento acerca do posicionamento do Poder Judiciário com relação à avaliação do peso do custo de tal tratamento no processo de elaboração de decisões judiciais. Seriam os custos de fornecimento de tal tratamento um fator considerado nas decisões do Poder Judiciário?

Segundo Sarlet e Figueiredo, o peso econômico das decisões que determinam a prestação de determinados serviços de saúde é fator que não costuma ser levado em conta nas decisões judiciais quando o caso trata de direitos a liberdades negativas, mas sim quando se trata de direitos prestacionais, conforme trecho a seguir<sup>60</sup>:

“Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamento apontado 'fator custo' de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente nesse sentido que deve ser tomada a referida 'neutralidade' econômico-financeira dos direitos de defesa, justo que sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência de sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu 'custo' assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações

---

60 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2007, p. 187



reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui se está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas”

Sob a perspectiva apresentada, entende a doutrina que o direito à saúde deve ser visto mais como um direito prestacional do que como direito à liberdade negativa. Isso ocorre uma vez que, pela análise lançada, sua concretização depende mais da efetiva alocação de recursos estatais do que da simples não intervenção do Estado.

Nesse ponto, a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que a judicialização de demandas de acesso a serviços de saúde deva ser evitada, tanto quanto possível, sendo preferível a eleição de outras esferas para a resolução de conflitos referentes ao dever do Estado prestar um serviço de saúde pública eficaz.

Pela perspectiva da doutrina nacional majoritária, a judicialização de demandas de saúde possui - para além da garantia de direito fundamental - um aspecto negativo, uma vez que a intervenção do Judiciário impossibilitaria a alocação racional de recursos de forma a atender a maior parte dos usuários do SUS<sup>61</sup>:

“ Há uma evidente distorção da efetividade do direito à saúde via Poder Judiciário, que deveria ser o último caminho a ser utilizado pelo cidadão, e não a forma corriqueira como está se tornando no Brasil na atualidade.

(...)

A efetividade dos direitos sociais via Poder Judiciário é, na realidade, uma anomalia no processo de concretização dos direitos sociais fundamentais, ou um uso indevidos do Poder Judiciário para pressionar o Poder Executivo a cumprir o que já está determinado no texto constitucional.

A atividade do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais fundamentais deveria ser uma atividade que contemplasse o coletivo, e não os cidadãos sujeitos de direito de forma individual. Nessa medida, o acesso à saúde se converte em uma demanda judicial tanto quanto uma cobrança de um cheque sem fundos, realizada por sujeito credor contra um sujeito devedor

(...)

Esses exemplos são importantes para demonstrar de forma clara que o acesso individualizado produz ainda maior individualismo. Não faz o cidadão construir maior percepção sobre sua cidadania e sobre a necessidade

---

61 ASENSI, Felipe Dutra et al. **Direito Sanitário**. Campus Jurídico, São Paulo. 2011. P. 497.

de exercício contínuo do papel de intervir na realidade para modifica-la em prol da construção da solidariedade e da justiça que estão expressas como projeto político da Constituição Federal.”

Há ainda forte segmento doutrinário que segue a linha de uma análise das questões relativas ao direito à saúde sob uma ótica econômica. Tal segmento toma como premissa que, por mais que sejam destinados recursos públicos para o fornecimento de serviços de saúde, sempre deverão ser feitas escolhas na alocação de tais recursos, sendo impossível atender a todas as demandas apresentadas<sup>62</sup>.

De fato, o raciocínio apresentado é logicamente congruente, uma vez que se considere que o acesso a serviços de saúde, por ser um direito público elaborado mediante políticas públicas, deve sempre visar o atendimento da coletividade.

Nesse sentido, o acesso a direitos fundamentais prestacionais deve ser condizente com as possibilidades da Administração Pública na prestação de tais serviços, sob pena de violação do princípio da reserva do possível. Nesse sentido, entende a doutrina que para a determinação da prestação de determinado serviço público, devem concorrer a disponibilidade orçamentária, a disponibilidade de recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação<sup>63</sup>.

Contudo, há ainda posicionamentos doutrinários que defendem que, por tratar o direito a saúde de meio para a garantia do mínimo existencial, ele deve preponderar em face da alegação de violação do princípio da reserva do possível.

Assim, a reserva do possível deveria ser considerada, ao mesmo tempo, como um limite jurídico e como garantia dos direitos fundamentais<sup>64</sup>:

“A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também pode atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar de invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os

---

62 FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Suplinio. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. **RAP – Revista de Administração Pública**, Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582009000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007)>. Acesso em 01/11/2015. 2009, p. 228-238.

63 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2007, p. 189

64 Ibidem, p.. 189

direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”

Vemos que a jurisprudência dominante vem adotando postura que se aproxima deste último posicionamento, declarando que - em respeito ao mínimo existencial – deve o direito à saúde ser preponderante em relação a questões de caráter orçamentário.

Além do posicionamento do Supremo Tribunal Federal já analisado<sup>65</sup>, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que a invocação da reserva do possível somente pode eximir o Estado da prestação de serviço de saúde pública em caso de objetiva comprovação de impossibilidade fática de cumprimento da ordem judicial<sup>66</sup>:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.
2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta.
3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente.
4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade.
5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.
6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação

---

65 RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524

66 REsp 1366331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014

de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos.

Recurso especial provido.

Pelo exposto, vemos que a doutrina dominante posiciona-se a favor do entendimento de que a judicialização de demandas referentes a serviços públicos de saúde seria indesejável, tornando a execução racional de políticas públicas de saúde ainda mais difícil. Por outro lado, a jurisprudência entende que a alegação de impossibilidade de cumprimento de decisões judiciais em sede individual somente tem o poder de eximir o Estado de seu dever caso seja objetivamente comprovada a impossibilidade material ou financeira do cumprimento da ordem judicial que garante o acesso a determinado serviço de saúde.

Superadas as questões relativas ao posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca do tema, passaremos agora a uma análise de caso concreto que estabeleceu as diretrizes do atual paradigma sobre as demandas judiciais de acesso a serviços de saúde: a Suspensão de Antecipação de Tutela 175.

### **Capítulo III – Uma Análise do Atual Marco Jurisprudencial**

Nos capítulos anteriores foram abordados, primeiramente, os aspectos jurídicos referentes ao direito à saúde. Na análise elaborada, verificamos que o direito ao acesso a tais serviços é uma regra de direito fundamental, elencada no rol de direitos sociais em nossa Constituição. Adiante, concluímos que o direito à saúde possui uma natureza jurídica dupla, uma vez que por um lado é um direito prestacional e por outro é um direito de defesa contra a intervenção de terceiros.

Vimos, ainda, que o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas públicas elaboradas pelo Estado, na forma preconizada no art. 196 da Constituição Federal de 1988, bem como que tais políticas devem obedecer a critérios de universalidade de acesso e integralidade dos serviços prestados, independentemente do grau de complexidade desses serviços.

No segundo capítulo, estudamos o fenômeno da judicialização de políticas públicas de saúde.

Primeiramente, observamos a posição da doutrina dominante sobre a questão da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário sobre as questões da Administração Pública, em especial no ramo da saúde, é analisada pela doutrina por duas correntes: a corrente procedimentalista e a corrente substancialista.

Após a análise das posições doutrinárias sobre a questão da legitimidade de intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, passamos a analisar a posição dominante da jurisprudência sobre a judicialização de conflitos sobre acesso a serviços de saúde. Abordamos temas específicos frequentemente trazidos à tona nos conflitos referentes ao acesso a serviços de saúde, abordando aspectos referentes à padronização de políticas públicas, bem como o conflito entre as demandas a direitos fundamentais e a reserva do possível.

Superadas essas questões passaremos agora a uma breve análise de um caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal Federal que apresenta uma rica discussão acerca da judicialização de demandas de saúde: a Suspensão de Antecipação de Tutela 175.

### 3.1. O Contexto do Caso em Estudo

O caso versa sobre a demanda da parte autora, Clarice Abreu de Castro Neves, jovem de 21 anos de idade que ajuizou ação contra a União, o estado do Ceará e o município de Fortaleza representada pelo Ministério Público Federal, a fim de compelir os entes federativos a lhe disponibilizarem tratamento com o medicamento Zavesca (cujo princípio ativo é conhecido como Miglustate), uma vez que o mesmo não era regularmente distribuído pela rede pública de saúde.

Em sua petição inicial, a autora apontava ser portadora de uma doença rara denominada NiemannPick Tipo C, uma doença neurodegenerativa, bem como que não tinha condições de arcar com os custos do tratamento, estimado em torno de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, considerando-se os valores vigentes na época.

Em análise ao pedido inicial, o juiz federal extinguiu o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade representativa do Ministério Público. Frente à referida decisão, foram interpostos embargos de declaração e, após a rejeição dos embargos, o Ministério Público interpôs apelação contra a decisão, reiterando a sua legitimidade representativa para o caso em voga, assim como os demais fundamentos da petição inicial, inclusive pedindo a

antecipação dos efeitos da tutela.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deu provimento à apelação do Ministério Público, declarando a sua legitimidade e deferindo a tutela antecipada pretendida.

A União interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que deu provimento à tutela antecipada, recursos estes que não foram admitidos pelo próprio Tribunal Regional Federal. Assim, foi interposta a Suspensão de Tutela Antecipada de número 175 pela União perante o Supremo Tribunal Federal, enquanto a Suspensão de Antecipação de Tutela interposta pelo município de Fortaleza recebeu o número 178, sendo apensada à primeira.

Em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes, indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em apelação, por não constatar grave lesão à ordem, à economia ou à saúde pública.

Na sequência, foi interposto agravo regimental pela União contra essa decisão monocrática, tendo como fundamento principal o fato de que o fármaco não constava na lista dos medicamentos registrados pela ANVISA, o que, segundo defendido pelo réu, tornaria impossível a concessão pelo Poder Público do medicamento. Argumentou, ainda, a violação ao princípio da separação dos poderes, reiterou a existência de lesão à economia e à saúde pública, bem como, a inexistência de solidariedade entre os entes federativos.

Com base nos argumentos suscitados, a matéria foi levada ao Pleno do Supremo Tribunal Federal onde foi firmada decisão que se tornou referência jurisprudencial para a judicialização de políticas públicas de saúde. A dimensão da decisão proferida já era conhecida à época do julgamento, conforme se depreende do voto do ministro Ayres Britto<sup>67</sup>:

Presidente, também acho que o voto de Vossa Excelência vai ficar como divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria.

Disso depreendemos a importância da referida decisão para a pacificação do entendimento do Poder Judiciário referente à questão da judicialização de políticas públicas de saúde, importância esta que se pode depreender dos principais pontos e questões levantados pela decisão em apreço.

---

67 Voto do Ministro Ayres Britto STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070

### 3.2. Uma Análise dos Argumentos Lançados Contra a Judicialização da Saúde

Inicialmente, o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, leva em conta os argumentos trazidos perante o Tribunal que atacam a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em casos de demandas referentes a serviços de saúde. No caso concreto, foi argumentado que a concessão de tutela jurisdicional a fim de compelir o Estado ao fornecimento de tratamento individualizado poderia levar a “lesão à ordem, à economia e à saúde públicas”, motivo pelo qual a intervenção do Poder Judiciário no acesso individual a serviços públicos de saúde deveria ser evitado.

De fato, por tratar-se de caso que versa sobre demanda de tratamento não disponibilizado normalmente pela rede pública de saúde, é importante questionar até que ponto pode-se exigir do Estado o fornecimento de tratamento diferenciado para atender a uma demanda individual. Isso é ainda mais importante quando se considera que o atendimento a tais demandas gera um ônus para o erário público, ou seja, gera realocação de recursos escassos que devem ser usados em favor da coletividade.

Nas palavras do relator, tal divergência quanto à amplitude do âmbito de proteção do direito ao acesso a serviços de saúde leva a uma “necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar 'mínimo existencial' e 'reserva do possível’”.

Nesse contexto, Gilmar Mendes demonstrou entendimento no seguinte sentido:

“Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)”

Assim, o ministro analisa os direitos fundamentais não somente pelo aspecto da prestação de um serviço público de saúde por meio de políticas públicas e econômicas instituídas, mas também da perspectiva dos direitos de liberdades negativas e positivas. Desse modo que se entende que é imputado ao Estado primeiramente o dever de abstenção de realizar qualquer conduta abusiva contra liberdades individuais e também o dever de agir no sentido de promover as condições necessárias para o exercício de tais liberdades.

A análise do voto segue ponderando que as dimensões de liberdade positiva e negativa dos direitos sociais implicam em custos públicos, concluindo que embora “ambas as

dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização”. Assim, embora reconheça que os direitos sociais possuem dimensões de liberdade positiva e negativa (similares às dimensões de direito fundamental prestacional e de defesa analisadas no primeiro capítulo), alega o ministro que o argumento contrário à judicialização leva em conta a dimensão positiva de tais direitos, bem como os custos decorrentes de tais demandas de prestações positivas.

Seguindo essa linha de raciocínio, o ministro afirma a necessidade de formulação de políticas públicas e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais que – invariavelmente – levam a escolhas alocativas de acordo com critérios de justiça distributiva.

Assim, vemos que a intervenção do Poder Judiciário em casos individuais não dá ao julgador a capacidade de analisar as consequências globais decorrentes do provimento de um requerimento realizado individualmente, uma vez que a concessão de um pedido pode levar à falta de fundos para o desenvolvimento de políticas públicas que visem atender à coletividade.

Por outro lado, o voto leva em consideração a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em casos de violação de direitos sociais, alegando que tais direitos “foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais”.

O voto suscita que a garantia de direitos fundamentais que visem garantir o mínimo existencial são condições necessárias para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, direitos fundamentais como o acesso a serviços de saúde devem apresentar parâmetros mínimos que permitam a efetiva proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. O entendimento firmado no voto proferido versa no sentido de que “ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos (...) não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial”.

Assim, o ministro posiciona-se afirmando que em casos de demandas individuais referentes a serviços de saúde, onde há – de um lado – a violação de um direito individual e de outro a possível lesão a direitos da coletividade, deve ser realizado um juízo de ponderação pelo julgador. Dessa forma, quando a questão levar a conflitos entre direitos sociais individuais e bens cujo uso é de interesse coletivo, deve-se aplicar a ponderação de princípios e diretrizes políticas, não podendo ser descartada, a priori, a possibilidade de intervenção judicial.



Nesses termos, o ministro conclui<sup>68</sup>:

“De toda a forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.”

Com tal conclusão, o voto do relator da Suspensão de Antecipação de Tutela passa a analisar a questão referente à padronização dos tratamentos requeridos em sede de demandas de saúde.

### 3.3. Dos Parâmetros de Padronização Para a Judicialização da Saúde

Após as considerações previamente analisadas, o voto de Gilmar Mendes segue afirmando, que antes do julgamento do conflito pelo Supremo Tribunal Federal, foi realizada audiência pública com diversos especialistas da área de saúde no ano de 2009.

Com base em informações colhidas na audiência pública, o então presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde deveriam ser fornecidos pelo Estado. Ressalta-se que essa foi a primeira vez que o Supremo utilizou o instrumento da audiência pública para fixar orientações a fim de subsidiar a decisão a ser proferida no caso concreto.

Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública, o ministro entendeu ser necessário “retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla”. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão.

Segundo o voto proferido, deve ser considerada – em primeiro plano - a existência, ou a inexistência, de políticas públicas estatais que versem sobre a prestação de serviço de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir um requerimento que verse sobre prestação de serviço de saúde incluído entre as políticas públicas de saúde formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu

---

68 Voto do Ministro Gilmar Mendes STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070

cumprimento.

Nas palavras do voto do relator, “nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”. Ou seja, em seu voto, entendeu o ministro que a existência de uma política pública de saúde que seja capaz de atender a demanda dos usuários do SUS implica na faculdade de demandar tais modalidades de tratamento perante o Judiciário se tais serviços não forem disponibilizados.

Tal consideração é importante porque, de acordo com os dados colhidos na audiência pública, a maior parte dos conflitos judicializados que versam sobre o acesso a serviços públicos de saúde não versam sobre casos de inexistência de política pública de saúde, mas sim de insuficiência das políticas estabelecidas<sup>69</sup>:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Nesses termos, vemos que a questão da judicialização de políticas públicas de saúde deve observar a existência ou a omissão de políticas públicas capazes de atender às necessidades do paciente, observando-se – ainda – a existência de um direito subjetivo ao acesso aos serviços prestados por meio das políticas públicas instituídas.

Em caso de ausência de política pública instituída, esta, de acordo com o voto, poderá se desdobrar em três situações: omissão legislativa ou administrativa, decisão administrativa de não fornecer a prestação de saúde, vedação legal a sua dispensação.

Pelo estabelecido no voto do ministro Gilmar, em caso de omissão legislativa, ou de decisão de não fornecimento ou vedação do mesmo, como regra, deve ser respeitado o tratamento padronizado pelas políticas públicas do SUS, não concedendo tratamento diverso, salvo em "casos excepcionalíssimos", nos quais seria possível interpretação divergente, caso

---

69 Voto do Ministro Gilmar Mendes STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070

se entenda como necessário na análise do caso concreto.

Assim, pelo entendimento exposto, o fornecimento de tratamentos padronizados junto à rede pública é um direito fundamental subjetivo a todos os usuários do SUS, enquanto o fornecimento de tratamentos excepcionais é possível, excepcionalmente, mediante a análise do caso concreto.

Nesse mesmo sentido, o voto de Gilmar Mendes também indica que as modalidades de tratamento estabelecidas pelas políticas públicas de saúde devem ser privilegiadas, sem, contudo, ser rejeitada a priori a possibilidade de tratamento diferenciado, conforme trecho a seguir<sup>70</sup>:

(...) Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. 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, podemos concluir que, em 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 a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial. (g.n.)

Assim, percebe-se que a concessão de tratamento não padronizado depende da comprovação de ineficácia ou de inexistência de tratamento normalmente disponibilizado pelo SUS, de modo que deve prevalecer, sempre que possível, a concessão de tratamentos

---

70 Voto do Ministro Gilmar Mendes STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070

padronizados na rede pública de saúde.

Em sentido ainda mais amplo, vemos que o voto do ministro Celso de Mello assegura, que "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde", ou "fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado", deve o julgador, por razões de ordem ético-jurídica, decidir pela opção que garanta a concretização do direito à saúde. Tal entendimento apresenta, em tese, um sentido contrário à tese de que a intervenção judicial afronta o princípio da reserva do possível, já que pressupõe ter o mínimo existencial um valor absoluto, devendo este prevalecer em caso de conflito com eventuais dificuldades financeiras do Estado em promover tais políticas públicas. Nesse sentido, segue trecho do voto<sup>71</sup>:

“O Sentido de fundamentalidade do direito à saúde (...) impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.”

Como visto, no entendimento do voto proferido pelo ministro Celso de Mello, a efetiva concretização do dever constitucional do Estado somente é satisfeita se for garantida a promoção do acesso aos serviços de saúde de forma ampla, conforme previsto no texto constitucional.

Percebe-se ainda neste voto que o ministro faz referência à elaboração e implementação de políticas públicas pelo Estado, afirmando que é dever do Poder Judiciário intervir em situações em que a omissão estatal na realização de serviços essenciais se mostra presente. Nas palavras do ministro, tal omissão configura “um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República”, motivo que justificaria a intervenção judicial em caso de omissão ou insuficiência das políticas e ações de saúde elaboradas pela Administração Pública.

Por fim, Mendes analisou os casos de requerimento de tratamentos inexistentes na rede pública de saúde. Alega o ministro que, em casos de inexistência de determinado tratamento na rede pública de saúde, pode-se diferenciar as modalidades de tratamento em tratamentos experimentais e tratamentos não testados pelo SUS.

Em casos de tratamentos experimentais, o voto indica que não é possível a

---

71 Voto do Ministro Celso de Mello STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070

condenação do Estado ao seu fornecimento, uma vez que tais tratamentos consubstanciam-se em pesquisas clínicas realizadas por entes privados, de modo que não entende ser razoável a condenação do Estado ao fornecimento de tais tratamentos.

Por outro lado, com relação aos tratamentos ainda não testados pelo SUS, o voto proferido afirma que há a possibilidade de concessão por via judicial, desde que tal concessão seja feita mediante amplo suporte probatório<sup>72</sup>:

“Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública de as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como obstáculo à concessão de medida cautelar.”

Nesse sentido, vemos que a judicialização de demandas de saúde pode versar sobre requerimento de tratamentos padronizados ou tratamentos não padronizados junto à rede pública de saúde. Como visto, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a concessão de tutela jurisdicional para a garantia do acesso a serviços de saúde deve atentar para a existência de tratamento padronizado, o qual deverá ser considerado o adequado, exceto em caso de comprovada ineficácia do mesmo no caso concreto.

Vemos que, conforme descrito no voto do ministro Gilmar Mendes, a maioria das demandas de saúde trata do fornecimento de tratamento padronizado, havendo um direito público subjetivo ao tratamento requerido. Por outro lado, a configuração do direito ao acesso a tratamentos não padronizados dependem de uma comprovação pelo usuário do SUS da impossibilidade de tratamento pelos serviços regularmente fornecidos, cabendo o ônus de tal prova ao requerente.

Passaremos, agora, a discutir a questão referente à abordagem tomada referente à alegação de violação da separação de poderes pela judicialização de demandas de saúde pública.

---

72 Voto do Ministro Gilmar Mendes STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070

### 3.4. Análise do Argumento da Violação da Separação de Poderes Pela Judicialização de Políticas Públicas

Outro argumento abordado pela decisão do caso em estudo, suscitado pela União perante o Supremo Tribunal Federal, trata da questão relativa à separação de poderes e a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, cuja elaboração é de responsabilidade da Administração Pública e do Poder Legislativo.

Como visto anteriormente, a decisão parte do pressuposto de que a maioria dos casos de judicialização de demandas de saúde não envolve a intervenção do Judiciário a fim de compelir o Estado a fornecer tratamento diferenciado, mas parte do pressuposto de que o Poder Judiciários é provocado – na maioria das vezes - a fim de compelir o Estado a efetivar de modo eficiente as políticas públicas existentes.

Dessa forma, no entendimento do voto do relator, a concessão de tutela jurisdicional a fim de compelir o Estado a promover o acesso a políticas públicas existentes não implica em intervenção indevida do Judiciário. Ao contrário, na decisão é apresentado o seguinte posicionamento:

“Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento (...)”

Assim, entende o ministro Gilmar Mendes que a concessão de tutela jurisdicional para compelir o Estado a garantir o acesso aos serviços de saúde prestados por meio de políticas públicas já existentes não implica em violação ao princípio da separação de poderes.

Analisando o mesmo tema, o Ministro Celso de Mello informa que por um lado não incumbe ao STF a implementação de políticas de saúde, devendo tal função ser cumprida pelos agentes dos Poderes Executivo e Legislativo, embora – por outro lado – a incumbência de fazer implementar tais políticas possa caber ao Judiciário se comprovadamente as ações dos órgãos estatais “vierem a comprometer (...) a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, impregnados de estrutura constitucional”.

Celso de Mello segue declarando a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, caso haja indevida negativa de prestação pelo Estado, se a

mesma for indispensável para a proteção do direito à saúde:

“Isso significa que a intervenção judicial , justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significado real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (...) sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.”

No desenvolvimento do voto proferido, Celso de Mello apresenta uma argumentação em favor do posicionamento ativista do Poder Judiciário em relação ao tema de judicialização de demandas de saúde, concluindo que a ação do Poder Judiciário será legítima dada a “necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”.

Como vemos, a decisão proferida no caso em estudo conta com o entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário é possível em casos de demandas que visem resguardar o direito ao acesso a serviços de saúde sempre que constatada omissão estatal. Isso ocorre porque para que haja uma efetiva proteção dos direitos constitucionalmente garantidos em casos de omissão do Estado, é necessária a intervenção judicial a fim de fazer concretizar o direito constitucional à saúde.

### 3.5. Considerações Sobre a Decisão do Caso

Foi analisado ao longo do capítulo a decisão que determinou o atual paradigma jurisprudencial para o posicionamento do Poder Judiciário frente ao problema da judicialização de políticas públicas.

No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal foi suscitado pela União para manifestar-se sobre litígio que versa sobre demanda em sede individual de medicamento não padronizado.

Os principais temas abordados pelo acórdão foram: a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na prestação de serviço público de saúde no caso concreto, os parâmetros para concessão de tutela jurisdicional nos casos de existência de política pública instituída pela Administração Pública ou nos casos de demandas de tratamentos não padronizados e, finalmente, foi analisada a questão de uma alegada violação ao princípio da separação de

poderes pela concessão de tutela jurisdicional que vise garantir o acesso a serviços públicos de saúde.

Os parâmetros de concessão de tutela jurisdicional foram estabelecidos atentando-se para a existência ou inexistência de política pública de saúde instituída. Assim, pelo conteúdo da decisão, se concluiu que o requerimento de tratamento padronizado constitui direito público subjetivo do usuário do SUS que venha a ter tal tratamento negado.

Por outro lado, em casos de omissão legislativa ou administrativa, decisão administrativa de não fornecer a prestação de saúde ou vedação legal à sua dispensação, ficou firmado o entendimento de que não deve ser concedida a tutela jurisdicional que garanta o acesso a tal serviço, uma vez que deve ser priorizado o tratamento disponibilizado pela rede pública. Entretanto, comprovando-se a excepcionalidade do caso e a inadequação das modalidades dos tratamentos padronizados, entende-se que seja possível a concessão de ordem judicial garantindo o acesso ao serviço que vise a proteção da vida e da saúde do usuário do SUS, mediante clara comprovação da necessidade do tratamento requerido.

Por fim, foi analisada a alegação de que a intervenção judicial na disponibilização de serviços de saúde não constitui violação do princípio da separação de poderes, uma vez que cabe ao Poder Judiciário intervir em casos onde a ineficiência do Estado implicar na violação de direitos fundamentais individuais. Assim, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é de que a intervenção judicial em tais casos é necessária, uma vez que é sua responsabilidade resguardar direitos individuais, ainda que contra os interesses do Estado e da coletividade.

Com base em tais posicionamentos, o Supremo Tribunal Federal – em sua composição plena – votou, por unanimidade, pela negação de provimento ao recurso interposto pela União Federal, mantendo-se a decisão que concedeu à parte autora o direito de ter acesso ao fármaco não padronizado pleiteado.

## **Conclusão**

Na análise que fizemos no primeiro capítulo, verificamos que o direito à saúde é um direito elevado ao *status* de direito fundamental social em nosso ordenamento jurídico, uma vez que atende ao critério formal de previsão constitucional, bem como obedece aos critérios materiais de formalidade e legitimidade para a sua classificação como direito fundamental.



Em um segundo momento, atentamos para a norma constitucional que determina a obrigação do Estado com natureza de regra jurídica, que demanda ação efetiva do Estado a fim de concretizar os mandamentos que determinam a prestação de serviço público de saúde. Concluímos também que essa regra possui uma dupla natureza jurídica, uma vez que, ao mesmo tempo em que impõe um dever de ação positiva do Estado, por outro determina que o particular tenha a liberdade de acesso a serviços de saúde garantido contra a injusta intervenção de terceiros. Posteriormente, foram analisados os princípios que regem o direito à saúde, atentando-se aos aspectos de universalidade, integralidade e instrumentalidade deste direito.

Assim, dentro do que foi visto com relação à integralidade, a titularidade do direito à saúde deve garantir a maior variedade possível de linhas terapêuticas para o tratamento de todos que necessitarem, independentemente da complexidade de tal tratamento. Com relação ao princípio da universalidade, a titularidade deste direito não pode ser restrita, uma vez que o caráter de direito público de defesa implica na garantia de acesso universal ao acesso aos serviços garantidos pelo caráter prestacional que este direito possui. Analisamos que a forma de prestação dos serviços de saúde deve ser feita por meio de políticas públicas, conforme previsão constitucional e legal; desta forma, é dever da Administração providenciar à população acesso a tais serviços por meio de políticas públicas realizadas de modo hierarquizado e regionalizado.

Já no segundo capítulo, vimos que a discussão de questões que envolvem a submissão de conflitos de ordem política vem se dando, no âmbito doutrinário, por duas principais correntes, a corrente substancialista e a corrente procedimentalista, as quais voltam seus olhares, principalmente, para a questão relativa à legitimidade da tomada de decisões políticas pelo Poder Judiciário e pelos atores políticos tradicionais.

A corrente substancialista avalia a legitimidade da judicialização de questões políticas por um viés de proteção a direitos e garantias individuais. Assim, a visão dela firma posição no sentido de que, embora a tomada de decisões políticas deva se dar por meio dos procedimentos democraticamente estabelecidos, a intervenção do Poder Judiciário é admissível na solução de questões de caráter político para fins de proteção de direitos individuais de minorias e grupos hipossuficientes contra possíveis abusos do Estado ou de grupos majoritários.

Por outro lado, a corrente procedimentalista avalia a legitimidade da judicialização de questões políticas por um viés de proteção da democracia. Dessa forma, sustenta que a função fundamental do Poder Judiciário na ordem democrática é garantir a aplicação da lei a

fim de garantir a integridade do processo democrático. Assim, a legitimidade para protagonizar ações e decisões de caráter político incumbiria aos agentes políticos democraticamente eleitos, os quais são responsáveis pelas decisões de cunho político, bem como pelas consequências delas decorrentes.

Da análise das duas perspectivas, vemos que ambas atribuem ao Poder Judiciário papel fundamental na garantia de direitos, embora o enfoque da primeira seja voltado para direitos sociais e o da segunda para direitos de competência. Percebe-se, igualmente, que ambas colocam a questão relativa à preservação tanto dos direitos individuais quanto das instituições democráticas como pontos importantes no processo de decisão política. Assim, a diferença fundamental entre as duas correntes doutrinárias resume-se a uma questão de preponderância das instituições democráticas ou dos direitos individuais.

Como visto, a corrente procedimentalista alega que o respeito às instituições democráticas deve preponderar quando em conflito com a preservação de direitos individuais, ainda que a proteção das instituições democráticas leve ao enfraquecimento da realização da função constitucional de preservação de direitos individuais. Ao contrário, a corrente substancialista alega que a preservação de direitos individuais na forma proposta pelo constitucionalismo deve preponderar, mesmo ante o enfraquecimento das instituições democráticas, a fim de que seja realizada a função constitucional, preservando-se direitos e garantias individuais.

Por fim, no terceiro capítulo, analisamos o conteúdo da decisão que vem sendo considerada o marco jurisprudencial dos casos de judicialização do direito à saúde, a Suspensão de Antecipação de Tutela nº 175. Foi analisada a argumentação que alega que a judicialização de políticas públicas leva a uma extrapolação da legitimidade de ação do Poder Judiciário, uma vez que tal ativismo judicial leva ao surgimento de custos públicos não previstos, bem como os custos do acesso a direitos sociais.

Na decisão proferida pelo STF, foi sedimentado o entendimento de que a intervenção judicial em demandas de saúde não fere o princípio da separação de poderes, pois a intervenção do Poder Judiciário é justificada pelo seu dever de proteção a direitos fundamentais.

Por fim, analisamos as consequências da decisão proferida no caso concreto, no qual a parte autora conseguiu acesso a medicamento não padronizado por via judicial, após o mesmo ser negado pela Administração Pública. Entendemos que a decisão está correta ao admitir a preponderância do dever de defesa dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, em consonância com o defendido pela doutrina substancialista.

Como vimos, a preservação de direitos fundamentais é um dos pressupostos do modelo de Estado adotado por nossa sociedade, cuja responsabilidade é atribuída ao Poder Judiciário. Assim, acreditamos que a omissão do Judiciário em face de violações de direitos sociais que lhe fossem apresentadas não seria legítima ou mesmo adequada, pois implicaria admitir violação de um direito fundamental.

Assim, acreditamos que a posição da jurisprudência, sedimentada com o julgamento da STA 175 está de acordo com os comandos constitucionais, ainda que possam suscitar questões complexas de ordem financeira e administrativa. Entretanto, a superação de tais conflitos faz parte das atribuições dos administradores, que contam com verbas de destinação específica para suportar gastos com demandas extraordinárias – como as derivadas de demandas diferenciadas de saúde – além de todo o suporte estrutural do Estado para cumprirem com o seu dever.

Dessa forma, entendemos que, por conta do modo pelo qual o direito à saúde é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a intervenção judicial em caso de negativa de atendimento na rede pública de saúde pode ser considerada como necessária. O maior desafio a ser enfrentado atualmente pelo Poder Judiciário em tais casos, a nosso ver, não é a possibilidade de atuação ativa na proteção de direitos, mas sim que se definam os termos e limites para essa intervenção.

Como bem estabelecido no *leading case* estudado, diversos fatores devem ser levados em conta pelo magistrado no processo de decisão de casos concretos, como a padronização do tratamento, a possibilidade de substituição de tratamentos não padronizados, os custos públicos e a disponibilidade de recursos materiais e financeiros para o oferecimento do tratamento.

A despeito de tais aspectos ainda não estarem completamente pacificados, devendo sua análise ser feita caso a caso, acreditamos que a pacificação da jurisprudência apresenta um aspecto positivo, garantindo aos cidadãos, em especial às pessoas em condições de hipossuficiência financeira e social: uma maior proteção judicial ao direito à saúde, direito esse essencial à concretização da dignidade da pessoa humana

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ASENSI, Felipe et al. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.2 n. 21, 2012.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 23, 2003.

Acessível

em

<[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>

Acesso em 25/05/2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Diário Oficial da União de 20 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008. Diário Oficial da União de 16 de junho de 2008.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Diário Oficial da União de 23 de dezembro de 2009.

BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Toshimi. Direito à Saúde e Integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Rio de Janeiro: **Interface**, v. 16, n. 40, p. 249-259, 2012.

CARVALHO, Ermani Rodrigues. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos Para uma Nova Abordagem. **Revista Sociologia Política**, n. 23. Curitiba, 2004.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. **O Direito à Saúde Entre os Paradigmas Substanciais e Procedimentais da Constituição**. UnB, 2008.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites Constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível x mínimo existencial**. Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_ana\\_carolina\\_davies2013.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_ana_carolina_davies2013.pdf)> Acesso em 11/05/2015.

DUARTE, Clarice Seixas. O Duplo Regime Jurídico do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. Fortaleza: **Pensar**, v. 17, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Suplinio. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. **RAP – Revista de Administração Pública**, v. 45, n.7. 2009 Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582009000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007)>.

Acesso em 01/11/2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional**. UnB, Brasília, 2008.

RAMOS, Marcela Carvalho da Silva. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: Uma Análise Comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. Disponível em [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2010/04\\_O\\_direito\\_fundamental.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf).

Acesso em 15/09/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, v. 11, p. 1-17, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 15/09/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental À Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas**. Disponível em: [http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ingo.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf). Acesso em 15/09/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. n. 1, p. 171-213, 2007.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2009. Disponível na internet [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf). Acesso em 15/09/2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre. Livraria Advogado Editora. 2002.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.