



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTA CARIÚS SIQUEIRA

**O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988 E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA
UNIVERSALIDADE E DA INTEGRALIDADE**

BRASÍLIA - DF
2019

ROBERTA CARIÚS SIQUEIRA

**O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A
EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E DA
INTEGRALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Doutor Mamede Said
Maia Filho.

BRASÍLIA - DF
2019

ROBERTA CARIÚS SIQUEIRA

**O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EFETIVIDADE
DOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E DA INTEGRALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta por:

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho
(Orientador – Presidente)

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
(Membro da Banca Examinadora)

Professora Doutoranda Tainá Aguiar Junquillo
(Membro da Banca Examinadora)

RESUMO

O direito à saúde é parte fundamental do direito à vida, um dever do Estado, garantido pela Constituição Federal. O estudo de seu histórico no Brasil, desde os tempos de sua colonização até os dias atuais, revela que a saúde passou a ser um direito universal somente a partir de sua previsão no texto da Constituição de 1988, portanto, recentemente. A evolução da força normativa das Constituições, fenômeno mundial, com reflexos também na Constituição de 1988, teve impactos significativos na garantia do direito à saúde, fazendo com que esse direito fosse assegurado de forma mais efetiva, com maior aplicabilidade dos princípios do Sistema Único de Saúde – SUS. Diante disso e considerando a escassez de recursos estatais, que atua como um limitador fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais prestacionais, a tese da reserva do possível passou a ser invocada em casos que o Poder Judiciário é acionado para a garantia do direito à saúde. Assim, questiona-se em que medida são efetivados os princípios da universalidade e da integralidade, numa sociedade tão numerosa e que enfrenta escassez de recursos.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direito à saúde. Princípios. Efetividade. Reserva do possível.

ABSTRACT

The right to health is a fundamental part of the right to life, a state duty guaranteed by the Federal Constitution. The study of its history in Brazil, from the time of its colonization to the present day, reveals that health has become a universal right only from its prediction in the text of the 1988 Constitution, therefore, recently. The evolution of the normative force of the Constitutions, a worldwide phenomenon, also reflected in the 1988 Constitution, had significant impacts on the guarantee of the right to health, making this right more effectively guaranteed, with greater applicability of the principles of the Unified Health System - SUS. Given this and considering the scarcity of state resources, which acts as a factual and legal limitation to the realization of social benefits rights, the thesis of the reservation of the possible came to be invoked in cases where the judiciary is called to guarantee the right to health. Thus, the question is to what extent the principles of universality and integrality are implemented in such a large and resource-scarce society.

Keywords: Fundamental Right. Right to health. Principles. Effectiveness. Possible Reserve.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	10
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE.....	10
2.2 A SAÚDE NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	15
2.3 PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE: PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE.....	17
3 ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS NA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE.....	22
3.1 EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	22
3.2 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	27
3.3 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE E EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	29
4 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

Até pouco tempo atrás, o direito à saúde no Brasil era privilégio de poucos. A saúde como um direito de todos e um dever do Estado passou a ser garantida pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 196 dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Com o objetivo de atender as necessidades da população e de cuidar de questões que influenciam na saúde de forma holística, como o meio ambiente, a vigilância sanitária, a fiscalização de alimentos, entre outros, foi criado o Sistema Único de Saúde - SUS. Nesse sentido é o que dispõe o artigo 200 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Portanto, o dever do Estado em garantir o direito à saúde inclui diversas obrigações no sentido de se prevenir e controlar o surgimento de doenças. Garantir o direito à saúde não se restringe a apenas tratar doenças já existentes.

A inclusão desse direito na Constituição, ao menos do hodierno significado que se tem do texto ali positivado, fez com que a saúde passasse a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. Cabendo ao poder público não apenas formular, mas também implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

O artigo 196 da nossa Carta Magna emana uma regra de caráter mandatório, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem a República federativa brasileira.

Acesso a saúde é um direito que precisa ser assegurado, não pode ser apenas uma promessa institucional.

Embora o mandamento Constitucional tenha caráter cogente, é sabido que a garantia do direito à saúde enfrenta enormes desafios: a escassez de recursos e a escolha de prioridades que precisa ser feita pelo administrador público.

O direito à saúde é um direito social e tem íntima relação com o direito à vida, direito que também é assegurado por meio da prevenção e tratamento de agravos à saúde. O direito à vida em sua acepção positiva vai além do que apenas sobreviver, engloba também o direito a uma vida humana com dignidade, com o mínimo existencial

Essa estreita relação existente entre o direito à vida e o direito à saúde, associada a escassez de recursos enfrentada pelos gestores públicos faz com que o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busque a tutela jurisdicional para ver atendidas suas necessidades relativas a esse direito fundamental.

Por meio da propositura de ações judiciais, se busca o acesso aos mais variados tipos de prestação, desde o fornecimento de medicações, vagas em leitos de UTI, à realização de exames e cirurgias.

Essa realidade tem feito com que o Poder Judiciário ganhe papel de destaque na formulação de políticas públicas por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo a atender a pretensão daqueles que buscam o judiciário. Apesar de muitos cidadãos terem seus direitos atendidos pela via judicial, a escassez de recursos é uma realidade no Brasil, atuando como um limitador fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Assim, a tese da reserva do possível muitas vezes é utilizada para limitar o atendimento às demandas que chegam ao judiciário.

A garantia do direito à saúde à população brasileira depende de medidas positivas do Estado e a Constituição Federal de 1988 preceitua esse direito como um direito fundamental de todos.

Neste trabalho será feita uma interface entre o direito fundamental à saúde, a obrigação do Estado de prestá-lo e as dificuldades para que haja sua oferta em consonância com os princípios da universalidade e da integralidade.

A escassez de recursos materiais e humanos, aparentemente, obriga à escolha de quem será atendido e de qual tratamento poderá ser fornecido, tornando-se um verdadeiro

desafio o cumprimento dos princípios da universalidade e da integralidade.

2 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

Com a chegada dos portugueses em solo brasileiro, chegaram também doenças até então desconhecidas pela população que aqui habitava. Somaram-se à malária, doença tropical até aquele momento desconhecida pelos europeus, aquelas trazidas pelos colonizadores, como a peste bubônica, a cólera e a varíola e, posteriormente, com a chegada dos africanos, a filariose e a febre amarela.

A saúde pública não era uma prioridade dos colonizadores; portanto, cada indivíduo ficava responsável por si, geralmente buscando, quando acometido por alguma doença, o auxílio de pajés, curandeiros ou boticários que viajavam pelo país. A medicina praticada era informal, se baseava em conhecimentos empíricos, costumes culturais e crenças religiosas.

O trópico atraía a atenção do colonialismo, mas os empreendimentos comerciais eram ameaçados pelas doenças transmissíveis, endêmicas e epidêmicas, sendo raros os médicos que atuavam junto à população.

Em meados do século XVII, uma profunda crise demográfica ocorreu no Brasil devido a uma epidemia de sarampo, abalando a incipiente economia colonial. Após esse fato, as epidemias passaram a receber a atenção governamental, sobretudo em razão dos prejuízos causados à política econômica, pois os navios estrangeiros passaram a evitar os nossos portos com medo do contágio¹.

Com a transferência da Família Real Portuguesa para o Brasil, em 1808, mudanças começaram a acontecer. Além da maior atenção dispensada à colônia, por abrigar a família real, nesse período o mundo científico evoluía, inclusive a medicina.

A chegada da família real fez com que os portugueses promovessem grandes avanços em terras brasileiras. Houve crescimento industrial, criação de estradas, renovação dos portos, abertura de bancos, bem como a fundação de cursos universitários.

Nesse contexto, houve a criação de Faculdades de Medicina em Salvador e no Rio de Janeiro, cidades portuárias que recebiam o maior número de navios e de escravos.

¹ CORREA, Carlos Roberto Silveira; RANGEL, Humberto de Araújo; SPERANDIO, Ana Maria Girotti. **Evolução das políticas públicas de saúde no Brasil**. (capítulo 4 do livro: *Campinas no rumo das comunidades saudáveis*). IPES Editorial, 2004.

Todavia, o período compreendido entre a independência (ano de 1822) até a proclamação da República (ano de 1889) não contou com grandes avanços na área da saúde. Destaque-se, neste período, a previsão de um direito previsto na Constituição do Império de 1824, que, em seu artigo 179, XXXI², dispôs acerca da garantia dos socorros públicos. Entretanto, não havia propriamente um direito subjetivo da população, vez que, à época, os dispositivos constitucionais não possuíam força suficiente para obrigar as autoridades públicas a prestar auxílio à saúde a quem precisasse.

De 1902 a 1906, durante o governo do Presidente da República Francisco de Paula Rodrigues Alves, sob o comando de Oswaldo Cruz, então Diretor-Geral de Saúde Pública, as instituições de saúde passaram a se organizar para combater as epidemias em um modelo conhecido como campanhista, de inspiração bélica.

Nessa época, foram adotadas importantes medidas, algumas até mesmo drásticas, mas que culminaram em grandes avanços no combate às epidemias que facilmente se espalhavam pelas cidades.

Houve a criação do Código Sanitário, que previa a desinfecção domiciliar, a demolição de construções consideradas nocivas à saúde pública, a notificação permanente dos casos de varíola, febre amarela e peste bubônica, e a atuação da polícia sanitária.

Entretanto, a atuação no desenvolvimento das práticas de saúde tinha um caráter extremamente autoritário, e os alvos mais atingidos por práticas que incluíam ações de desinfecção, interdição de prédios, remoção de doentes, queima de roupas e colchões, eram as áreas mais pobres e de maior densidade demográfica.

Nesse contexto, sob o comando do sanitarista Oswaldo Cruz, com a finalidade de combater a varíola, foi instituída a vacinação obrigatória; todavia, a população já humilhada pelo poder público autoritário e violento, não acreditava na eficácia da vacina, o que fez com que, em 1904, eclodisse no Rio de Janeiro a Revolta da Vacina³.

2 NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**: Volume 1. 3.ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf . Acesso em: 23 out. 2019.

3 COSTA SILVA et al., 2010, COSTA e SILVA, Cristiane Maria; MENEGHIM, Marcelo de Castro; PEREIRA, Antônio Carlos; MIALHE, Fábio Luiz. **Educação em saúde**: uma reflexão histórica de suas práticas. Rio de Janeiro: Revista Ciência e Saúde Coletiva, vol. 15, n. 5, p. 2539-2550, agosto 2010.

Apesar dos abusos cometidos pelo Governo e do fim conflituoso, Oswaldo Cruz, com o modelo campanhista, conseguiu êxitos diante dos problemas epidemiológicos, alcançando, inclusive, a erradicação da febre amarela no Rio de Janeiro.

Durante o período de aplicação do modelo campanhista, não havia, contudo, ações públicas curativas. Estas ficavam sob o encargo dos serviços privados e da caridade. Não existia, também, um sistema que previsse assistência em casos de acidentes ou qualquer legislação que protegesse o meio ambiente do trabalho.

Apenas em 1923, com a Lei Elói Chaves, que regulamentou a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), mantidas e geridas por empresas privadas, houve uma mudança nesse cenário.

As CAPs ofereciam serviços médicos aos funcionários e suas famílias, bem como descontos em medicamentos, além de prever aposentadoria e pensão para herdeiros. No entanto, o acesso a elas era restrito a algumas organizações trabalhistas mais atuantes politicamente, como os ferroviários e os marinheiros, ligados à produção exportadora. Portanto, não incluíam os trabalhadores urbanos de outros ramos da economia, os trabalhadores rurais, bem como não levavam em consideração as pessoas desempregadas.

Apesar de suas falhas, as Caixas de Aposentadorias e Pensões representam um marco na história da Previdência Social no Brasil, pois os empregados de determinadas organizações trabalhistas tinham direito à aposentadoria por tempo de contribuição ou por invalidez, assim como direito a assistência médica, e à pensão por morte.

A partir da década de 30, durante o governo de Getúlio Vargas, se inicia a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. Nesse período, as Caixas de Aposentadoria e Pensão foram transformadas nos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), deixando de ser gerenciados exclusivamente pelas empresas privadas. O Estado brasileiro passou a colaborar com 15% do total da receita, e o restante era custeado pelos trabalhadores e patrões.

Ainda na década de 30, a Constituição de 1934⁴ passou a garantir assistência médica, licença-maternidade e jornadas de trabalho de oito horas. Os avanços são inegáveis, mas ainda havia um longo caminho a ser percorrido, vez que a saúde pública não era universalizada,

4 MARINHO, Josaphat. **A Constituição de 1934**. Brasília, ed.24, n.94, abr./jun. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181752/000431169.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 set. 2019.

restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

Durante a década de 60, houve a criação da Lei Orgânica da Previdência Social, que unificou os Institutos de Aposentadoria e Pensões em um só regime, e consolidou as leis trabalhistas.

Em 1967, já durante o regime militar, houve a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), ao qual eram vinculados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano, com carteira assinada, contribuía com o novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

Entretanto, a população brasileira que não integrava o mercado formal de trabalho, continuava excluída do sistema público de saúde, o que gerou grandes debates acerca da injustiça social do sistema de saúde, considerando que aqueles socialmente mais vulneráveis estavam condenados ao descaso e ao abandono pelo Poder Público.

No período da transição democrática, a saúde pública ganhou um olhar social pela reforma sanitária. O crescimento do movimento sanitário, organizado desde os anos 1970, foi crucial para o amplo debate de questões relacionadas à saúde.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada entre 17 e 21 de março de 1986, foi um marco na história da saúde no Brasil, que forneceu as bases para elaboração do capítulo sobre saúde na Constituição Federal de 1988 e criação do Sistema Único de Saúde. Nessa conferência foram debatidos três temas principais: “A saúde como dever do Estado e direito do cidadão”, “A reformulação do Sistema Nacional de Saúde” e “O financiamento setorial”.

Instituída pelo artigo 90 da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, as Conferências Nacionais de Saúde tinham por objetivo realizar um debate periódico e sistemático sobre a saúde no país, apontando as diretrizes de formulação de políticas para a área nas esferas de gestão municipal, estadual e nacional.

Porém, cabe ressaltar que a 8ª Conferência Nacional de Saúde foi a primeira conferência que contou com a participação de usuários dos serviços de saúde. Antes dela, os debates se restringiam à presença de deputados, senadores e autoridades do setor.

Já para a realização da 8ª Conferência, os temas a serem debatidos foram divulgados e postos em discussão através das pré-conferências estaduais e municipais. O interesse da

sociedade levou a uma participação popular sem precedentes na formulação de políticas públicas estatais. As pré-conferências ativaram a mobilização em torno dos temas, que extrapolavam o ambiente técnico.

Então, no ginásio Nilson Nelson, em Brasília, onde foi realizada a 8ª Conferência, reuniram-se, além dos delegados da sociedade civil que representavam formalmente seus grupos, vários outros grupos que começaram a fazer passeatas exigindo participar. Houve uma grande assembleia durante a Conferência para discutir a possibilidade de incorporação dessas pessoas, e elas acabaram sendo admitidas, como observadores.

Dessa forma, com a inédita participação popular, em exercício direto da democracia, foi elaborado o Relatório Final⁵, que apontou o consenso em relação à formação de um sistema único de saúde, separado da previdência, e coordenado, em nível federal, por um único ministério. Também foram aprovadas as propostas de integralização das ações, de regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviço, e de fortalecimento do município. O relatório apontou, ainda, a necessidade de participação popular, por meio de entidades representativas, na formulação da política, no planejamento, na gestão e na avaliação do sistema de saúde.

Outra grande resolução (e revolução conceitual) diz respeito a uma ideia mais abrangente de saúde, que é descrita no relatório final como uma resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, lazer, liberdade, acesso à posse de terra e a serviços de saúde. Referido conceito ampliativo do direito à saúde foi incorporado ao artigo 200 da Constituição da República.

Outrossim, os delegados da 8ª Conferência Nacional de Saúde atribuíram ao Estado o dever de garantir condições dignas de vida e de acesso universal à saúde, e apontaram a necessidade de integrar a política de saúde às demais políticas econômicas e sociais.

Para que as resoluções da 8ª Conferência Nacional de Saúde pudessem ser melhor estruturadas e conseqüentemente inseridas à nova Constituição Federal de 1988 que estava por vir, foi criada a Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), que funcionou de agosto de 1986 a maio de 1987, e tinha a função de trabalhar tecnicamente em um documento para ser entregue à Assembleia Nacional Constituinte.

⁵ 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

Assim, a 8ª Conferência foi responsável por conferir o arcabouço político e democrático e a CNRS deu o arcabouço técnico para a formulação de uma nova política de saúde pública.

O documento final produzido pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária foi enviado para a aprovação da Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente da Assembleia Nacional Constituinte.

Referida subcomissão considerou o documento da CNRS no momento da redação da seção sobre o SUS na Constituição Federal. O relatório final foi enviado à Comissão da Ordem Social e, de lá, foi para a Comissão de Sistematização, que era responsável por elaborar o projeto final da Constituição.

Dessa forma, constata-se a importância da 8ª Conferência Nacional de Saúde, primeira conferência verdadeiramente democrática realizada no país, para a universalização e a integralidade do direito à saúde, incorporados à Constituição da República.

2.2 A SAÚDE NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O artigo 198 da Constituição Federal instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituem um sistema único e que esse sistema deve ser descentralizado, provendo atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais⁶.

Com o Sistema Único de Saúde, a prestação do serviço público de saúde deixa de ser restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal e passa a ser direito de todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício.

Após a instituição do SUS pela Constituição de 1988, em 1990, foi aprovada a Lei nº 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, que definiu as diretrizes para organização e funcionamento do Sistema de Saúde brasileiro.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal; 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

A Lei nº 8.080/90⁷ define em seu Art. 2 que:

(...)

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

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

A Lei Orgânica da Saúde define ainda as competências de cada ente federado quanto ao tema. Em seu artigo 16, dispõe sobre as competências da direção nacional do SUS, dentre as quais destaca-se a de prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, devendo promover a descentralização para os Estados e Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal⁸.

Quanto à direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu, dentre outras competências, a de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde.

Por fim, consta no o art. 18 da Lei nº 8.080/90, que: “Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde”.

A distribuição de competências promovida pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.080/90 é pautada pelas noções de subsidiariedade e de municipalização, sendo que os Estados e a União devem executar diretamente políticas sanitárias apenas supletivamente, de forma a suprir eventuais falhas do Municípios.

7 BRASIL. Congresso Nacional. Lei Orgânica da Saúde. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

8 BRASIL. Congresso Nacional. Lei Orgânica da Saúde. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

Além estabelecer a estrutura do SUS, fixando suas atribuições, a Lei Orgânica da Saúde estabelece os princípios norteadores desse sistema, dentre os quais vale destacar dois de seus princípios fundamentais: o da universalidade, segundo o qual se garante a todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação, o acesso às ações e serviços de saúde, e o da integralidade, que compreende um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Como se observa, o direito à saúde no Brasil ganhou outra dimensão com a Constituição de 88, que passou a prevê-lo como um direito de todos, em todos os níveis de acesso. Contudo, apesar disso, esse direito enfrentava limitações ainda maiores que as existentes na atualidade, pois a aplicabilidade das normas constitucionais, ao tempo da promulgação da Constituição, não detinha a efetividade que conhecemos nos dias atuais.

Para entender a evolução do direito à saúde no Brasil, é preciso compreender o fenômeno do ganho de efetividade pelo qual passou a Constituição Federal de 1988, tema que será abordado mais adiante.

2.3 PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE: PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE

A Constituição de 1988 trouxe uma nova realidade para a população brasileira em termos de direito à saúde. A instituição dos princípios da universalidade e da integralidade tornou a saúde um direito de todas as pessoas, em todos os níveis de atenção, desde os mais básicos aos mais complexos.

Cabe ao Estado - *lato sensu* - assegurar esse direito, garantindo o acesso às ações e serviços a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.

Ao definir a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, a Constituição de 1988 caracterizou a saúde como um direito de cidadania e positivou o princípio da universalidade. De acordo com esse princípio, o Estado tem o dever de garantir, por meio do Sistema Único de Saúde, cobertura, acesso e atendimento em seus serviços a toda população brasileira.

Assim, a instituição do princípio de universalidade permitiu que todas as pessoas passassem a ter direito de acesso às ações e serviços de saúde, antes restritos aos indivíduos segurados à previdência social ou àqueles que possuíam meios para serem atendidos na rede privada.

O princípio da integralidade, na concepção conferida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90, remete ao entendimento de uma atenção à saúde de forma abrangente, sem limitações, visando propiciar o acesso a esse direito em sua plenitude, alcançando todas as etapas do processo de adoecimento e de cura, desde a etapa anterior ao início da doença, com ações preventivas, até etapas envolvendo atendimentos mais complexo, como a realização de transplante de órgãos ou o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Nesse sentido, o esperado do modelo de atenção à saúde é que nele haja a abrangência de todas as etapas da linha de cuidados, compreendendo todos os níveis de complexidade, com a oferta de ações de prevenção, de recuperação e de reabilitação.

Ocorre que, na prática, nem sempre é possível o acesso de todos aos serviços de saúde e, muitas vezes, esse acesso, quando ocorre, se dá de forma segmentada, e não integral. A aplicação dos princípios da universalidade e da integralidade frequentemente esbarra nas limitações orçamentárias enfrentadas pelo Estado, desde que houve a instituição da saúde como um direito de todos na Constituição de 1988.

Segundo Carvalheiro (1999)⁹, autor que realizou um estudo da natureza econômica da saúde nos anos noventa, em confronto com a previsão Constitucional de um Sistema Único de Saúde universal, com integralidade das ações, havia duas correntes com paradigmas conceituais distintos no campo da saúde; uma, da saúde pública, e outra da economia da saúde. A primeira, adotava o princípio da equidade, já a segunda, se pautava pela lógica do mercado, propondo a focalização de ações concentradas em grupos mais vulneráveis e a oferta de cesta básica de ações e serviços.

Essa segunda corrente poderia ser justificada pelos problemas de financiamento enfrentados pela saúde, e a insuficiência de recursos, que acaba por inviabilizar a realização de uma política mais efetiva para a saúde no Brasil, mas atentaria contra os princípios da

9 CARVALHEIRO, José R. **Os desafios para a saúde**. Estud. av., São Paulo, v.13, n.35, p.7-20 abr. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 ago. 2019.

universalidade e da integralidade, ao restringir o acesso à saúde a determinados grupos e a uma “cesta básica” de serviços.

Estudos acerca da trajetória do financiamento da saúde ao longo dos anos 1990 e 2000, revelam que houve uma intensificação dos conflitos por recursos financeiros para a implementação de uma política de saúde realmente universal, havendo dois movimentos contraditórios com impacto no financiamento da saúde: a “construção da universalidade” e a “contenção de gastos”¹⁰.

Para o movimento da contenção de gastos, a ampla gama de direitos introduzidos pela Constituição estaria entre as principais causas para os desequilíbrios nas contas do governo. Adeptos desse movimento propunham a redução dos gastos em saúde e questionavam a extensão da cobertura dos serviços.

Ocorre que a adoção desse pensamento levaria a uma conquista limitada do direito à saúde, em contrariedade ao disposto na Carta Magna¹¹, havendo risco de se alcançar a universalidade sem, no entanto, atingir-se a integralidade dos serviços de saúde.

Vê-se, com isso, que o problema da efetividade na aplicação dos princípios da universalidade e da integralidade originou-se junto com a tentativa de assegurar o direito à saúde a todos de forma integral; portanto, desde a promulgação da Constituição de 88.

De fato, alcançar a efetividade desses dois princípios para se garantir saúde para todos, em todos os níveis de cuidado, se mostra um grande desafio para o poder público, uma missão que envolve a superação de muitas dificuldades.

Segundo Bobbio (2004)¹², um dos entraves para a garantia de direitos é a concorrência existente entre eles. Reconhecer os direitos de alguns tem como consequência suprimir os direitos de outros. Para o autor, o direito à saúde, pertencente à classe dos direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos. O reconhecimento da saúde como um direito universal e integral teria como empecilho o desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

10 MENDES, A.; MARQUES, R.M. **Crônica de uma crise anunciada**: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro. In: Encontro Nacional de Economia Política, 14, 2009, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: https://fopspr.files.wordpress.com/2009/07/trabalho_cronica_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

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

12 BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004.

Essas limitações, apesar de existirem, não podem, contudo, servir de justificativa para que simplesmente não sejam aplicados os princípios da universalidade e da integralidade. É preciso encontrar um caminho que garanta o direito à saúde tal como ele é previsto na Constituição de 1988.

Assim, diante das muitas limitações que a população brasileira enfrenta para ter acesso à saúde da maneira como é previsto no artigo 196 da Constituição Federal, o Poder Judiciário passou a desempenhar relevante papel na efetivação do direito à saúde em sua integralidade, e as ações judiciais ganharam destaque no acesso ao direito à saúde em sua forma mais completa.

Em muitas situações, o Estado garante o direito à saúde pela via judicial, em cumprimento a determinações exaradas pelo Poder Judiciário, e isso, em parte, deve-se à falta de regras para a concessão do direito à saúde em sua integralidade.

A falta de regulamentação mais específica em temas de direito à saúde faz com que o Poder Judiciário, muitas vezes, preencha o vazio deixado pela ausência da norma.

Na tentativa de minimizar esses problemas, foi editada a Lei nº 12.401/11, que alterou a Lei nº 8.080/90. As alterações implementadas pela referida lei trouxeram regras para a assistência terapêutica integral, bem como previsão de restrições à incorporação de tecnologias em saúde.

Os artigos 19-M a 19-U, da Lei 8.080/90, incluídos pela Lei nº 12.401/11, contêm a definição do que se enquadraria como assistência terapêutica integral no âmbito da estrutura do SUS.

Fariam parte dessa assistência, em suma, a dispensação de medicamentos e produtos para saúde, em conformidade com diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico, ou com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, e a oferta de procedimentos terapêuticos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS. Houve também o estabelecimento de critérios para que sejam incorporadas novas tecnologias ao SUS.

Segundo estabelecido, deverão ser levadas em consideração, necessariamente as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso.

Além disso, deve haver a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Como se observa, essas alterações legislativas deram contornos limitadores para a abrangência do princípio da integralidade, mas essa limitação parte (ou deve partir) de parâmetros técnicos a serem adotados pelos gestores do SUS, parâmetros estabelecidos nas diretrizes terapêuticas e nas listas de serviços oferecidos ou remunerados pelo SUS.

Considerando que a garantia do direito à saúde depende de recursos escassos, essas limitações, desde que fundamentadas em critérios técnicos e científicos, se mostram importantes. O grande número de pessoas beneficiadas pelos serviços de saúde, somado ao encarecimento desses serviços, gerado pelo aumento do grau de complexidade tecnológica em saúde, elevaria sobremaneira os gastos públicos com esse direito fundamental.

Portanto, o estabelecimento de critérios, a exemplo das diretrizes estabelecidas por meio das alterações na Lei nº 8.080/90, incorporadas pela Lei nº 12.401/11, para o direcionamento dos gastos em saúde, bem como a imposição de limites para o controle de falta de cuidado ou até mesmo abusos em relação à aplicação desses recursos, apesar de limitarem, em certa medida, o princípio da integralidade, se mostram razoáveis para o equilíbrio dos gastos públicos com saúde e para que esse direito continue a ser assegurado ao maior número possível de pessoas.

3 ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS NA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE

3.1 EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A compreensão acerca da eficácia das normas constitucionais e sua efetividade tem relevante papel para entender como ocorre, na prática, o acesso ao direito à saúde no Brasil, visto ser esse direito parte dos direitos sociais prestacionais.

Direitos dessa categoria levantam o questionamento da necessidade ou não de prévia produção de normas legislativas para atuação estatal na sua prestação. Geram ainda discussões sobre a atuação do Poder Judiciário para garantir esses direitos, mesmo diante da escassez de recursos.

Segundo Barroso (1993)¹³, efetividade significa a realização do Direito, e o desempenho concreto de sua função social representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

As Constituições são criadas para serem autênticas normas jurídicas. Apesar disso, durante muito tempo, os textos constitucionais eram considerados como documentos que apresentavam meras exortações morais ao legislador, sem qualquer caráter vinculativo.

O Direito girava em torno das leis, em especial dos códigos, e as Constituições não eram, de fato, aplicadas, nem utilizadas pelos tribunais para limitar a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Esse fenômeno era comum no mundo todo, mas, em especial após a Segunda Guerra Mundial, mudanças foram acontecendo e as constituições passaram a ganhar força normativa.

No Brasil, essa mudança aconteceu mais recentemente. Embora o sistema jurídico brasileiro já possuísse instrumentos de controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, a cultura jurídica hegemônica brasileira não atribuía estatura jurídica às normas constitucionais.

13 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

As constituições continham direitos que quase nunca saiam do papel. O constitucionalismo brasileiro sofria de uma severa deficiência de efetividade, realidade que vem paulatinamente sendo alterada, desde o advento da Constituição de 1988.

Apesar de ainda existir uma significativa distância entre os valores constitucionais e a realidade, hoje, a cultura jurídica brasileira vê na Constituição Federal uma norma jurídica de elevado valor, que deve ser efetivada.

É diante dessa nova realidade que discutir o princípio da força normativa da Constituição se mostra plausível. Referido princípio se revelou presente ainda no próprio poder constituinte originário, em aparente reação à tradição jurídica nacional, que via de regra tornava a aplicação concreta dos ditames constitucionais sempre dependente de ulterior regulamentação em sede infraconstitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹⁴ foi consagrado pela Constituição de 88, na qual vemos a instituição de duas ações constitucionais que reafirmam o propósito de efetivação da Constituição: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão¹⁵ e o mandado de injunção¹⁶.

De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, deve-se dar preferência para a interpretação que confira maior efetividade à Constituição. Se uma norma constitucional possibilita mais de uma interpretação, cabe ao intérprete optar por aquela que produza maior efeito prático concreto.

Nesse sentido, a Constituição brasileira, em especial a partir das últimas décadas, ganhou força normativa e efetividade. Ao longo da tarefa interpretativa da Constituição de 1988 desde a sua promulgação até os dias atuais, por meio da extração de significado dos textos normativos, as normas constitucionais deixaram de ser meras integrantes de uma carta política e passaram a revestir-se de imediata aplicabilidade, muitas vezes por meio do judiciário.

14 CF, art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais **têm aplicação imediata**. (grifo meu)

15 CF, art. 103, §2º: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

16 CF, art. 5º, LXXI: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A partir dessa conquista de força normativa e efetividade, os direitos constitucionais de forma geral, e em especial os direitos sociais, passaram a ser direitos subjetivos em sentido completo, comportando tutela judicial específica.

Exemplo disso é o direito à saúde, alcançado muitas vezes por meio de decisões judiciais que autorizam um tratamento medicamentoso, uma cirurgia, vaga em um leito de UTI, etc.

No Brasil, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais pode ser atribuído, em grande medida, ao que se conhece como doutrina brasileira da efetividade, um movimento jurídico-acadêmico que buscou a superação da falta de determinação política em dar cumprimento à Constituição, objetivando tornar direta e imediata a aplicabilidade das normas constitucionais, com máxima extensão de sua força normativa. Sobre o tema, vejamos o que diz o professor Barroso (1993)¹⁷:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania. (grifo do autor)

Os direitos subjetivos previstos na Constituição, são, em regra, exigíveis de quem deva prestá-los, seja o Poder Público ou o particular. A cobrança pela aplicação desses direitos pode se dar via ações constitucionais e infraconstitucionais com previsão no ordenamento jurídico, o que faz com a concretização de muitos dos direitos contemplados na Constituição passe a depender do Poder Judiciário, que passa a ter relevante papel na aplicabilidade das normas constitucionais.

Entretanto, sabe-se que nem todas as normas, nem todos os direitos, podem ser aplicáveis em sua integralidade, uma vez que há situações em que ocorrem colisões entre

17 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

normas incidentes em um mesmo caso concreto, havendo a necessidade de se realizar uma ponderação entre elas para se chegar a uma solução, ensinamento que surge a partir de doutrinas conhecidas como pós-positivistas.

Nesse ponto, faz-se importante o estabelecimento de distinção entre normas e princípios, tema de especial relevância para a compreensão da necessidade de ponderação para a resolução de situações em que haja colisão entre normas, em especial das que contenham direitos fundamentais previstos em princípios constitucionais, que são normas de tessitura aberta.

Segundo Silva (2012)¹⁸, normas são preceitos que, por um lado, reconhecem ao indivíduo a escolha de suprir certos interesses, seja por meios próprios, seja por meio da exigência de que outro empreenda uma ação ou abstenção; e, por outro lado, as normas vinculam pessoas à exigência de que realizem uma prestação ou abstenção em prol de outra pessoa.

As normas podem ser divididas em regras e princípios. Para que haja vigência de um princípio não há necessidade de sua positivação, basta que haja seu reconhecimento, podendo-se extrair do ordenamento jurídico como um todo de forma implícita, a exemplo do Princípio da Proporcionalidade, retirado, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, do devido processo legal substantivo, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Destaque-se que não há contradição entre princípios, mas sim contraposição. Assim, diante de um conflito entre eles, faz-se um juízo de ponderação e aplica-se aquele mais adequado para o caso concreto, sem que se despreze o princípio que não foi utilizado naquele momento, que poderá incidir em outros casos concretos para os quais seja mais apropriado. Portanto, o princípio com menor relevância para o caso concreto não prevalecerá num caso específico; contudo, permanecerá válido e vigente para que possa incidir em outros casos.

Em suma, norma é o gênero a partir do qual regras ou princípios podem ser extraídos.

Quanto às regras, não se realiza juízo de ponderação porque ou elas estão vigentes no ordenamento jurídico, sendo de rigor, a sua aplicação quando o caso concreto se subsume ao comando legal, ou não estão vigentes, não havendo possibilidade de sua incidência.

18 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**; 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Já em relação aos princípios, há a necessidade de se realizar essa ponderação, o que não implica, como já registrado, em exclusão de um deles do ordenamento jurídico, apenas que, especificamente naquele caso concreto, um teve maior relevância e acabou prevalecendo sobre o outro.

As regras são denominadas de comandos definitivos. Uma regra só deixa de ser aplicada se for invalidada ou se outra regra a excepcionar. Esse é o entendimento do doutrinador alemão Alexy (2008)¹⁹:

(...) as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.

Já os princípios, são conhecidos como mandados de otimização, devendo ser concretizados na maior intensidade possível, levando-se em consideração os demais elementos jurídicos e fáticos presentes no caso concreto. Vejamos o que leciona Alexy (2008)²⁰ sobre o tema:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Os princípios abrigam direitos fundamentais e, numa ordem jurídica pluralista como a nossa, a Constituição, fruto de acordos entre as diversas forças políticas e sociais, acaba por conter valores e princípios aparentemente contraditórios, gerando tensões e eventuais choques entre eles, e a necessidade de serem equacionados pelos aplicadores do direito.

Essas colisões, não raras vezes, envolvem direitos *prima facie* e a necessidade de ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes. Situações dessa natureza são aplicáveis aos direitos sociais, os quais incluem o direito à saúde, que se sujeita, ainda, à

19 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

20 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, como a reserva do possível e as regras orçamentárias.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição são exigíveis, inclusive via ações judiciais. Não é incomum a necessidade de ponderação entre um direito fundamental e outro ou entre esses e princípios constitucionais. Em situações assim, esses direitos devem ser aplicados de forma a se preservar seu núcleo essencial.

A intervenção do Poder Judiciário poderá ser necessária quando um direito fundamental estiver sendo descumprido, em especial nos casos em que o mínimo existencial de um indivíduo estiver sendo afetado.

Porém, se, diante das colisões entre direitos e princípios, o legislador optar por ponderações razoáveis, via de regra, caberá ao Judiciário respeitá-las, em atenção ao princípio democrático, que rege o ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal possui várias normas que tratam diretamente da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte em garantir a efetividade das ações e programas nessa área, concretizando assim o direito à saúde para a população brasileira.

Todas as normas constitucionais possuem, em diferentes graus, eficácia jurídica, e, como nem sempre há acesso ao direito à saúde, essas normas podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais em que esteja em questão a realização desse direito.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais aumenta as chances de sucesso de concretização desse direito por via judicial. Todavia, há limites para tanto, pois em uma democracia inexistem direitos absolutos.

Com o grande crescimento dos direitos fundamentais, a falta de recursos do Estado para suprir todos eles passou a ser uma realidade limitadora da concretização desses direitos. Nesse contexto é que surge a reserva do possível, fenômeno que limita a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais, dentre os quais se enquadra o direito à saúde.

Dar aplicabilidade ao direito à saúde, extraído da norma constitucional sua eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos, é uma das dificuldades que o Estado precisa superar.

Com o objetivo de dar efetividade aos vários direitos sociais previstos na Constituição Federal, é preciso se chegar a melhor forma de aplicar o princípio da proporcionalidade e a reserva do possível, sem deixar de observar os princípios da universalidade e da integralidade.

Garantir os direitos fundamentais diante de recursos escassos leva o Estado, em algumas situações, a ter que enfrentar difíceis escolhas, visto que, diante da limitação de recursos para atender a múltiplas demandas, num universo de necessidades e exigências legítimas, ele é forçado a priorizar algumas em detrimento de outras.

Escolher certas demandas para serem atendidas faz com que outras o deixem de ser, pois quando se aloca recursos para um fim, inevitavelmente se retira de um orçamento que deveria atender a tantas outras finalidades. Para lidar com essa dicotomia é que se elaborou o conceito da reserva do possível.

A expressão “reserva do possível”²¹ surgiu a partir de decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1972, em caso que tratou da validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, visto que o número de vagas era menor que o de candidatos²².

Apesar de a Constituição alemã não garantir o direito à educação, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito de acesso ao ensino superior poderia afetar, de certa forma, a liberdade profissional, prevista no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã²³.

Destacou, todavia, que o direito a prestação positiva - no caso, a disponibilização de vagas nas universidades -, se encontrava sob a dependência da reserva do possível; portanto, o indivíduo só poderia exigir do Estado aquilo se pudesse razoavelmente exigir da sociedade.

Entendeu aquele tribunal que, garantir o direito a educação, era decisão primária do legislador, a quem caberia atender também a outros interesses da coletividade, de acordo com um único orçamento.

21 *Vorbehalt des Möglichen* em Alemão.

22 Caso conhecido como *Numerus Clausus*.

23 Constituição Alemã, art. 12 “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Esse conceito passou a ser utilizado em outras ordens jurídicas, visto que, administrar um orçamento para atender diversas demandas, é uma realidade que se apresenta universalmente, não sendo problema exclusivo de um país.

A ideia da teoria da reserva do possível pode ser desdobrada em três elementos: o fático, que está relacionado à efetiva existência de recursos necessários à satisfação do direito prestacional em jogo; o jurídico, que diz respeito à existência de autorização orçamentária, portanto legislativa, para que o Estado utilize os respectivos recursos; e o componente da razoabilidade da prestação, segundo o qual deve o Estado considerar todos os encargos que pesam sobre ele para escolher acerca da aplicação dos recursos.

Dos três elementos da reserva do possível, o que apresenta maiores desafios para o Poder Público é o fático, que decorre da realidade econômica do Estado.

Segundo leciona Daniel Sarmiento²⁴, esse elemento não pode ser encarado apenas frente a pretensões individuais demandadas em juízo, pois o atendimento ao direito de uma única pessoa dificilmente teria algum impacto significativo no universo dos recursos disponíveis de um ente público.

Em atenção ao princípio da igualdade, o Estado só deve conceder a um indivíduo aquilo que tenha condições de ofertar aos outros que estejam em situação idêntica. Portanto, o elemento fático da reserva do possível deve ser entendido como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada para todos que estiverem nas mesmas condições daquele que a pleiteou.

Os outros dois elementos, apesar de importantes, podem ser considerados mais simples. Não podem ser utilizados como justificativa para negar prestações que façam parte daquilo que é necessário para que o indivíduo tenha condições materiais básicas para uma vida digna, entendido também como o que se classifica como mínimo existencial.

O elemento jurídico, apesar de relevante, pois autorização legislativa para que o Estado efetue seus gastos é fundamental para a democratização e racionalização de sua atividade financeira, não pode obstar a garantia do mínimo existencial, que é pressuposto de uma democracia. Portanto, não haver previsão no orçamento para a realização de despesa necessária à satisfação do mínimo existencial não deve servir de justificativa para que sua

24 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

concessão em sede judicial seja negada. Esse entendimento é defendido pela maior parte da doutrina bem como pela nossa jurisprudência.

Quanto ao elemento razoabilidade da reserva do possível, também não pode servir de justificativa para negar a pretensão de uma pessoa que esteja buscando alcançar condições materiais básicas para uma vida digna. Acaso a pretensão não seja razoável, por certo ela não se insere no que se classifica como mínimo existencial.

Esses elementos, apesar de apresentados separadamente, possuem uma interligação. Nesse sentido, Sarmiento (2008)²⁵ defende que a reserva do possível no mundo fático deve ser compreendida como a ligação da efetivação dos direitos sociais frente à razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, considerando, ainda, os recursos financeiros Estatais disponíveis. O autor assevera:

Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontram em situação similar à do autor.

Ainda, para o referido autor, a reserva do possível é matéria de defesa para o Estado, e sendo assim estaria sob seu encargo o ônus de provar suas alegações. Confira-se:

(...) não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.

Assim, a aplicabilidade da reserva do possível deve considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão deduzida, qual seja, a efetivação de direitos constitucionais, e as possibilidades financeiras do Estado, sendo imprescindível motivação detalhada para justificar o não atendimento de necessidades essenciais do ser humano, com sua respectiva comprovação objetiva a ser realizada pelo Estado. Isso tudo sempre respeitando o mínimo existencial.

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE E EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

25 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

No Brasil, compete precipuamente aos Poderes Executivo e Legislativo escolher as políticas públicas que deverão ser implementadas pelo Estado. Ao primeiro por meio de iniciativa das leis orçamentárias bem como via planejamento público, decidindo quais planos e programas governamentais serão implementados; ao segundo, mediante a aprovação das leis orçamentárias.

Nesse sentido, via de regra, não poderia o Poder Judiciário se imiscuir na atividade discricionária do administrador em definir quais políticas públicas deverão ser executadas com o orçamento disponível.

Mas diante da dificuldade enfrentada pelo Estado no que tange à efetivação das políticas públicas, a sociedade busca no Poder Judiciário a realização de seus direitos sociais. Em decorrência disso vemos o aumento no número de processos judiciais envolvendo direitos consagrados na Constituição, e uma conseqüente tensão entre os Poderes da União, que, em tese, deveriam ser harmônicos entre si.

Essa situação gera, ainda, questionamentos acerca da possível violação do princípio da igualdade, visto que essa interferência ocorre quando algum indivíduo busca o Poder Judiciário para obrigar o poder público a concretizar algum direito seu, direito esse que também pertence a outros cidadãos que eventualmente estejam em mesma situação jurídica, e que não serão atendidos por não terem acesso ao Poder Judiciário.

O tema é controverso, mas é uma realidade no Brasil e reflexões sobre seus aspectos precisam ser feitas.

Em defesa da atuação do Poder Judiciário, registre-se decisão paradigmática proferida no Agravo Regimental nº 47 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em que afirma não haver ingerência do Poder Judiciário em questão envolvendo a discricionariedade do Poder Executivo, quando o Poder Judiciário determina a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas, em especial quando os direitos constitucionais que se fazem assegurar pela via judicial são revestidos de essencial fundamentalidade. Vejamos:

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse

domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os entes e órgãos estatais competentes (como os Municípios, p. ex.), por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...) Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Resulta claro, pois, que o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer, no caso concreto, controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional, sendo certo, ainda, que, ao assim proceder, o órgão judiciário competente estará agindo dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes, tal como tem sido reconhecido, por esta Suprema Corte, em sucessivos julgamentos (RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 543.397/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 556.556/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.): “8. Desse modo, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. (...)”

Observa-se no Agravo Regimental nº 47 menção à reserva do possível, mas no sentido de que esse instituto não pode ser usado pelo Estado como justificativa para se esquivar, propositadamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar prejuízos e até mesmo a negativa do exercício de direitos constitucionais fundamentais.

A ideia da reserva do possível é frequentemente destacada na jurisprudência pátria, isso ocorre desde sua menção pela primeira vez, no ano de 2004, na decisão monocrática, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, cujo relator foi também o

Ministro Celso de Mello. Na ocasião o Ministro utilizou o instituto em seus argumentos, embora relativizando, já de partida, a sua relevância, como no exemplo já citado. Vejamos:

(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, jul. 29/04/04).

Esses exemplos revelam que a utilização da reserva do possível como mecanismo limitador para a efetivação de direitos fundamentais, apesar de ser aceitável, deve ser seguida de comprovação de insuficiência de recursos financeiros para tanto, não deve servir de mera escusa do Poder Público para a não efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A reserva do possível ganhou destaque em decisões judiciais a partir do fenômeno de progressiva judicialização de políticas públicas, em especial com relação a casos envolvendo o direito à saúde.

Pouco tempo após a promulgação da nossa Constituição Federal, era impensável a tutela judicial de direitos dessa natureza. Argumentos como o caráter meramente programático das normas constitucionais e o consagrado princípio da separação de poderes serviam de barreira para que isso se concretizasse.

Assistimos nos dias atuais o resultado do reconhecimento da força normativa constitucional e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que refletem o papel central do Poder Judiciário na garantia e efetivação desses direitos.

Decisões judiciais de todas as instâncias condenando o Poder Público ao fornecimento de medicamentos e a ofertar tratamentos de saúde à população são comumente exaradas pelo judiciário brasileiro.

Essa mudança, sem dúvida, possui um lado positivo, mas também gera alguns questionamentos, em especial quanto à legitimidade democrática e à eficiência de um sistema de saúde em que muitos tratamentos acabam sendo garantidos a partir de decisões judiciais.

Como já abordado anteriormente, ter assegurado o direito à saúde por meio de acesso ao judiciário implica dúvidas sobre o respeito ao princípio da igualdade, em especial num país como o nosso, em que o acesso à justiça ainda é bastante assimétrico. Ademais, pode-se ainda questionar o fato de ficar a cargo do Poder Judiciário decisões que afetem a alocação de recursos para a implementação do direito à saúde.

Segundo atual entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acerca da implementação do direito à saúde por meio do Poder Judiciário, necessário diferenciar duas situações distintas: quando o pleito judicial estiver previsto nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou em outras normativas do SUS, e quando o tratamento médico ou medicamento não estão incorporados em atos normativos do SUS.

O acesso aos medicamentos essenciais constitui um dos eixos norteadores das políticas de medicamentos (Portaria GM nº 3.916/2008) e de assistência farmacêutica (Resolução CNS nº 338/2004).

Os medicamentos são a intervenção terapêutica mais utilizada e constituem uma tecnologia que exerce alto impacto sobre os gastos em saúde. Portanto, é fundamental ao Sistema Único de Saúde que o processo de sua incorporação esteja baseado em critérios que possibilitem a viabilidade de fornecimento de medicamentos a toda a sociedade, de forma segura e eficaz²⁶.

Assim, com fundamento no Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/90, a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde mantém uma lista de todos os medicamentos fornecidos pelo SUS, bem como delimita a responsabilidade pelo fornecimento dos mais variados fármacos para cada ente federado. Atualmente, esta lista está consolidada na Relação Nacional de Medicamentos - 2018 (estabelecida pela Portaria 3.733, de 22 de novembro de 2018).

Portanto, a Política Nacional de Medicamentos existe, e está bem posta; todavia, não tem sido bem executada pelo Poder Público. Faltam recursos humanos, planejamento, financiamento, ajustes entre os participantes do SUS, e observância das normativas

²⁶ **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename**. Disponível em: <http://portals.saude.gov.br/saude-de-a-z/renome>. Acesso em: 18 out. 2019.

relacionadas ao direito sanitário²⁷.

Assim, quando determinado tratamento médico encontrar-se previsto nas normativas do SUS (Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do SUS, Relação Nacional de Medicamentos do SUS, etc.), há entendimento pacífico de que, em caso de recusa do Estado, o Poder Judiciário pode – e deve – determinar o cumprimento dessas normativas – aliás, elaboradas pelo próprio Poder Público inadimplente – a fim de se garantir o direito a saúde do paciente.

Todavia, em caso de necessidade de disponibilização de medicamentos ou tratamentos médicos não regulamentados no âmbito do Sistema Único de Saúde, o entendimento é outro.

Com a finalidade de se conferir certa racionalidade e segurança jurídica para os casos de fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, determinados judicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, fixou a seguinte tese em Recurso Especial Repetitivo e, portanto, precedente vinculante, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil/15:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- 1) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo) (Info 625).

O entendimento acima não viola o princípio da separação dos Poderes. Isso porque uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles que se encontram previstos na Constituição Federal.

Assim, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça “*seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos*

27 FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger. **Direito à Saúde: Tutela Coletiva e Mediação Sanitária**. p. 267, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

*fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.*²⁸

É a posição também do STF:

(...) É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. (...) STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento de que o fato de o medicamento não integrar a lista básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais (STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 405.126/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 26/10/2016).

Pois bem, o primeiro requisito exigido pelo STJ foi o seguinte: “Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS”.

Sobre esse primeiro requisito, é importante que sejam feitas três observações:

Na I Jornada de Direito da Saúde, organizada pelo Conselho Nacional de Justiça, foi aprovado o enunciado 15 dizendo como deve ser este laudo médico. O STJ acolhe esse enunciado. Veja a sua redação:

Enunciado 15: As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

Sobre o tema, o STJ esclareceu, em embargos de declaração, que “o laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento”. STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633).

28 STJ. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2011).

A segunda observação é que este laudo médico não precisa ser assinado por médico vinculado ao SUS:

“(…) Ressalte-se, ainda, que não há no ordenamento, jurídico brasileiro qualquer exigência que condicione o fornecimento de medicamento à prescrição exclusivamente por médico da rede pública. (...)” (STJ. AgInt no REsp 1.309.793/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 07/04/2017).

Assim, o laudo deve ser emitido pelo médico que assiste o paciente, seja ele público ou privado.

Por fim, o laudo médico deverá comprovar duas circunstâncias. Primeiro, a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento pleiteado para o tratamento da doença. Ademais, deve consignar a ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Em outras palavras, o remédio pedido judicialmente deve ser imprescindível ou necessário e aqueles que existem no SUS não podem substituí-lo.

No mesmo sentido é o enunciado 14 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ: não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

O segundo requisito exigido pelo Superior Tribunal de Justiça para o deferimento de pedido de tratamento médico não previsto nas normativas do SUS é a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito.

Desse modo, o segundo requisito consiste na devida comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar.

E, finalmente, exige-se, também, que o medicamento seja registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Essa exigência decorre de imposição legal, tendo em vista o disposto no artigo 19-T, II, da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90):

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Fazendo uma interpretação teleológica do artigo 19-T, verifica-se que a intenção do legislador foi a de proteger o cidadão dos medicamentos experimentais, sem comprovação

científica sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento, a fim de assegurar o direito à saúde e à vida das pessoas.

4 CONCLUSÃO

As implicações da constitucionalização das políticas de saúde estão longe de serem triviais. De um lado, impõe aos técnicos em saúde pública princípios e limites legais que, antes, não estavam presentes, ou, quando estavam, não se revestiam da força de normas constitucionais. De outro, traz ao seio do mundo jurídico uma das mais complexas áreas de políticas públicas do Estado moderno.

Ademais, a concepção de serviços de saúde previsto na Constituição é ampla, incluindo ações de vigilância sanitária e epidemiológica; de saúde do trabalhador; de saneamento básico; pesquisa; controle de qualidade de alimentos e bebidas; e proteção do meio ambiente.

Outrossim, ao tempo em que o texto normativo constitucional estabelece que todos os entes federais possuem responsabilidade pela prestação de serviços de saúde, há uma complexa normatização para fins de distribuição dos mais variados serviços de saúde entre os entes federados, visando ao racionamento dos limitados recursos financeiros.

Dessa forma, conclui-se que os princípios da universalidade e da integralidade são normas jurídicas constitucionais que conferem verdadeiro direito subjetivo a todos aqueles que possuem conexão com o território brasileiro, e não meras indicações programáticas direcionadas ao Poder Público.

Todavia, a consideração de que tais princípios são normas jurídicas constitucionais não pode levar ao entendimento de que devem ser aplicados em qualquer circunstância.

Isso porque, na esteira do entendimento sufragado pelo professor alemão Alexy (2002), os princípios são mandamentos de otimização, que se caracterizam pela possibilidade de ser cumpridos em diferentes graus, vez que a medida de seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, salutar o estabelecimento de regras, pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo – e, portanto, vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário -, para que sejam deferidos os pleitos judiciais de medicamentos não inseridos nas normativas do Sistema Único de Saúde. Primeiro, porque garante o direito subjetivo à saúde ao cidadão, ainda que determinado tratamento médico não esteja previsto no SUS, vez que a fruição do direito constitucional à saúde não pode ser obstado por normas infralegais

estabelecidas pelo Poder Executivo.

Entretanto, o STJ estabeleceu requisitos mínimos para que o Poder Judiciário promova, *de per si*, o direito à saúde do cidadão, sob pena de, em caso de concessões judiciais destituídas de critérios racionais, inviabilizar-se o cumprimento das normativas sanitárias estabelecidas pelo SUS, o que resultaria no indesejado enfraquecimento da força normativa dos princípios constitucionais da universalidade e da integralidade no âmbito do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE JUNIOR, Gerson Jose de. **Princípio da integralidade no Sistema Único de Saúde (SUS)**: os desafios do legislador na tentativa de limitar, sem vulnerar, o direito a saúde. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n.5952. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64902>. Acesso em: 22 out. 2019.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **A teoria da reserva do possível e as políticas públicas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38524/a-teoria-da-reserva-do-possivel-e-as-politicas-publicas>. Acesso em: 20 out. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007, p. 49-54. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004.

BRASIL. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde. Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de

1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 28 abr. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei orgânica da saúde. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal; 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação**. Botucatu: Interface, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832012000100019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 ago. 2019.

CARVALHEIRO, José R. **Os desafios para a saúde**. Estud. av., São Paulo, v.13, n.35, p.7-20 abr. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 ago. 2019.

COSTA SILVA et al., 2010, COSTA e SILVA, Cristiane Maria; MENEGHIM, Marcelo de Castro; PEREIRA, Antônio Carlos; MIALHE, Fábio Luiz. **Educação em saúde: uma reflexão histórica de suas práticas**. Rio de Janeiro: Revista Ciência e Saúde Coletiva, vol. 15, n. 5, p. 2539-2550, agosto 2010.

CORREA, Carlos Roberto Silveira; RANGEL, Humberto de Araújo; SPERANDIO, Ana Maria Girotti. **Evolução das políticas públicas de saúde no Brasil**. (capítulo 4 do livro: Campinas no rumo das comunidades saudáveis). IPES Editorial, 2004. Organizadores: José Pedro Soares Martins e Humberto de Araújo Rangel.

FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger. **Direito à Saúde: Tutela Coletiva e Mediação Sanitária**. p. 267, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

JUNQUILHO, T. A. ; MONDONI, Marcell Stelzer . Direitos Sociais e Políticas Públicas I. In: Antonio Gomes de Vasconcelos; Sebastião Sérgio da Silveira; Julia Maurmann Ximenes. (Org.). **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: (IN)EXISTÊNCIA DE DIÁLOGO ENTRE AS PARTES..** 1ed. Florianópolis: , 2015, v. , p. 333-353.

LIMA, Flávia Daniella Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2177/em-busca-da-efetividade-dos-direitos-sociais-prestacionais>. Acesso: 20 out. 2019.

MARINHO, Josaphat. **A Constituição de 1934.** Brasília, ed.24, n.94, abr./jun. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181752/000431169.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 set. 2019.

MENDES, A.; MARQUES, R.M. **Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro.** In: Encontro Nacional de Economia Política, 14, 2009, São Paulo. **Anais.** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: https://fopspr.files.wordpress.com/2009/07/trabalho_cronica_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: Volume I.** 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf . Acesso em: 23 out. 2019.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores.** História, Ciências, Saúde –Rio de Janeiro: Manguinhos, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702014000100015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 set. 2019.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: Volume III.** 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10. Acesso em: 22 out. 2019.

1934 / Ronaldo Poletti. — 3. ed. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 162 p. — (Coleção Constituições brasileiras ; v. 3)

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição (1934)**. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. 3.reimpre. Belo Horizonte: Fórum, 2017.