

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL AND THE JURISPRUDENCE OF STF

Cláudia Elisabeth Bezerra Marques

Aluna do Curso de Direito das Faculdades Integradas Icesp-Promove de Brasília

Resumo: Trata-se de estudo teórico reflexivo que objetivou abordar os principais aspectos que envolvem a controversa judicialização da saúde no Brasil, entendida como atuação do Poder Judiciário para a efetivação de garantia constitucional. Inicialmente, delimita-se o conceito de saúde para posteriormente cotejar o direito à saúde como pressuposto do direito à vida. Em seguida, aborda-se o princípio da reserva do possível, relativo à escassez de recursos orçamentários e financeiros para a implementação da política pública de saúde no país. Por fim, busca-se explicar sobre a jurisprudência dominante acerca dos serviços em saúde em prol do cumprimento de preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Direito à saúde; Reserva do possível; Ativismo judicial.

Abstract: It is a theoretical reflective study that aimed to address the main aspects that involve the controversial judicialization of health in Brazil, understood as the Judiciary's action to ensure constitutional guarantee. Initially, the concept of health is delimited to later compare the right to health as a presupposition of the right to life. Next, the principle of the reserve of the possible, relative to the scarcity of budgetary and financial resources for the implementation of the public policy of health in the country, is approached. Finally, we seek to explain the dominant jurisprudence about health services in order to comply with constitutional precepts.

Keywords: Law to health; Reservation of the possible; Judicial activism.

Súmario: Introdução. 1. O conceito de saúde. 2. O direito à saúde no Brasil. 3. Princípio ou cláusula de reserva do possível. 4. Políticas e orçamentos públicos em saúde. 5. Supremo Tribunal Federal. 5.1. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. 5.2. Jurisprudência sobre direito à Saúde. Considerações finais. Referências.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal tem participado ativamente em políticas públicas brasileiras, em especial a saúde, na medida em que é incitado, transformando-se em efetivo poder político, em cotejo ao Legislativo e ao Executivo.

A obrigação do Estado pela prestação da saúde é preceito constitucional. Assim, o poder Judiciário ao tutelar a garantia ao direito à saúde, por vezes excede suas funções constitucionais concedendo pedidos de jurisdicionados em detrimento aos demais cidadãos não alcançados pelas decisões.

Essas deliberações incrementam o gasto público, colidindo com princípios orçamentários, confrontam o instituto da separação dos poderes e, por vezes, afrontam valores basilares do estado democrático de direito, tal como a igualdade.

A evolução do entendimento sobre o tema pela egrégia Corte suprema é abordada neste trabalho de forma sintética, perpassando anteriormente sobre o conceito de saúde; direito à saúde no Brasil; princípio ou cláusula de reserva do possível; políticas e orçamentos em políticas públicas em saúde.

O dilema que se descortina é encontrar a justa medida, para que o Judiciário não seja inerte, mas também não substitua a atividade das partes e extrapole suas funções previstas na Constituição Federal.

1. O conceito de saúde

A visão da saúde percebida como ausência de doença é largamente difundida no senso comum, mas não está restrita a esta dimensão do conhecimento. Essa ideia é afirmada pela medicina e tem orientado grande parte das pesquisas e da produção tecnológica em saúde, em especial aquelas relativas aos avanços na área de diagnóstico (Fonseca, 2007, p. 51).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948, adotou o conceito de saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Esse conceito evidencia uma tentativa de superar a visão negativa da saúde propagada pelas instituições médicas, porém é suscetível a várias críticas.

O conceito é utópico e inatingível, pois nenhum ser humano, individualmente ou coletivamente, será totalmente saudável ou totalmente doente. Ao longo de sua existência, viverá condições de saúde/doença, de acordo com suas potencialidades, suas condições de vida e suas respectivas inter-relações.

Desse modo, a compreensão de saúde apresenta grau de subjetividade associado à determinação histórica, na medida em que indivíduos e sociedades consideram ter mais ou menos saúde em função do momento, do referencial e dos valores que atribuam a uma dada situação.

Caponi (1997, p. 300), com base nas reflexões de Canguilhem e Foucault contrapõe o enunciado da OMS:

O que chamamos de bem-estar se identifica com tudo aquilo que em uma sociedade e em um momento histórico preciso é valorizado como ‘normal’ (...) Para Canguilhem, as infidelidades do meio, os fracassos, os erros e o mal-estar formam parte constitutiva de nossa história e desde o momento em que nosso mundo é um mundo de acidentes possíveis, a saúde não poderá ser pensada como carência de erros e sim como a capacidade de enfrentá-los.

Portanto, a evolução do conceito de saúde está associada primeiramente à busca pelo restabelecimento do estado vital inicial do indivíduo, do qual doença(s) o afastou até o deslinde, com a busca pelo bem-estar intrinsecamente relacionado com o desenvolvimento de planos sócio-econômico-político-histórico-culturais para o indivíduo e a coletividade, em geral amparados por direitos positivados.

2. O direito à saúde no Brasil

A saúde é considerada bem intangível, digna de receber a tutela protetiva estatal, por ser indissociável ao direito à vida. Logo, integra o rol dos direitos sociais, também chamados de direitos de segunda dimensão, caracterizados por outorgar ao indivíduo direitos a prestações estatais específicas, tais como: saúde, educação, trabalho. Para isso, o direito à saúde demanda uma atuação positiva do Estado para sua realização (Pereira, 2010, p. 10).

A Assembleia Nacional Constituinte, refletindo o momento histórico de transições políticas e dialéticas de temáticas variadas de interesse do povo, trouxe ao texto constitucional no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o “Capítulo II – Dos Direitos Sociais”, o “Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988a, grifo nosso).

O Direito à Saúde, então, se qualifica como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representando, conseqüentemente, preceito constitucional indissociável do direito à vida, e a uma vida digna.

O art. 23 da Constituição Federal dispõe: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]” (Brasil, 1988a, grifo nosso).

Dessa maneira, todos os entes federativos, em suas respectivas esferas administrativas têm dever de prover adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros (Ordacgy, 2014).

E ainda o “Título VIII – Da Ordem Social”, a “Seção II – Da Saúde”, o art. 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.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu o direito à saúde como um serviço de relevância pública (art. 197), que se caracteriza como essencial para o exercício de outros direitos (Asensi, 2010, p. 17).

Desta forma, a partir da Carta Magna de 1988, a saúde passou a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. Essa norma constitucional tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado brasileiro. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, ocasionando em ofensa a preceito constitucional (Silva, 2014, p. 5).

Verifica-se que a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar inteiramente integrada às políticas públicas governamentais (Ordagcy, 2014).

O direito à saúde é classificado como norma de eficácia limitada, ou seja, são normas que não produzem todos os seus efeitos de imediato, necessitando de norma infraconstitucional para regulamentar seu conteúdo (Lenza, 2014, p. 255).

Nesse sentido, a Lei nº 8.080/1990 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a organização do Sistema Único de Saúde, regulamentando de forma eficaz a garantia do cidadão ao direito constitucional à saúde.

Essa lei, também, dispõe acerca da complexidade do tema, a ser implementada por meio de políticas públicas, expresso no caput do art. 3º:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Outros dispositivos constitucionais tratam sobre o tema saúde, demonstrando a preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar efetividade às atividades e programas nessa área social. Destaca-se a Emenda Constitucional nº 29/2000, estabelecendo

que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, IV).

A Lei Complementar nº 141/2012 regimenta a Emenda Constitucional nº 29/2000, trazendo como objetivo regulamentar: “o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde”; estabelecendo “os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo”; além de revogar dispositivos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993.

Em suma, as normas constitucionais possuem graus diferenciados de eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões em que o objeto da lide seja relacionado ao direito à saúde.

Nesse diapasão, o cumprimento de determinações judiciais enfrenta limitações decorrentes da escassez de recursos financeiros do Estado, face às crescentes demandas da sociedade por políticas públicas, nas suas mais diversas formas.

Por conseguinte, a efetivação dos direitos sociais está condicionada à capacidade institucional, administrativa, organizacional e, em especial, financeira do Estado, além da denominada cláusula da Reserva do Possível.

3. Princípio ou cláusula de reserva do possível

A concepção da Teoria da “Reserva do Possível” teve origem na Alemanha, em especial a partir da década de setenta do século passado. A Corte Constitucional Alemã proferiu célebre decisão que marcou a aplicação dessa teoria, conhecida como o caso “*numerus clausus*”, dado que discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs (Ávila, 2014).

In casu, a demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique, em função da limitação de vagas em cursos superiores na Alemanha, na época, se fundamentou no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (Ávila, 2014).

A Corte compreendeu que o direito à prestação positiva (aumento do número de vagas na universidade) se encontra adstrita à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional, da sociedade, ou seja, respaldando-se na razoabilidade da pretensão frente às necessidades da sociedade (Ávila, 2014).

O princípio ou cláusula da reserva do possível em essência, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação (Mânica, 2007).

Note-se que esse princípio não é absoluto, ao contrário deve ser equacionado com o princípio que assegura o mínimo existencial, devendo, para tanto, pautar-se nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade (Rangel, 2014).

No direito pátrio, o Estado somente poderá inviabilizar a concessão de determinada prestação de serviço, em sede de direitos sociais constitucionalmente tutelados, quando este lograr êxito em comprovar, por intermédio de elementos objetivos, a impossibilidade financeira de executá-la (Grau, 1993, p. 141).

4. Políticas e orçamentos públicos em saúde

A política pública de saúde definida na Constituição Federal de 1988 é regulamentada por um rol de normativos infraconstitucionais, em especial pela Lei nº 8.080/1990, que estabelece as ações e os serviços públicos de saúde formando uma rede e constituindo um único sistema (Sousa e Batista, 2012).

De acordo com essa lei, são objetivos e atribuições do SUS: a assistência às pessoas, a vigilância epidemiológica, a vigilância sanitária, a saúde do trabalhador e a assistência farmacêutica. Entende-se por assistência às pessoas, a atenção à saúde, em tudo que envolve o ser humano, como as ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação.

O Estado atua positivamente para a efetivação do direito à saúde, no âmbito do SUS, por meio de políticas públicas, associadas à previsão e à execução do orçamento disponível.

De acordo com Bucci (2006, p. 135), “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Por sua vez, Allan D. Manvel (1944, *apud* Giacomani, 2003, p. 67) conceitua o orçamento como “um plano que expressa em termos de dinheiro, para um período de tempo definido, o programa de operações do governo e os meios de financiamento desse programa”.

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988 recepciona a Lei nº 4.320/1964, que estabelece normas gerais de direito financeiro que possibilitam a formação de sistema orçamentário, composto por Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Orçamento Anual (LOA).

Esses instrumentos passam a constituir o processo de planejamento orçamentário a curto e médio prazo, os quais possibilitam uma avaliação contínua dos objetivos e das metas previstas pelos planos de governo e criam condições para o avanço da qualidade e da eficiência das ações programadas (Chaves, 2008, p. 16).

Atendendo ao processo de descentralização, a Constituição Federal de 1988 definiu que o financiamento da saúde seria proveniente de recursos oriundos do orçamento da seguridade social dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

A partir da promulgação da Constituição Federal, a estrutura de gastos com saúde que era centralizada em nível federal passa a ser descentralizada progressivamente por meio do SUS. Desse modo, a participação federal nos gastos públicos com saúde tem reduzido ao longo dos anos, conforme demonstra a Tabela 01.

Tabela 01. Participação percentual nas despesas públicas em saúde segundo esfera de governo no Brasil durante o período de 1980-2008 (Conass, 2011, p. 68).

ANO	UNIÃO	ESTADOS	MUNICÍPIOS
1980	75,0	17,8	7,2
1985	71,7	18,9	9,5
1990	72,7	15,4	11,8
1995	63,8	18,8	17,4
2000	58,6	20,2	21,2
2001	54,6	22,9	22,6
2002	52,1	22,6	25,3
2003	50,1	24,5	25,4
2004	49,2	26,1	24,7
2005	48,2	25,5	26,3
2006	46,7	26,3	27,0
2007	45,8	26,9	27,3
2008	43,5	27,6	29,0

Obs.: 1980 a 1990 - Despesa total com saúde. 1995 - Gasto público com saúde, excluindo inativos e dívida e acrescenta gastos com saúde, exceto os destinados a servidores públicos de outros órgãos federais. 2000 a 2001 - despesas empenhadas. 2002 a 2003 - despesas líquidas. A partir de 2004 - despesas empenhadas, sendo deduzidos os restos a pagar sem disponibilidade financeira e os restos a pagar com disponibilidade financeira do exercício anterior cancelados no exercício considerado.

Nota-se que, no início da década de oitenta do século passado, a União era responsável por mais de 70% do gasto público com saúde passando a menos de 45%, no ano de 2008 (Conass, 2011. p. 68).

A assistência farmacêutica vem sendo implementada, no âmbito do SUS, de forma articulada pelos municípios, estados e União por meio da criação do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica - Ceaf e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename, por meio de critérios que possibilitem acesso à população a medicamentos mais seguros, eficazes e de custo-efetivos (Brasil, 2010).

No entanto, a atuação do poder Judiciário nessas políticas públicas, quando instado a se manifestar, mesmo nos limites dos pedidos formulados gera despesas públicas.

Desse modo, para ilustrar o impacto orçamentário da política pública da saúde, no âmbito da União, Pereira (2010, p. 18) apresenta análise da evolução de gastos com medicamentos pelo Ministério da Saúde, tomando como base o orçamento dessa pasta, no período de 2003 a 2009.

Dessa análise, resultou que foram gastos com medicamentos R\$ 1,69 bilhões em 2003 e R\$ 3,45 bilhões em 2009, ou seja, um incremento líquido (descontada a inflação do período) de mais de 100% em sete anos. Considerando que o orçamento do Ministério da Saúde aumentou em aproximadamente 17%, no mesmo período, constata-se que outras ações e programas desse mesmo órgão tiveram que ter redução em seus orçamentos (Pereira, 2010, p. 20).

Muito embora tenha ocorrido a elevação desses gastos, o Ministério da Saúde não teve redução no desembolso financeiro com a aquisição de medicamentos decorrentes de ações judiciais, conforme Tabela 02 (Pereira, 2010, p. 24).

Tabela 02. Gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos (PEREIRA, 2010, p. 24).

ANO	GASTO (em R\$ milhões)	Nº de AÇÕES JUDICIAIS
2009	83,2	1.780
2008	47,6	2.006
2007	15,0	2.979
2006	7,0	2.625
2005	2,5	387

Portanto, fica demonstrado o incremento da judicialização na política de fornecimento de medicamentos, com o respectivo impacto no orçamento do Ministério da Saúde.

Barroso (2009) diferencia ativismo judicial de judicialização. Essa representa a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal (STF), em ações de repercussão política e social, em detrimento das instâncias tradicionais: Congresso Nacional e poder Executivo. Por outro lado, o ativismo judicial acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis, por meio da interpretação extensiva da Constituição, expandindo seu sentido e alcance.

Enfim, ambas as situações se caracterizam, em menor ou maior intensidade, pela participação do Judiciário, notadamente o STF, na concretização dos valores e fins constitucionais, tais como os direitos fundamentais e os valores e procedimentos democráticos.

5. Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão do poder Judiciário, com competência precípua da guarda da Constituição Federal, conforme definido em seu art. 102.

Tal tribunal originou-se no Império, denominando-se Supremo Tribunal de Justiça. A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 instituiu entre outras competências o controle da constitucionalidade das leis ao STF (2014a).

Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro (Brasil, 1988a).

Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (Brasil, 1988a).

E, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (Brasil, 1988a).

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Brasil, 2004b).

5.1. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

O recurso extraordinário é instrumento instituído por meio do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, utilizado quando houver ofensa a norma da Constituição, contra de outros tribunais, em única ou última instância (Brasil, 1988a).

A repercussão geral em recursos extraordinários é o requisito de admissibilidade, regulamentado pelo Código de Processo Civil (CPC) e o Regimento Interno do STF.

O art. 543-A, § 1º, do CPC, dispõe que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. (Brasil, 1973).

Logo, caso não haja a repercussão geral no tema apreciado, no caso concreto, o mérito do recurso não será analisado. Caso contrário, a decisão proferida possui eficácia vinculante, contribuindo decisivamente para a realização da unidade do Direito e racionalização da atividade judicial no país (Reinert, 2011).

A importância da repercussão geral, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, repousa no fato de se almejar celeridade durante a fase processual, evitando número excessivo de recursos.

Nesse contexto, em pesquisa à página eletrônica do STF foram recolhidas as seguintes ocorrências (Tabela 03) de recursos extraordinários tidos como de repercussão geral sobre a temática da judicialização do direito à saúde e reserva do possível.

Tabela 03. Recursos extraordinários julgados como de repercussão geral sobre judicialização do direito à saúde (STF, 2014).

RE	TEMA	TÍTULO	RELATOR
566471 RN	06	Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.	Min. Marco Aurélio
607582 RS	289	Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.	Min. Ellen Gracie
657718 MG	500	Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.	Min. Marco Aurélio
684612 RJ	698	Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta.	Min. Cármen Lúcia

De acordo com dados divulgados em Estatísticas e Relatórios sobre Repercussão Geral, na página eletrônica do STF, o tema nº 06 é sétimo com maior número de processos sobrestados. Ou seja, 17.593 processos aguardam julgamento de mérito nos tribunais de origem em função da decisão de mérito pendente do *leading case* relativo ao recurso extraordinário 566471 RN. Isso equivale a 2,54% de todos os processos que foram reconhecidos como de repercussão geral e não foram objeto de julgamento de mérito.

O reconhecimento da repercussão geral nessa matéria, pelo STF, possibilita trazer a baila o dilema enfrentado ao se subjetivar direitos sociais, especialmente, exigindo judicialmente do Estado prestação positiva de garantia coletiva, apropriada individualmente, em detrimento das políticas públicas e interesses sociais relevantes.

5.2. Jurisprudência sobre direito à saúde

O Supremo Tribunal Federal (STF), em matéria de direitos sociais e a reserva do possível, em especial, ao direito à saúde tem consolidando novo entendimento, a partir de decisões proferidas, relativas, especialmente, à aquisição de medicamentos (Vieira, 2008; Wang, 2008).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF (ADPF 45/DF), julgada em 29/04/2004, pelo Ministro Celso de Mello, entendeu que o argumento de falta de recursos financeiros a (reserva do possível) “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”. E mais, afirmou que “é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas”, mas de agir quando desrespeitadas, em razão de inefetividade por ação ou omissão do poder Executivo (STF, 2004b).

Nesse contexto, todas as decisões proferidas pela egrégia Corte concediam o medicamento ou o tratamento solicitado pelo impetrante, sem haver registro de voto divergente, ou seja, a cláusula de reversa do possível não era argumento válido para impedir a obrigação de fazer imposta ao Estado até a análise de mérito da suspensão de tutela antecipada, STA 91/AL, julgado em 26/02/2007 (Wang, 2008).

Nessa ocasião, a Ministra Ellen Gracie reconheceu que a norma do art. 196 da Constituição, ao assegurar o direito à saúde, “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas” (STF, 2007c).

Portanto, com intuito de aclarar o entendimento em torno dos dilemas que envolvem as questões relativas ao tema no Brasil e inspirado no modelo de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (Häberle, 1997, p. 13), o então presidente do Supremo, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou Audiência Pública nº 4, realizada em 27, 28 e 29 de abril, e 04, 06 e 07 de maio de 2009, com participação de cinquenta especialistas em ramos distintos da saúde (STF, 2014d).

Assim, o então Presidente do STF entendeu "necessário 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" (STF, 2009e).

Após a audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela Antecipada (STA) nº 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança nº 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) nº 47 (Valle e Camargo, 2011, p. 13).

O critério de análise do relator foi o da necessidade, no sentido de que o caso concreto deve ser avaliado de acordo com suas especificidades, buscando conciliar a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a objetiva do direito à saúde (STF, 2009f).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou Fórum do Judiciário para a Saúde, em 2010, introduzindo a discussão sobre o tema neste conselho, a partir dos resultados obtidos na Audiência Pública nº4 promovida pelo STF, no ano anterior (CNJ, 2014a).

A partir de então o CNJ instituiu grupo de trabalho que culminou na aprovação da Recomendação nº31, de 30 de março de 2010, para orientar os tribunais na adoção de medidas que assegurem maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (CNJ, 2010b).

A Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, instituiu Fórum Nacional Judiciário para monitoramento e acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, por meio de dados estatísticos obtidos com auxílio de sistema eletrônico (CNJ, 2014c).

Em pesquisa à "Jurisprudência" na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, observa-se a maior ocorrência de registros que se relaciona às ações para disponibilização de medicamentos, em geral, de alto custo para tratamento de doenças crônicas como diabetes, hepatite e cânceres.

Em geral, a corte suprema brasileira tem cristalizado entendimento pelo indeferimento para as demandas por tratamentos em fase experimental no país e no exterior, o fornecimento de remédios não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, bem como a aquisição imediata de medicamentos no exterior sem licitação e medicamento com o mesmo fármaco oferecido Sistema único de Saúde - SUS, mas de outra marca (Carvalho, 2010).

Considerações finais

O presente artigo buscou apresentar análise reflexiva sobre a evolução da postura do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, no tema direito à saúde, por meio da judicialização, que é considerada, por alguns, como ingerência desse Poder em assuntos outrora exclusivos dos demais poderes.

Por outro lado, defender os princípios constitucionais é competência e atribuição do judiciário, particularmente, do Supremo Tribunal Federal, que tem consolidado entendimento sobre as decisões a serem proferidas ao longo dos anos.

Em geral, os aspectos mais polêmicos dos processos judiciais são as imposições ao SUS para pagar medicamentos de alto custo, por vezes de eficácia questionável para doenças crônicas como cânceres, hepatites, diabetes.

Nesse cenário, o Judiciário organizou fóruns judiciais com especialistas da saúde pública para orientar as decisões dos magistrados, e o Ministério da Saúde formulou e aprovou legislação que disciplina, por exemplo, a assistência farmacêutica no âmbito do SUS.

Isso auxilia na convergência de entendimentos para se responder às controvérsias sobre o tema da judicialização do direito à saúde no país, porém longe de se alcançar uma solução definitiva sobre os limites da atuação dos órgãos jurisdicionais brasileiros.

No entanto, ressalta-se que o Judiciário não pode substituir a implementação das políticas públicas por dois motivos: não é sua função típica e não possui o aparelhamento estatal, tampouco capacidade técnica para auxiliar os magistrados.

Enfim, esse trabalho não esgota a discussão sobre o tema. Espera-se que haja incentivos ao fortalecimento do diálogo entre os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo em prol do sistema dos Freios e Contrapesos, consolidação do Estado Democrático de Direito e acesso ao direito fundamental à saúde para toda a população brasileira, observando o princípio da isonomia.

Referências

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. *Teoria da reserva do possível*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 13 set. 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2010. 17 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, 71-91, jan/mar., 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde*. Diário Oficial da União. 14 set. 2000; Seção 1, p. 1.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências*. Diário Oficial da União. 31 dez. 2004; Seção 1, p. 9.

BRASIL. *Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências*. Diário Oficial da União. 16 jan. 2012; Seção 1, p. 1.

BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. Diário Oficial da União. 23 mar. 1964; Seção 1, p. 2745.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. 17 jan. 1973; Seção 1, p. 1.

BRASIL. *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. 20 set. 1990; Seção 1, p. 18055.

BRASIL. *Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências*. Diário Oficial da União. 28 jul. 1993; Seção 1, p. 10573.

BRASIL. *Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Coleção de Leis do Brasil. v. 6, p. 1365. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=D EC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a justiça federal.* Coleção de Leis do Brasil. v. 10, p. 2744. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=D EC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Histórico.* Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF.* A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 12 set. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública nº 04 de 2009.* Convocada em 5 de março de 2009, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde: Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 18 set. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão de Tutela Antecipada 91/AL - STA 91/AL.* O Estado de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7, que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&incidente=2466232&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE - STA 175/CE.* Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros

para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Brasília: STF, 2009. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=175&classe=STA&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. (atualizado até junho de 2014). Brasília: STF, 2014. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_rsao_eletronica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. *Ministério da Saúde. Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*. Série B. Textos básicos de saúde. Brasília, DF, 2010. Disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/livro-da-excepcionalidade-as-linhas-de-cuidado-o-ceaf.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fórum do judiciário para a saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em: 30 out. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde*. Diário da Justiça, nº 61/2010. 7 abr. 2010. 4 p. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 31 out. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde*. Diário da Justiça, nº61/2010. 7 abr. 2010. 6 p. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 30 out. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *O financiamento da saúde. Coleção para entender a gestão do SUS*, livro 2. CONASS. Brasília, DF, 2011. p. 68. Disponível em: <http://www.conass.org.br/colecao2011/livro_2.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. 135 p.

CAPONI, Sandra. *Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud*. História, Ciências e Saúde. Manguinhos, IV(2): 287-307, jul-out., 1997. 300 p.

CARVALHO, Luiza de. *STF começa a definir regras para custeio de medicamentos*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Jabaquara, São Paulo, 18 mar. 2010. Valor Econômico - Legislação & Tributos. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/jabaquara/noticias/stf-comeca-a-definir-regras-para-custeio-de>>. Acesso em: 12 set. 2014.

CHAVES, Adriana Ferraz. *Os instrumentos orçamentários e o planejamento de saúde*. Salvador, UFBA, 2008. 16 p.

FONSECA, Angélica Ferreira; CORBO, Anamaria D'Andrea. *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. 51 p.

GIACOMANI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2003. 67 p.

GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública – Conflitos entre princípios e eficácia das regras jurídicas – O princípio da sujeição da Administração às decisões do poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. Parecer. Revista Trimestral de Direito Público 2, 1993. 141p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 13 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 255 p.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, MG, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 13 set. 2014.

PEREIRA, Delvechio de Souza. *O orçamento público e o processo de judicialização da saúde*. Brasília: TCU/SOF/CGU, 2010. 10 p.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *O Princípio da Reserva do Possível em sede de Direito Administrativo e sua Jurisprudencial Reconstrução*. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, ano XIII, n. 1164, mai. 2014.

REINERT, Larissa Friedrich. *A repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10677>. Acesso em: 15 out. 2014.

SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 12 set 2014.

SOUSA, Rafael da Cruz e BATISTA, Francisco Eduardo Bastos. *Política pública de saúde no Brasil: História e perspectivas do Sistema Único de Saúde – SUS*. Palmas: VII CONNEPI, 2012.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do e CAMARGO, João Marcos Pires. *A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS*. Revista de Saúde Pública, São Paulo, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Revista Direito GV, São Paulo, 4(2), p. 539-568, jul/dez. 2008.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 15 de dezembro de 2014.
Aprovado em 17 de setembro de 2017. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.