

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**BRENTON RAFAELO MACEDO NEVES**

**O EMBATE DO PÚBLICO “VERSUS” PRIVADO: Limitações da  
Judicialização no Tocante às Ações de Prestações de Saúde por parte do  
Estado.**

**CARUARU**

**2019**

BRENTON RAFAELO MACEDO NEVES

**O EMBATE DO PÚBLICO “VERSUS” PRIVADO: Limitações da  
Judicialização no Tocante às Ações de Prestações de Saúde por parte do  
Estado.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Coordenação do núcleo de trabalhos de conclusão  
de curso, do Centro Universitário Tabosa de  
Almeida (Asces-Unita), em requisito parcial para a  
aquisição de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Msc. Felipe d’ Oliveira Vila  
Nova.

CARUARU

2019

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Presidente: Prof. Msc. Felipe d' Oliveira Vila Nova

---

Primeiro Avaliador:

---

Segundo Avaliador:

## RESUMO

O presente artigo apresenta uma breve discussão acerca da importância do direito à saúde para os indivíduos, bem como as possíveis consequências negativas de sua judicialização. Nesse diapasão, discute-se os impactos nas políticas governamentais causadas por meio de desvio orçamentário, privilegiando àqueles que têm acesso à justiça, em detrimento da população em geral. Assim, há uma reflexão acerca da real finalidade a ser alcançada pelo Poder Público na judicialização dessa pretensão jurídica, a fim de evitar uma distorção das atuações estatais, no tocante à inobservância da universalidade e igualdade no acesso as ações e serviços públicos de saúde, de tal sorte que não haja uma sobreposição do interesse particular em detrimento do interesse público. Por conseguinte, analisa-se a ponderação do interesse público primário e secundário para legitimar atuação do Estado juiz em suas atividades jurisdicionais. Todos esses aspectos são debatidos através de uma pesquisa exploratória com análise bibliográfica, por meio do problema gerado com o excesso de demandas judiciais do direito, confrontando os princípios jurídicos envolvidos, na tentativa de promover a efetivação da saúde a todos os cidadãos. Por fim, a pesquisa analisa os dispositivos normativos constitucionais e legais relacionados ao tema, bem como o posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores na tentativa de lançar luzes a complexidade das questões envolvidas, bem como a necessidade na definição de novos critérios, os quais imponham à Administração o dever de envidar todos os esforços possíveis na garantia do direito fundamental ao indivíduo, sem que, para isso, sejam desrespeitados os limites orçamentários, os quais devem ser preservados para efetivação da saúde coletiva.

Palavras chave: Direito à Saúde. Judicialização. Interesse Público.

## ABSTRACT

This article presents a brief discussion about the importance of the right to health for individuals, as well as the possible negative consequences of their judicialization. In this context, we discuss the impacts on government policies caused by the diversion of public funds, privileging those who have access to justice, to the detriment of the population in general. Thus, there is a reflection about the real purpose to be achieved by the State in the judicialization of this legal claim, in order to avoid a distortion of state actions, regarding the nonobservance of universality and equality in access to public health actions and services, such that there is no overlap of private interest to the detriment of the public interest. Therefore, it is analyzed the consideration of the primary and secondary public interest to legitimize the State's performance in its jurisdictional activities. All these aspects are debated through an exploratory research with bibliographical analysis, through the problem generated by the excess of legal demands of the law, confronting the juridical principles involved, in the attempt to promote the effectiveness of health to all citizens. Finally, the research analyzes the constitutional and legal normative devices related to the subject, as well as the positioning of the jurisprudence of the superior courts in an attempt to shed light on the complexity of the issues involved, as well as the need to define new criteria, which impose the Government the duty to make every possible effort in guaranteeing the fundamental right to the population, without, for that, disrespecting the budgetary limits of public funds, which must be preserved for the effectiveness of collective health.

Keywords: Right to Health; Judicialization; Public interest.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO x INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO.....</b>	<b>9</b>
<b>3. MÍNIMO EXISTENCIAL x RESERVA DO POSSÍVEL .....</b>	<b>12</b>
<b>3.1 A importância da noção do mínimo existencial e a dignidade da pessoa         humana .....</b>	<b>13</b>
<b>3.2 A reserva do possível e o desvio de recursos orçamentários .....</b>	<b>14</b>
<b>4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....</b>	<b>17</b>
<b>4.1 Direto à saúde no Brasil.....</b>	<b>18</b>
<b>4.2 O processo de judicialização da saúde e possíveis prejuízos à saúde         coletiva.....</b>	<b>20</b>
<b>4.3 A jurisprudência do STJ e a necessidade de outros critérios para concessão         de medicamento.....</b>	<b>21</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>27</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>29</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro trata a saúde como um direito fundamental social, por meio de um regime jurídico-constitucional em um estado democrático de direito fundamentado na dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, destaca-se a importância do mínimo-existencial, da igualdade e da liberdade na busca pela concretização desse direito.

O acesso à justiça é amplamente garantido aos cidadãos, por meio de princípio vigente no ordenamento jurídico pátrio, o qual encontra guarida em dicção expressa no art. 5º, XXXV, da Carta Magna brasileira. Sendo assim, o Poder Judiciário é visto pelos cidadãos como um importante instrumento para garantia do direito à saúde ao determinar tratamentos médicos, procedimentos cirúrgicos, além de fornecimento de medicações, quando negados pelos órgãos dos diversos entes federativos.

Em vista disso, nos últimos anos, percebe-se um maior número de ações judiciais movidas em face do Estado na busca por medicamentos e outros tratamentos médicos. Dessa forma, o tema da judicialização da saúde passou a ser uma realidade no cotidiano da sociedade brasileira, fato que pode gerar uma distorção de papéis na tentativa de garantir a expectativa da efetivação do direito a toda população.

Dessa forma, deve-se analisar as consequências dessa judicialização em cada caso concreto, dado o conflito de interesses, no que diz respeito a contraposição de deveres do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais do indivíduo e de condições mínimas para uma vida digna de um lado, e o do outro, zelar pelos recursos financeiros com a finalidade de atender as necessidades dos indivíduos e da sociedade como um todo.

O excesso de demandas judiciais do direito à saúde e a grande quantidade de sucumbência da Fazenda Pública nessas ações, sugerem-se como uma incessante preocupação dos gestores públicos, dos operadores do direito e dos agentes políticos vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS), sobretudo nos critérios aplicados às discussões sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, reconheceu o dever do Estado em oferecer tratamento médico aos pacientes com AIDS, aliás, vale destacar que tal doença manifestada em uma grande quantidade de pessoas a partir da década de 1990, motivou essas demandas judiciais na busca a um acesso rápido e eficiente ao tratamento da doença. (TORRES, 2008, p. 70).

Esse entendimento do STF influenciou as demais instâncias do Judiciário, no tocante à admissão dos pleitos sobre o direito à saúde, fato que acarretou na superlotação das demandas relacionadas ao tema. Essa judicialização exacerbada, e muitas vezes, sem critério, bem como

o provimento dessas ações em prol dos requerentes, pode, em determinados casos, colocar em risco a efetividade das políticas públicas existentes, tendo em vista que a jurisprudência brasileira pode impedir que a execução dessas políticas voltadas à promoção e à prevenção da saúde sejam devidamente implementadas.

Sendo assim, o primeiro capítulo deste trabalho aborda as duas facetas da finalidade da atuação Estatal, ou seja, o interesse público primário e o interesse público secundário, as quais devem ser objeto de ponderação dos gestores públicos, bem como dos operadores jurídicos, na busca do fim público desejado. No capítulo seguinte, buscou-se compreender a importância prática dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, além da complexidade enfrentada pelo Poder Público no conflito desses postulados, de forma que se garanta a dignidade humana, sem que, para isso, sejam realizadas despesas exorbitantes, de modo a comprometer os recursos públicos em sua finitude. Posteriormente, o presente artigo discute o tema do direito à saúde no Brasil e a judicialização dessa pretensão jurídica, com a devida análise da fundamentação das decisões jurisprudenciais, dado a especificidade do tema.

Nesse contexto, o trabalho visa refletir a excessiva atuação do Poder Judiciário como instrumento para a concretização do direito à saúde, de forma individual, além da necessidade da existência de critérios que protejam o erário público de um desequilíbrio orçamentário capaz de prejudicar a universalidade e igualdade de acesso as ações e serviços públicos de saúde, sobrepondo o interesse particular em detrimento da satisfação do interesse público, finalidade de toda e qualquer atuação estatal.

Ademais, busca-se neste trabalho analisar questões principiológicas, jurisprudenciais, bem como dispositivos normativos constitucionais e legais na discussão da ponderação dos interesses público e privado enfrentados pelos magistrados na concretização do direito fundamental social à saúde. Esses aspectos serão discutidos por meio de uma pesquisa exploratória com análise bibliográfica, através da exploração do problema gerado pelo excesso de demandas judiciais do direito, debatendo e confrontando os princípios jurídicos envolvidos, a fim de estabelecer uma ótica diferente para os paradigmas, atualmente, utilizados na jurisprudência brasileira.

A pesquisa utiliza um método dialético, em uma abordagem qualitativa, a fim de analisar o comportamento dos jurisdicionados e da Justiça na tentativa de promover o acesso à saúde do indivíduo, bem como de ponderar as contradições envolvidas na análise de qual interesse estará sendo tutelado na situação concreta: o interesse público ou interesse privado.

## 2. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO X INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

É cediço que em um Estado Democrático de Direito, todos os sujeitos, inseridos na sociedade, inclusive o próprio Estado, submetem-se ao direito posto, isto é, a lei impera sobre todos. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico confere a pessoas físicas e jurídicas a capacidade de adquirir direitos e assumir obrigações.

O código civil brasileiro atribui a toda pessoa natural a qualidade de sujeito de direito, dotando-as de personalidade, ao afirmar em seu art. 1º, *caput*: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Assim, a personalidade civil de um ser humano, inicia-se com o nascimento e termina com sua morte (arts. 1º, 2º e 6º do Código Civil). Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece direitos e obrigações, até mesmo, antes do nascimento da pessoa natural, ou seja, embora não seja considerado um sujeito de direito, o nascituro é detentor de determinados direitos e obrigações.

Consoante explicitado alhures, não só as pessoas físicas são titulares de direitos e obrigações. Assim, percebe-se que o ordenamento jurídico também confere a pessoas inanimadas essa titularidade, surge-se, então as pessoas jurídicas, as quais são detentoras de personalidade jurídica própria, isto é, são entidades independentes das pessoas físicas que as representam. Sobre pessoa jurídica, vale o ensinamento de Gonçalves (2015, p. 218):

[...] consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns. Pode-se afirmar, pois, que as pessoas jurídicas são entidades a que lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem.

A doutrina costuma classificar as pessoas jurídicas quanto à função ou à órbita de sua atuação em: pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado. Nessa perspectiva, vale a definição de Tartuce (2017, p. 157, 158) a fim de diferenciá-las:

[...] pessoa jurídica de direito público é o conjunto de pessoas ou bens que visa atender a interesses públicos, sejam internos ou externos. De acordo com o art. 41 do CC/2002 são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias, as associações públicas e as demais entidades de caráter público em geral. Seu estudo é objetivo mais do Direito Administrativo do que do Direito Civil. Em complemento, de acordo com o parágrafo único do art. 41, do CC, as pessoas jurídicas de direito público e que tenham estrutura de Direito Privado, caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, são regulamentadas no que couber e quanto ao seu funcionamento, pelo Código Civil. As pessoas jurídicas de direito público externo são os

Estados estrangeiros e todas as pessoas regidas pelo direito internacional público (art. 42 do CC). As demais são pessoas jurídicas de direito público interno.

E continua o mesmo autor:

Pessoa jurídica de direito privado é a pessoa jurídica instituída pela vontade de particulares, visando a atender os seus interesses. Pelo que consta do art. 44 do CC, inclusive pela nova redação dada pelas Leis 10.825/2003 e 12.441/2011, dividem-se em: fundações, associações, sociedades (simples ou empresárias), partidos políticos, entidades religiosas e empresas individuais de responsabilidade limitada.

Nesse capítulo, buscou-se fazer uma ponderação de interesses no comportamento do Estado e das demais pessoas nas relações jurídicas em que se envolvam, enquanto sujeitos de direito. Nesses termos, Moraes (2017, p. 37) define Estado como “É forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que em termos gerais e no sentido moderno configura-se em um poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional”. Essa organização jurídica soberana tem como finalidade o bem comum.

Primeiramente, cumpre trazer à baila que o regime jurídico administrativo é embasado em dois princípios dos quais decorrem outros princípios e regras que norteiam toda a atividade administrativa: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Conforme mencionado, toda conduta estatal deve ter como finalidade a satisfação do interesse coletivo.

Nesse sentido, as necessidades específicas de um indivíduo não devem se sobrepor aos interesses da sociedade, de tal sorte que as garantias do corpo coletivo devem prevalecer, quando conflitadas com as necessidades de um cidadão, individualmente considerado. Decorrente da manifestação do princípio da supremacia do interesse público são os inúmeros institutos jurídicos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a requisição administrativa (art. 5, XXV da CF), a possibilidade de desapropriação (art. 5º, XXIV), além de outras possibilidades de restrições impostas pelo Estado a direitos do cidadão.

Por seu turno, o princípio da indisponibilidade do interesse público estabelece limites à atuação administrativa por meios de critérios de conduta a seus agentes, de forma que, em hipótese alguma poderão abrir mão do interesse público. Assim, conquanto o Estado goze de prerrogativas de direito público, só poderá atuar dentro do limite do interesse coletivo, estabelecido em lei, expressão da vontade geral.

Vale ressaltar, que “a coisa pública” pertence ao povo, logo, os bens e interesse coletivos não estão à livre disposição do Estado, que apenas pode atuar limitado à vontade da

lei, estabelecida pelos representantes do povo, titular da coisa pública.

Conforme demonstrado, a atuação administrativa deve se orientar na satisfação do interesse público, dessa forma, a doutrina e a jurisprudência brasileira estabeleceu a noção de interesse público sob dois aspectos, quais sejam, interesse público primário e interesse público secundário. Para Carvalho (2017, p. 61):

O interesse público primário é composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual configura o interesse secundário. Isso decorre do fato de que, não obstante sempre atue visando satisfazer as necessidades da coletividade, o poder público tem personalidade jurídica própria e, por isso, tem os seus interesses individuais, como é o caso da instituição de tributos, com a intenção de arrecadar valores para a execução da atividade pública. E, a despeito de se verificar a vantagem do poder público, individualmente considerado, isso será utilizado na busca pelo interesse de toda a sociedade.

No mesmo sentido, assevera Oliveira (2017, p.87):

Interesse público primário relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica).

Ainda nos dizeres do autor:

Interesse público secundário é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes públicos e ao patrimônio público.

Diferenciando-se os dois conceitos, percebe-se na definição dos administrativistas que o interesse público primário seria o interesse direto do cidadão, enquanto integrante da sociedade, ao passo que interesse público secundário representa os anseios e as necessidades do próprio Estado, na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Este último pode ser identificado quando o Estado atua visando a seu interesse patrimonial, ampliando receitas e evitando gastos. Em que pese o interesse público primário deva ser o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública e que a busca indevida de interesses secundários possa ocasionar abuso de poder do Estado, é legítima a atuação estatal visando à obtenção de vantagens ao poder público, individualmente considerado, quando for um meio utilizado para a satisfação de toda a sociedade.

### 3. MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

A atual Constituição Federal simboliza uma grande conquista no tocante a efetivação dos direitos sociais e ao regime democrático no Brasil. É notória a evolução do direito brasileiro em aspectos relacionados aos direitos humanos e na busca da igualdade social.

A Carta Magna brasileira dispõe em título específico dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. Nesse título, são asseguradas à pessoa humana diversas garantias, entre as quais compreendem, a educação, a alimentação, a saúde, a moradia, isto é, direitos e garantias sem os quais não se poderia viver dignamente, sendo, por isso, denominados de mínimo existencial. Sendo assim, o Estado deve oferecer condições para que haja efetividade na aplicação desses direitos.

Historicamente, a noção de mínimo existencial teve início na Corte Constitucional Alemã. Aquela corte, embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, aumentou significativamente o valor da ajuda social que o Estado estaria obrigado a pagar aos cidadãos, esse fato deu início ao Direito Fundamental a um mínimo vital (SOARES, 2017).

Dessa forma, observa-se que o Estado tem um papel fundamental na efetivação da subsistência humana, todavia, na realidade prática, a maior parte dos direitos que compõem a noção de mínimo existencial, não atinge a população de forma satisfatória. O elevado custo para implementação desses direitos tem sido frequentemente utilizado como argumento para restringir a responsabilidade estatal. Não há dúvidas, que a implementação de todos os direitos sociais assegurados na Constituição Federal impõe despesas ao erário, surge, então, a noção de reserva do possível, o qual evidencia uma limitação à responsabilização estatal, segundo critérios de razoabilidade e exequibilidade.

No ano de 1972, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha utilizou pela primeira vez a expressão “reserva do possível”. A lide submetida àquele tribunal examinou, à época, a pretensão de alguns estudantes que pleiteavam o acesso a universidades públicas. Assim, a expressão foi empregada para sustentar a tese de não ser possível conceder aos indivíduos tudo aquilo que pretendem, porquanto há pleitos que não são razoáveis se exigirem.

Para Sarlet (2003, p.265), o tribunal alemão considerou que:

a pretensão reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Diferentemente da forma em que se desenvolveu originariamente, sobretudo na Alemanha, o princípio da reserva do possível tem sido interpretado pela doutrina brasileira sob a ótica da existência ou não de recursos financeiros ou materiais, sem que se dê a devida atenção a razoabilidade do pleito do demandante. Dessa forma, a doutrina majoritária entende que a reserva do possível está intimamente relacionada a questões orçamentárias, todavia, a jurisprudência atual defende que a insuficiência de recursos não deve eximir o Estado do cumprimento de suas obrigações.

Nesse sentido Canotilho (2004, p. 481), afirma:

[...] rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Defende Alexy (2011, p.69) “A reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável a sociedade”. Em vista disso, a reserva do possível deve ser entendida da forma que concebeu a corte alemã, sob a égide da razoabilidade e da proporcionalidade e não de forma restrita a insuficiência de recursos como único fundamento para afastar a responsabilidade do Estado no cumprimento de suas obrigações outorgadas pelo ordenamento jurídico.

### **3.1 A importância da noção do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se expressamente consignado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Esse fato coloca o ser humano em posição de destaque no direito brasileiro, servindo como um critério informador na interpretação e aplicação das normas que compõem sistema jurídico constitucional.

Nesse diapasão assevera Mendes, Branco e Coelho (2009, p.312):

De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. [...] Nessa medida, há que se convir em que os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser

considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, percebe-se uma relação de dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, porquanto somente através da efetiva promoção e proteção desses direitos, o princípio terá eficácia. Nesse contexto, há uma concatenação das ideias de mínimo existencial com dignidade da pessoa humana. Para Danielli (2017, p.84):

Compõe o ideário de mínimo existencial a reunião de diferentes dimensões da existência humana, compreendendo o ser em toda a sua complexidade, englobando, inclusive, suas necessidades materiais, e não apenas espirituais, morais ou estéticas. Enfim, busca-se um entendimento ontológico do homem. Assim, quando se defende um direito fundamental ao mínimo existencial, está se afirmando, em outras palavras, que precisam ser asseguradas as condições básicas de vida digna ao ser humano.

A noção do mínimo existencial está associada não somente aos direitos sociais como saúde, educação, moradia, entre outros, mas também aos direitos fundamentais de primeira dimensão. Sendo assim, ocorre a concretização dos valores da liberdade e igualdade quando garantida as condições essenciais à vida digna, fundamentada na implementação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Dessa forma, tem papel preponderante na materialização dos direitos fundamentais em uma maior extensão possível, as instituições que integram os Poderes do Estado brasileiro a fim garantir o mínimo existencial à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.2 A reserva do possível e o desvio de recursos orçamentários**

A Fazenda Pública, nas ações judiciais a qual figura como parte, frequentemente argui como tese de defesa para resistir às pretensões relacionadas a prestações positivas do Estado a necessidade de se observar a reserva do possível, isto é, a prévia existência de recursos públicos e de disposição orçamentária específica.

Em vista das inúmeras necessidades da sociedade e da limitação dos recursos públicos, a intervenção do Poder Judiciário poderá, em determinadas situações, inviabilizar a concretização de outras políticas públicas. Ocorre que o argumento utilizado pela Fazenda Pública pode evidenciar uma submissão de direitos fundamentais à discricionariedade do gestor público ou até mesmo caracterizar uma restrição do mínimo existencial a questões orçamentárias.

Sendo assim, ao se fazer uma análise superficial do conflito existente entre direitos fundamentais e o interesse financeiro do Estado em uma ação judicial manejada com o intuito de se obter prestações positivas do Poder Público, a solução seria aparentemente fácil: reconhecer a obrigatoriedade da prestação estatal independentemente da existência de recursos disponíveis. Todavia, em uma observação mais ampla, percebe-se que o conflito latente a essas ações judiciais não se dá propriamente entre um direito fundamental e o dinheiro público, o qual merece especial atenção por parte do Estado, mas sim, entre o direito fundamental de uns e o direito fundamental de outros.

No Brasil, observa-se uma evolução da jurisprudência em matéria de saúde, quando há uma abordagem da reserva do possível e o custo dos direitos dos direitos fundamentais. Nesse sentido, vale destacar o julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF – registrado como Pet. 1246/MC/SC, realizado aos 31 de janeiro de 1997, no qual a Suprema Corte condenou, por ampla maioria, o Sistema Único de Saúde (SUS) a financiar um tratamento de caráter experimental no país para uma enfermidade que até, nos dias atuais, não tem cura: um transplante de células de um portador de Distrofia Muscular de Duchenne a ser realizado nos Estados Unidos.

Esse julgado significou, na prática, um menosprezo aos argumentos fundamentado na reserva do possível e na finitude dos recursos públicos. No entanto, no período de 2009 a 2010, através de discussões realizadas em sede de audiência pública do STF, o tribunal alterou seu posicionamento a fim de reconhecer que o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público dependeria de consenso científico, registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – e previsão em políticas públicas, havendo exceções, entretanto, quando o requerente comprovasse que o tratamento público não seria o adequado, ou que os protocolos clínicos estivessem desatualizados. (MAPELLI JÚNIOR, 2017).

Em pesquisa realizada no SCODES – Sistema de Coordenação de Demandas Estratégicas – da SES/SP (Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo), entre os anos de 2010 e 2014, constatou-se um crescente dispêndio de verbas públicas com assistência farmacêutica em cumprimento a ordens judiciais, no estado de São Paulo. Os gastos expressivos foram determinantes para a desorganização do planejamento das políticas públicas, afetando, assim, o implemento de atividades preventivas e assistenciais do SUS. Em 2014, os gastos com a assistência farmacêutica, no que concerne ao atendimento de demandas individuais, giraram em torno de quatrocentos milhões de reais, sem contar as ações civis públicas e outros pleitos individuais impetrados com o objetivo de obter procedimentos terapêuticos, transferências entre unidades de saúde e internações compulsórias. (MAPELLI JÚNIOR, 2017).

Em que pese haver um possível comprometimento dos esforços do Poder Executivo no planejamento e execução das políticas públicas de saúde, o acolhimento das demandas individuais, em muitas situações, é necessário quando se verifica a omissão ou deficiência na obrigação da assistência pelo Estado.

Nesse sentido, a reserva do possível não pode ser um óbice ao exercício do direito individual à saúde, nem consistir em instrumento impeditivo da garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Por outro lado, há de se reconhecer que os recursos públicos são limitados, e que eventuais desvios, poderão acarretar impactos negativos nas políticas governamentais, fato que poderá prejudicar a uma grande quantidade de pessoas, a despeito de se privilegiar o autor individual da demanda.

Dessa forma, diante de uma situação concreta, é necessário ponderar, harmonicamente, os interesses individuais e as políticas públicas a fim de evitar injustiças, prejudicando a equidade da saúde, no que diz respeito ao seu exercício por toda a sociedade.

#### 4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

É cediço que, nas últimas décadas, a atuação do Poder Judiciário vem ganhando destaque entre os demais Poderes, regulando práticas e temas, outrora distantes de seu cotidiano. Esse fato se deve, principalmente, à omissão do Poder Executivo na implementação das políticas públicas formuladas para a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais positivados na Constituição da Federal.

Sabe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da Separação dos Poderes, o qual se encontra expressamente consagrado no art. 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Segundo Novellino (2015, p. 290):

A independência entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de freios e contrapesos para evitar o abuso e arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

Todavia, o controle jurisdicional apresenta-se como uma garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos, não podendo ser afastada nem mesmo por lei, conforme preceitua o art. 5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido, é notório que o controle judicial das políticas públicas é inerente à cultura jurídica nacional, surgindo, assim, o fenômeno da judicialização, utilizado como medida para garantir a efetivação de direitos fundamentais sociais.

Para Rêgo (2018, p. 09):

O fenômeno da judicialização pode ser considerado como sendo aquele em que o Poder Judiciário passou a ter sua fronteira de atuação estendida, o que o alçou à condição de ser a única instituição capaz de solucionar os diversos conflitos ocorridos no seio social e de efetivar direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, devendo ser ressaltado que esta atuação encontra-se legitimidade no corpo jurídico do país, aqui representada, por uma constituição democrática.

Segundo Barroso (2009, p. 3):

A Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: O Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

É indiscutível que, nos últimos anos, o tema adentrou no cotidiano da sociedade brasileira, transferindo ao Judiciário o papel de solucionar questões de relevância social, política e moral ao invés de serem concretizadas pelo órgão competente de cada Poder.

#### **4.1 O Direito à saúde no Brasil**

Para compreender a relevância do direito à saúde, primeiramente, se faz necessário contextualizar tal direito sob uma concepção de fundamentalidade, que compõe o mínimo existencial, garantido a todos através de um sistema jurídico constitucional, o qual impõe ao Poder Público a obrigação de prestar serviços públicos de saúde de forma eficiente por meio do fornecimento de medicamentos e insumos, equipamentos e tratamentos específicos. Esse dever decorre de expressa dicção legal que objetiva assegurar o atendimento integral da saúde, consoante preceitua o inciso II, e *caput* do artigo 198 da Carta Magna brasileira:

Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com a seguintes diretrizes:

[...] II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Além disso a Constituição Federal em seu art. 196, *caput*, assim dispõe:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já o art. 197 da Carta Magna Brasileira prescreve *in litteris*:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Percebe-se através da leitura dos dispositivos supramencionados, a importância atribuída pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito à saúde, impondo ao Poder Público o dever de fornecer prestações positivas e adequadas à proteção e promoção desse direito, independentemente da posição econômica de seu destinatário, dado a indissociável vinculação com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Conquanto a Constituição Federal tenha, em diversos dispositivos, tratado da saúde, inclusive tendo-a tipificado como um direito social a ser implementado por meio de políticas públicas estatais (art. 6º), não há em seu texto, tampouco nas legislações infraconstitucionais, um conceito legal acerca da saúde. Assim, diante da complexidade do tema, alguns doutrinadores utilizando-se dos contornos jurídicos extraídos da Constituição da República, de normas infraconstitucionais e da legislação sanitária brasileira, buscaram conceituar esse direito, a fim de garantir o correto conhecimento do objeto juridicamente protegido.

Nesse sentido, o direito a saúde deve ser interpretado de forma dinâmica, em um processo evolutivo, relacionado a diversos outros direitos, modificando-se constantemente, através da própria evolução histórica (SCHWARTZ, 2001, p.39).

Para Rocha (2011, p. 21):

O direito à saúde é o conjunto de normas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, a promoção e a recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes que asseguram deste direito.

Já Magalhães (2008, p.208) afirma:

Logo, o direito à saúde não significa somente direito de acesso a medicina curativa, mas também direito à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e educação da população, higiene, saneamento básico, condições digna de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação, entre outras coisas.

Ao se analisar os dizeres dos autores retromencionados, percebe-se uma abordagem do direito à saúde sob dois aspectos: prevenção e recuperação. O primeiro encontra guarida em políticas públicas destinadas a reduzir os riscos de doenças, através de uma prevenção genérica, já a segunda tem como finalidade realizar uma prestação material e assistencialista a fim de promover a restauração da saúde do indivíduo.

Vale ressaltar que, atualmente, os sistemas de saúde do mundo ocidental, bem como os do Brasil, apresentam-se em um viés coletivo, com ênfase em práticas preventivas, corretivas e assistenciais, em uma abrangência universal a fim de contemplar a maior quantidade de pessoas possíveis, nas mais diversas localidades. Logo, o modelo de saúde pública contemporâneo não visa priorizar ações individuais, mas sim atingir as necessidades coletivas. (MENDES, 1996).

## 4.2 O Processo de judicialização da saúde e possíveis prejuízos à saúde coletiva

No que concerne à judicialização da saúde propriamente dita, no Brasil, o fenômeno teve início, na década de 1990, através das demandas propostas pelos portadores do vírus da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), que pretendiam obter do Poder Público os medicamentos utilizados no tratamento da doença.

O marco inicial do tema, foi a conquista obtida pelo grupo de Apoio à Prevenção à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida através de uma ação judicial proposta em face da Fazenda Pública estadual de São Paulo. Na ocasião, o grupo conseguiu com que o Sistema Único de Saúde – SUS custeasse o tratamento das pessoas portadoras da doença, bem como que os medicamentos necessários fossem incluídos nos protocolos públicos. (FARIAS, 2018).

A grande repercussão que a enfermidade experimentava na sociedade à época, somada a falta de orientação padronizada dos magistrados sobre a matéria, contribuiu, sobremaneira, para um maior êxito dos demandantes, estimulando, assim, os cidadãos a buscarem a via judicial para a concretização dos tratamentos de saúde.

A judicialização dos direitos constitucionalmente assegurados é um instrumento do qual dispõe todos os cidadãos, todavia, se faz necessário uma análise criteriosa de possíveis consequências da intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo na saúde, porquanto, poderá haver privilégios daqueles que conseguem o acesso à justiça em detrimento de uma coletividade.

Nessa perspectiva, a judicialização da saúde vem crescendo nos últimos anos em todos os entes federativos do Estado brasileiro, fato que pode implicar na diminuição da oferta dos bens e serviços de saúde, proporcionado pelas consequentes alterações ocorridas nas políticas públicas e no planejamento do orçamento na saúde pública brasileira.

Por se tratar de um direito vital e intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, muitos estudiosos advogam a favor do processo de judicialização, por entenderem que se trata de uma ferramenta de cobrança na concretização do direito à saúde, fazendo com que haja uma prestação efetiva e eficiente pelo aparelho estatal. Todavia, não há, em muitos casos, uma discussão acerca das políticas públicas, mas tão somente da garantia da efetivação de um direito fundamental.

Nesse contexto, ensina Sarlet, (SARLET In: FIGUEIREDO. 2013, p. 42):

A mera apresentação de um requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune a contestação, seja para o efeito de demonstrar a necessidade daquele

tratamento ou mesmo a existência de alternativa seja de opção que embora igualmente eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário.

Outro aspecto que merece destaque, é de que o uso do instrumento judicial pode ser empregado como um instrumento na defesa de interesses escusos, sobretudo da indústria farmacêutica. Nos Estados Unidos, a pesquisadora Márcia Angell procedeu a um estudo desse mercado no mencionado país. A professora constatou um gigantesco crescimento da indústria farmacêutica, fruto de influências políticas, corrupção e *lobby*, em um sistema organizado e integrando por órgãos e agentes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa forma, reproduz Angell (2008, p. 19):

[...] de 1960 a 1980, as vendas de medicamentos vendidos sob prescrição médica eram bastante estacionárias como percentual do produto interno bruto dos EUA, mas entre 1980 e 2000, elas triplicaram. Agora estão em torno de U\$ 200 bilhões por ano. Além disso, desde o início da década de 1980, essa indústria esteve constantemente entre as mais lucrativas nos Estados Unidos, com uma grande vantagem em relação as outras. (Somente em 2003 ela caiu dessa posição para figurar entre as 47 indústrias relacionadas na Fortune 500.) Dos muitos acontecimentos que contribuíram para essa sorte repentina e descomunal nenhum estava associado a qualidade dos medicamentos que os laboratórios vendiam.

No Brasil, percebe-se que a maior parte das ações judiciais de saúde estão relacionados à assistência farmacêutica, assim, há, no país, uma grande recorrência ao judiciário na busca por medicamentos. Dessa forma, em um passado recente, ocorreram diversas situações em que o médico prescrevia uma medicação que ainda não havia sequer sido registrada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e que, por conseguinte, apresentava-se como um medicamento, ou mesmo um insumo em caráter experimental no país.

Nessa conjuntura, diante do despreparo técnico dos juízes, no que concerne ao conhecimento das propriedades terapêuticas dos medicamentos, havia um superdimensionamento das receitas médicas sem que fosse feita a devida análise acerca da segurança e eficácia desses remédios.

### **4.3 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ - e a necessidade de outros critérios para concessão de medicamento**

Dado a excessiva judicialização em busca da concretização do direito fundamental a saúde, o tema se reveste de extrema importância para a Fazenda Pública e para os

administrados que pleiteiam melhores condições de vida. Nesse sentido, o assunto tem sido objeto de discussão e análise por parte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de se obter os devidos esclarecimentos às diversas questões apresentadas no tópico anterior. A Suprema Corte está julgando duas situações que são constantemente submetidas à apreciação do Poder Judiciário nas ações judiciais de saúde: a primeira, através do Recurso Extraordinário 657.718/MG, analisa se o Estado, representado pela Fazenda Pública federal, estadual e municipal, tem o dever de fornecer medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Já a segunda examina se o Poder Público tem a obrigação de prestar fármaco de alto custo.

Tanto no que diz respeito ao registro da ANVISA, quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo, foram superados pelo STJ como não impeditivos do julgamento que será analisado no presente tópico, qual seja, o Recurso Especial 1.657.156/RJ, o qual foi recentemente publicado através do informativo 625 do STJ. Esse julgado discute basicamente se o Poder Público tem o dever de prestar medicamento que não esteja incorporado aos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde – SUS, questionamento de extrema relevância para o tema Judicialização da Saúde.

Vale ressaltar que, nesses casos, é comum a Fazenda Pública utilizar de argumentos, que negue a obrigatoriedade de prestar fármacos não incorporados ao SUS, ou que, em tese, estaria obrigada a fornecer apenas medicamentos disponibilizados pelo Poder Público, de efeito equivalente ou similar ao identificado pelo médico como sendo o adequado no tratamento da enfermidade. Todavia, o que se percebe na prática é que a Fazenda Pública não tem obtido, na maioria dos casos, êxito nessas ações judiciais, de tal sorte que os pleitos individuais, quase sempre, são absorvidos pelo Poder Judiciário, porquanto a saúde, consoante explicitado alhures, trata-se de um direito fundamental.

Diante da celeuma apresentada, o STJ se posicionou no sentido de obrigar o Estado a prestar o medicamento requerido, ainda que este não esteja incorporado aos protocolos clínicos do SUS, todavia estabeleceu condições que devem ser necessariamente observadas, de forma cumulativa, pelo autor da ação, quais sejam:

I) 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;

II) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito;

III) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Nesse sentido, ao se analisar o primeiro requisito exigido pela Corte Superior, percebe-se que há obrigatoriedade de fornecimento de atestado por médico que assiste o paciente, contudo sem a necessidade de que pertença aos quadros da Administração Pública, mas que desfrute da confiança do requerente.

Além disso, não deve haver outro fármaco disponibilizado pelo SUS, que faça as vezes do medicamento pleiteado. Já a segunda condição, estabelece uma hipótese de hipossuficiência financeira do autor da ação, porém sem que seja imprescindível a apresentação de declaração de pobreza por parte deste, mas sim que comprove não poder adquirir o medicamento sem comprometer sua própria subsistência. Ademais, o terceiro pressuposto indicado pelo STJ determina a necessidade do registro na ANVISA, ou seja, o Estado não estará obrigado a fornecer o medicamento não incorporado aos protocolos clínicos do SUS, se este não for reconhecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Vale ressaltar, que essa última hipótese poderá ser modificada, a partir do esperado julgamento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 657.718/MG, o qual definirá se o Poder Público estará obrigado a prestar fármaco não registrado pela ANVISA a paciente que dele o necessite para sobrevivência e tratamento de sua saúde.

É sabido que as ações judiciais de saúde, na maioria dos casos, apresentam um fator de emergencial em seu conteúdo. Esse fato estimula os advogados e defensores públicos a postularem em juízo, buscando a antecipação da tutela, para não correr riscos de verem o direito sucumbir, antes da prolação da sentença. Assim, a fim de evitar um dano irreparável à parte o Código de Processo Civil – CPC – consagra o instituto da tutela antecipada de urgência, o qual se encontra descrito no art. 300:

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se parte, economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Nesse sentido, seria plenamente factível a concessão de uma tutela provisória antecipada à luz da jurisprudência do STJ, porquanto os requisitos acima descritos são de fácil

comprovação, fato que não obstará o requerente, em um juízo de cognição sumária, demonstrar a satisfação desses requisitos. Para Gonçalves (2017, p. 353):

O que há de mais característico na tutela antecipada é que ela, antecipadamente, satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo os efeitos ou consequências jurídicas que ele visou obter com o ajuizamento da ação.

A despeito de se reconhecer a tentativa dos tribunais superiores em lançar luzes à obrigação do Estado, no que concerne ao tratamento de saúde da população, o problema enfrentado pelos operadores do direito e demais componentes da máquina pública, na satisfação do direito à saúde à sociedade, parece longe de uma solução. Na realidade, o principal conflito existente nessas ações judiciais não está entre a vida do indivíduo e o dinheiro público, mas sim entre a vida e saúde de alguns, e a vida e saúde de uma coletividade.

Assim, se faz necessário mensurar possíveis consequências que possam sobrevir a implementação de outros programas governamentais, uma vez que o desequilíbrio causado nas contas públicas poderá violar a equidade e universalidade do acesso a esse direito fundamental. Nesse sentido, “fundamentar decisões com base no periculum in mora de um direito subjetivo a uma vida digna é uma forma incerta para estabelecer parâmetros isonômicos, gerando grandes distorções fáticas na realidade social brasileira”. Figueiredo (2015, p. 238).

As decisões dos magistrados de acolhimento as pretensões relacionadas ao direito à saúde, em muitas situações, são de custo elevado ao erário, fato que poderá ocasionar dificuldades orçamentárias, privilegiando, assim alguns em detrimento dos demais cidadãos que não vão a juízo reclamar prestação jurisdicional equivalente. (LUPION. 2010, p. 323).

Por outro lado, vale destacar o pensamento daqueles que entendem que à judicialização é legítima e necessária. Para Duarte (2011, p. 201): “Se um determinado direito social já foi dotado, pelo legislador, de suficiente ou plena densidade normativa, não há porque negar a sua realização por meio do Judiciário, em caso de desarrazoada inércia do Executivo”. Em que pese seja concludente o argumento de que a judicialização apresenta-se como um instrumento eficaz na cobrança do Poder Público da assistência à saúde, essa ferramenta se não utilizada sob à égide da razoabilidade, poderá colocar em risco a integralidade dos princípios da universalidade e da equidade, postulados que orientam e organizam as ações e serviços do SUS.

Consoante exposto anteriormente, o bem comum deve conduzir toda atuação estatal, de tal sorte que atividade administrativa, qualquer que seja, deve ser desenvolvida com o escopo de garantir a satisfação do interesse coletivo. Segundo Carvalho (2017, p. 260):

Caso o ato seja praticado com a intenção de satisfazer interesses individuais ou egoísticos de algum particular, estará eivado de vício insanável, haja vista o fato de que toda a atuação do ente estatal deve ser orientada para resguardar os interesses da sociedade em geral.

A Administração Pública tem sua atuação pautada na satisfação do interesse público, o qual somente será alcançado se não for perseguido o interesse particular, porquanto haverá, no último caso, uma atuação discriminatória. (CARVALHO FILHO, 2012).

Assim, a atividade financeira é meio imprescindível para a consecução dessa finalidade. Para Leite (2016, p. 27):

[...] percebe-se que a atividade financeira do Estado é um instrumento para realização do próprio fim estatal, pois lhe fornece os meios para a obtenção de recursos financeiros, a forma de geri-los e aplica-los, munindo o Estado com os instrumentos necessários à sua atuação na sociedade.

Disso resulta a necessidade da existência de um orçamento que sirva de instrumento para a previsão das receitas e dos gastos públicos. Segundo Oliveira; Hovarth: (2003, p. 120): “Orçamento é a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.”

O entendimento do orçamento estatal perpassa pela análise de seus princípios. Nesse diapasão, destaca-se, nesse artigo, o princípio da especialização e o princípio do equilíbrio orçamentário. O primeiro veda a possibilidade de dotações globais, ou seja, a autorização legislativa para as receitas e despesas não se dará de forma genérica, mas sim de maneira precisa e detalhada. Já o segundo, preleciona uma ideia de igualdade entre as receitas e despesas, de forma que estas não se sobreponham àquelas. No que concerne ao tema judicialização da saúde é preciso analisar, se no caso concreto, o uso do instrumento irá comprometer a efetivação do direito a toda sociedade, violando assim, a finalidade da atividade administrativa na busca do bem comum através de distorções que possam ser causadas no sistema orçamentário brasileiro.

Vale destacar, que a Lei Complementar 101/2000 previu em seu art. 5º, III, b, o instituto da Reserva de Contingência, exceção ao princípio da especialização, pressupondo uma dotação global destinada ao atendimento de possíveis riscos e eventos imprevistos, isto é,

uma quantia reservada a gastos inesperados e decorrentes de emergências. Nesse contexto, o art. 5º, III, b, da Lei Complementar 101/2000 prescreve, *in litteris*:

Art. 5º - O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

[...] III – conterà reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

[...] b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

Dessa forma, o comportamento da sociedade e do Estado, representado pelos juízes, membros do Ministério Público, membros Defensoria Pública, Procuradores Judiciais e demais agentes políticos das esferas dos três Poderes da Federação, no fenômeno da judicialização do direito à saúde, deve ser pautado nos limites estabelecidos no orçamento com os gastos para a saúde pública, ou, de forma excepcional, nos contornos da dotação prevista na Reserva de Contingência, para garantir o equilíbrio das contas públicas e, por conseguinte, a satisfação do interesse coletivo, finalidade geral de toda e qualquer atuação do Estado, mero gestor da coisa pública.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como um direito expressamente previsto na Carta Magna brasileira, de caráter fundamental e aplicabilidade imediata, o direito à saúde, pré-requisito ao gozo de outros direitos, implica na imposição ao Estado de fornecer, a todos aqueles que necessitarem, fármacos, procedimentos terapêuticos e equipamentos adequados aos tratamentos médicos, além de incumbi-lo na concretização de políticas públicas de prevenção e assistência à saúde da população.

Entretanto, a escassez de recursos, aliados a má administração e execução das políticas públicas existentes, incentivam os cidadãos a buscarem a satisfação individual do direito, através da via judicial. Surge, assim, o fenômeno da judicialização do direito à saúde, a qual atribui ao Poder Judiciário o papel preponderante de garantir a efetividade do direito ao indivíduo que dele se utiliza.

Dessa forma, o que se tem observado, nos últimos anos, é uma crescente quantidade de demanda judiciais de saúde, perpetradas de forma individual, e o conseqüente acolhimento desses pleitos, na grande maioria dos casos, fato que pode gerar sérias conseqüências negativas a serem enfrentadas pelos gestores públicos, operadores do direito e pela sociedade em geral.

O tema é complexo e de grande relevância para a sociedade, tendo em vista a dicotomia de interesses assentadas no mínimo existencial e na cláusula da reserva do possível. Sendo assim, destaca-se que conquanto haja um grande esforço dos tribunais superiores em lançar luzes às decisões dos magistrados nas ações judiciais de saúde, não há, ainda, a definição de critérios que solucione o grande problema existente: a satisfação do direito constitucionalmente garantido, sem prejuízo da satisfação do mesmo direito à coletividade, de forma que o custo da judicialização dessa pretensão jurídica não cause prejuízos a implementação das próprias políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, deve-se observar, no caso concreto, se o direito de acesso à justiça será um instrumento benéfico ou prejudicial à coletividade, a fim de que a equidade e universalidade no acesso à saúde prevaleça no dilema enfrentado pelo Poder Público na tentativa de garantir o direito do cidadão sem prejuízo da concretização do mesmo direito à população em geral. Dessa forma, a atuação do Estado juiz não pode ser um meio para distorções ao orçamento público, porquanto o desequilíbrio gerado por gastos não previstos pode acarretar sérios danos a efetivação da saúde em uma dimensão coletiva e, por conseguinte, o interesse privado prevalecer em detrimento ao interesse público.

Em vista disso, o presente artigo propõe que os problemas decorrentes do uso do instrumento da judicialização da saúde, deva ser encarado pelos magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e membros da Defensoria Pública, bem como os demais agentes políticos das três esferas da federação, de modo a esgotar todas as possibilidades possíveis, para garantir o direito fundamental à saúde do indivíduo, sem que seja desrespeitado, no entanto, aos limites estabelecidos na Constituição Federal, e demais regras e princípios pertinentes às leis orçamentárias, incluído os limites estabelecidos na reserva de contingência, para que não falte recursos para o atendimento do interesse coletivo, finalidade de toda atuação estatal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2011.

ANGELL, M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos. Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito**. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2008.

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades jurídicas**. 2009. n 4, janeiro e fevereiro, p 1-29. Disponível em: [www.oab.org.br/editora/revista/useres/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/useres/revista/1235066670174218181901.pdf). Acesso em: 29 de out de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado. 1988.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei complementar nº 101 de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal**. Brasília. Senado Federal. 2000.

BUCCI, MPD; DUARTE, CS. **Judicialização da Saúde. A Visão do Poder Executivo**. São Paulo. Saraiva, 2017.

CARDOSO, H. R. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: um ponto cego do direito?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Edições Almedina. 2004.

CARVALHO, M. **Manual de direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo. Juspodium. 2017.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 23ª ed. 2012.

DANIELLI, R. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo.** Belo Horizonte. Fórum, 2017.

DUARTE, L. de F. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.** Rio de Janeiro. Renovar. 2011.

FARIAS, M. A. **Direito à saúde e sua Judicialização.** 1 ed, Rio de Janeiro, Editora Juruá. 2017.

FIGUEIREDO, H. C. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas.** Curitiba. Juruá. 2015.

FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral.** 13ª ed. Editora Saraiva. 2015.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 8ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

HORVATH, E. **Manual de Direito Financeiro.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2003.

LEAL, M.C.H.; MAAS, R.H; MARION, D. **Judicialização da saúde: um estudo de caso no município de Santa Cruz do Sul.** In: XII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade contemporânea e VIII Mostra de trabalhos jurídico científicos, 2015, Santa Cruz do Sul, 2015.

LEITE, H. F. **Manual de Direito Financeiro.** Salvador. Juspodium. 2016.

LUPION, R. **O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade.** In: SARLET, I. W. TIMM, Luciano Benetti. (Org.) **Direitos fundamentais: Orçamento e ‘reserva do possível’.** 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

MAGALHÃES, J. L. **Quadros de Direito constitucional: curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Método, 2008.

MENDES, G. F.; BRANCO, P.G.G. e COELHO, I. M. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Editora Saraiva. 2009.

MENDES, E. V. **Uma agenda para a saúde**. São Paulo: Hucitec, 1996.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo. Atlas. 2017.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional 1**. 10ª edição Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Editora Método. 2017.

OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo. RT. 2008.  
\_\_\_\_\_. HORVATH, E. **Manual de Direito Financeiro**. 6ª ed. São Paulo. RT. 2003.

RÊGO, C. **Do Fenômeno da Judicialização**. 2018.

ROCHA, J. C. DE S. DE S. **Direito à saúde: Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo. Atlas. 2011.

SARLET, I.W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003.

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

SOARES, A. A; VIDAL, A.G.M. **Direito à Saúde, Escassez e Judicialização: uma tríade de paradoxos**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Serviço Social da Universidade da Paraíba, 2017, João Pessoa, 2017.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718 MG – MINAS GERAIS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência>>. Acesso em: 17.09.2018.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1657156 RJ (2017/ 0025629-7)**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abril de 2018. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurispudência>>. Acesso em: 17.09.2018.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7ª ed. Editora Método. 2017.

TORRES, R. L. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, I. W; TIMM, L.B; (Org.) *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.* Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2008.