



**THAÍS DUQUE MAIA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A ÓTICA DA  
PROPORCIONALIDADE**

**LAVRAS-MG  
2017**

**THAIS DUQUE MAIA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Me. Leonardo Gomes Penteado Rosa  
Orientador

**LAVRAS-MG**  
**2017**

**THAÍS DUQUE MAIA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE  
THE JUDICIALIZATION OF HEALTH FROM THE VIEW OF PROPORTIONALITY**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em 07 de agosto de 2017.  
Dra. Juraciara Viera Cardoso UFLA

Prof. Me. Leonardo Gomes Penteado Rosa  
Orientador

**LAVRAS-MG  
2017**

*Aos meus pais, Sérgio e Cláudia, e ao meu irmão, Alexandre, a base da minha vida*

*Ao Léo e sua família, pelo apoio e incentivo,*

*À toda minha família, em especial aos meus avós José Albino, Olívia, Albertina e Rui e meus  
padrinhos, Anna Paula e Willis*

## AGRADECIMENTOS

À Deus, pela minha vida e por conduzir todos os meus passos durante essa caminhada.

Ao meu pai, Sérgio, pelo exemplo e por sempre me lembrar o quão importante é nos colocarmos no lugar do outro e, assim, tentar alcançar a justiça.

À minha mãe, Cláudia, pelo amor, cuidado e por sempre me mostrar que seu abraço cura qualquer problema e preocupação.

Ao meu irmão, Alexandre, por trazer alegria e leveza para os dias em que a tensão era enorme.

Ao Léo, pelo companheirismo, paciência e amor durante todo esse período, e à sua família, por me acolherem com tanto carinho.

À toda a minha família, por sempre me incentivar a buscar meus objetivos.

À Mariana, Izabella, Fernanda e Isadora pela amizade e pela leveza que trouxeram aos meus dias.

Aos meus amigos, por me auxiliarem sempre que precisei e até mesmo quando achava que não precisava.

À Universidade Federal de Lavras, especialmente ao Departamento de Direito, pela oportunidade de fazer parte da Primeira Turma de Direito da UFLA.

Ao professor Leonardo Gomes Penteado Rosa, meu orientador, pela oportunidade, pelo incentivo, por acolher meu tema com tanta atenção e por dedicar seus conhecimentos para a minha formação, tanto profissional quanto pessoal.

Aos demais professores, que tanto souberam ensinar.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para que eu trilhasse esse caminho da melhor maneira, muito obrigada!

*“Você pode sonhar, criar, desenhar e construir o lugar mais maravilhoso do mundo. Mas é necessário ter pessoas para transformar seu sonho em realidade”.*

*(Walt Disney)*

## RESUMO

Diante do reconhecimento do Poder Judiciário como uma importante ferramenta na busca da efetivação dos direitos fundamentais e sociais, previstos pela Constituição Federal de 1988, especialmente o direito à saúde, o presente trabalho visa analisar o crescente processo de judicialização da saúde, bem como os empecilhos e consequências desta intervenção. Para tanto, serão abordados os conceitos interligados ao direito à saúde, principalmente os que tangem à saúde pública. Como forma de compreensão do tema, serão discutidas questões que se mostram limitadoras da plena atuação do Judiciário no intuito de garantir efetividade a este direito. Assim, será analisado se a proporcionalidade e suas subregras seriam formas aplicáveis ao Judiciário para que haja equilíbrio nas decisões e soluções de possíveis conflitos de normas que venham a surgir com as demandas judiciais para a garantia do direito à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Acesso à justiça. Judicialização da saúde. Atuação do Judiciário. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

Having the acknowledge of the Judiciary power as an important means of pursuing the effectiveness of the fundamental and social rights, fixed by the 88's Brazilian Federal Constitution, especially related to access to health, the current work aims to analyzing the growing process of health judicialization, as well as the hindrances and the consequences of this intervention. For that, the concepts linked to access to health, mainly related to public health, are approached. As a means of comprehension of the subject, it is discussed the issues that limit the complete performance of the Judiciary aiming to assure effectiveness to access to health. Hence, it will be analyzed whether proportionality and its subregas would be applicable forms to the Judiciary so that there is balance in the decisions and solutions of possible conflicts of norms that may arise with the judicial demands for the guarantee of the right to health

**Keywords:** Right to health. Access to justice. Judicialization of health. Legal action. Principle of proportionality



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>2. DIREITO À SAÚDE</b> .....	<b>3</b>
<b>2.1. Saúde pública</b> .....	<b>4</b>
<b>3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE</b> .....	<b>7</b>
<b>3.1. Os obstáculos da atuação do Poder Judiciário</b> .....	<b>9</b>
<b>3.1.1 A separação de poderes e discricionariedade administrativa</b> .....	<b>9</b>
<b>3.1.2. A reserva do possível</b> .....	<b>13</b>
<b>4. O PROBLEMA PRÁTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A PROPORCIONALIDADE</b> .....	<b>15</b>
<b>4.1. Proporcionalidade e teoria da justiça distributiva</b> .....	<b>18</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>19</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>24</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê, em seu artigo 6º, o rol dos direitos sociais que devem ser garantidos a todos, que se resumem à “(...) educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (...)”. A partir da promulgação da CF/88, teve início uma maior produção de normas que visam garantir a proteção a estes direitos.

Portanto, o direito à saúde, enquanto direito social, previsto constitucionalmente, é um direito do cidadão e dever da União, Estados e Municípios. A CF/88, neste sentido, apresenta em seu texto, dispositivos que visam assegurá-lo, dispondo sobre institutos e políticas públicas que buscam a sua efetivação.

Dentre os mecanismos criados tanto pela CF/88, quanto por leis ordinárias e atos normativos, o Sistema Único de Saúde (SUS) “constitui um dos principais avanços em relação ao desenvolvimento de políticas públicas do Estado de caráter universalista” (MACHADO, 2008, p. 75).

No entanto, além das normas protetivas ao direito à saúde, a CF/88 não exclui do Judiciário a sua efetiva participação para o enfrentamento de questões em que haja lesão ou ameaça de direito<sup>1</sup>, caracterizando, assim, mais um elemento para a efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Assim, o que tem ocorrido é um crescimento exponencial de ações judiciais pleiteando a condenação dos entes federados ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos, como forma de efetivação do direito fundamental garantido a todos.

Em consequência disso, mesmo se mostrando uma ferramenta relevante para a efetivação dos direitos fundamentais, não se pode desconsiderar o seu custo para o Estado.

Esse aumento da demanda tem gerado uma instabilidade para a Administração Pública, em razão da falta de previsão orçamentária, atrelada à própria imprevisibilidade que aportou no Judiciário.

Ao mesmo tempo, há o aumento dos gastos da Administração Pública, tanto para promover os devidos andamentos processuais, quanto para cumprir a decisão, não podendo, assim, atentar a outras áreas que também visam proteger direitos fundamentais, como educação e moradia, por exemplo.

---

<sup>1</sup>Art. 5º, XXXV, CF/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ademais, tem-se a questão do princípio constitucional da separação dos Poderes. Assim, “se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível” (BARROSO, 2007, p. 4).

Neste sentido, surge a questão acerca da intervenção do Judiciário nas políticas públicas e, conseqüentemente, na separação de Poderes. Por mais que seja cristalino que o Estado tem o dever de garantir o direito à saúde a todos<sup>2</sup>, esta obrigação deve ser analisada sob diversos prismas, dentre eles, a proporcionalidade.

A proporcionalidade, por sua vez, guia a aplicação e a interpretação do direito, e é especialmente utilizada “nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais” (SILVA, 2002, p. 24). Dessa forma, a proporcionalidade funciona como “uma restrição às restrições”.

É neste aspecto que a proporcionalidade se torna fundamental e essencial para uma melhor análise da questão. A proporcionalidade, então,

é útil tanto para verificar a validade material de atos do poder legislativo, e do executivo que limitem direitos considerados fundamentais, mas também que pese e reflita a própria legitimidade da decisão judicial. Quando um parecer do Poder Judiciário concretizar um direito fundamental ele deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (PAMPLONA; REIS, 2013, p. 8).

Neste diapasão, o presente trabalho problematiza a proporcionalidade nas questões concernentes ao fornecimento de medicamentos pelos entes federados. Para tanto, questiona-se a relação entre a proporcionalidade e a intervenção do Judiciário nas políticas públicas voltadas à saúde.

Daí, surgem vários questionamentos que merecem buscas por uma resposta objetiva, sendo eles: o direito à saúde é um direito fundamental absoluto? Qual a limitação da intervenção judiciária? A separação de Poderes pode ser atacada quanto a assuntos relacionados a direitos fundamentais? Qual a medida da proporcionalidade quanto ao fornecimento de medicamentos?

Dessa forma, partindo do fato de que o sistema que gere e se propõe a garantir saúde a todos deve ser suficientemente preparado para compatibilizar e articular esta questão, tanto

---

<sup>2</sup> Art. 196, CF/88: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

na perspectiva de um indivíduo quanto da coletividade, o Judiciário, como meio para solucionar a ineficácia desse dever estatal, deve se valer de critérios objetivos ao decidir se determinado medicamento deve ou não ser fornecido, bem como superar obstáculos que, porventura, possam surgir ao longo desta análise.

Por tudo isso, torna-se imprescindível analisar e definir conceitos relevantes ao desenvolvimento do tema, que vão desde a concepção de direito à saúde como direito fundamental, até a análise se a proporcionalidade seria uma forma eficaz de resguardar o direito à saúde, enquanto direito social e fundamental, e ser um dos fundamentos para a intervenção do Judiciário e nas decisões por ele tomadas.

## **2. DIREITO À SAÚDE**

A saúde, enquanto bem essencial à vida, é considerada bem jurídico indisponível, e sua proteção constitucionalmente garantida objetiva assegurar a todos o “acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde” (PAMPLONA; REIS, 2013, p. 1). Neste sentido, conforme analisa Ronald Dworkin (2011, p. 443), “o sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham”.

Tem-se, conforme definição dada pela constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, que a saúde é “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Portanto, garantir o acesso a medicamentos, procedimentos cirúrgicos ou exames é uma forma de promover o direito à saúde e propiciar o direito à vida, que não se limita somente em uma concepção biológica de não estar morto, mas vai além. Configura-se como direito à vida, ou seja, direito a uma existência digna, a qual deve se dar a partir da combinação dos aspectos físicos, psíquicos e espirituais do ser humano.

A CF/88 é um importante marco no processo histórico do Brasil, especialmente no que tange à democratização do país. Com a queda do regime ditatorial militar, através da intensa participação social, o Brasil se abriu a questões relevantes para a conquista do Estado Democrático de Direito, que impacta, de forma especial, na esfera dos direitos fundamentais. Tem-se, então, a chamada Constituição Cidadã, “porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, 2012a, p. 90).

Neste sentido, houve a inclusão, em seu escopo jurídico-legal, de direitos garantidos a todos, de forma a viabilizar a ampliação dos direitos fundamentais e das liberdades civis, previstos no artigo 5º, os quais abrangem direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Assim, a CF/88 estabelece direitos aos cidadãos que devem ser garantidos pela União, Estados e Municípios, dentre os quais está o direito à saúde, estabelecido no artigo 6º como um dos direitos sociais, juntamente com o direito à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. E para além disso, a Constituição também estipula, em seu artigo 196, o dever do Estado em assegurar a saúde de forma universal.

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

O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, se baseia na ideia de um “núcleo central, que assegura o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana” (GRINOVER, 2010, p. 18).

Portanto, esse mínimo existencial seria o direito dos cidadãos a terem as condições consideradas mínimas e essenciais para a uma existência digna, as quais se dariam a partir da ação do Estado, por meio das políticas públicas. Ainda segundo Grinover (2010), seria em função deste mínimo existencial e do seu descumprimento, que o Poder Judiciário interviria nas questões de políticas públicas, como forma de tentar efetivá-las.

## **2.1. Saúde pública**

O conceito de saúde, enquanto direito social e fundamental, garantido constitucionalmente a todos, perpassa por questões amplas, envolvendo, especialmente, aspectos físicos, psicológicos e sociais.

No entanto, o termo “saúde pública”, também relevante, encarrega-se de realizar e promover o direito à saúde à coletividade, por meio da Administração Pública. Neste sentido, salienta Aith (2006) que

a expressão saúde pública designa, assim, ao mesmo tempo uma realidade epidemiológica (o estado de saúde de uma população), um modo de gestão

(frequentemente associada à atividade estatal para a Administração da saúde), uma área de atividade (caracterizada pela especialização profissional e institucional) e um campo do conhecimento humano (uma disciplina com conhecimentos específicos, regras que lhe são próprias, manuais e revistas especializados). (AITH, 2006, p. 56)

A CF/88 estabeleceu mecanismos de organização de um sistema capaz de regulamentar, fiscalizar e controlar a saúde pública, de forma a promover o serviço público, que seja contínuo, ininterrupto e impessoal. “Serviços públicos exigem meios: receita para seu custeio, pessoal e material para sua execução, poder ou competência para sua efetividade” (LOPES, 2006, p. 120).

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi um destes mecanismos, criado visando a promoção do direito à saúde, conforme dispõe o artigo 197, da CF/88, através da prestação do serviço público de saúde.

Art. 197, CF/88: 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.

Dentre as diretrizes do SUS, estão aquelas dispostas no artigo 198, CF/88, que estabelece

Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:  
 I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;  
 II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;  
 III - participação da comunidade.

Portanto, o SUS, enquanto sistema integrado, constituído por uma rede pública, conduzida por cada esfera governamental de forma única, objetiva atender à coletividade de forma integral, o que engloba o atendimento preventivo, o curativo e o assistencial.

Apesar de não ser dotado de personalidade jurídica própria, o SUS representa o núcleo estruturante de todas as ações e serviços de saúde pública, e por meio de suas diretrizes, orienta e conforma todas as políticas sanitárias elaboradas e executadas pelo Estado, direta ou indiretamente. (BARROS, 2016, p. 53)

Como forma de complementação das definições de funcionamento do SUS, foi aprovada, em 19 de setembro de 1990, a Lei nº 8.080, intitulada Lei Orgânica da Saúde, a qual “estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização

e de funcionamento” (BARROSO, 2007, p. 16). O artigo 6º da referida Lei estabelece sobre as áreas de atuação, sendo uma das principais a elencada no inciso VI, que consiste na “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”.

No entanto, embora a CF/88 e a Lei nº 8.080/90 estabeleçam importantes diretrizes para o funcionamento do SUS, acerca das atribuições e princípios que o regem, bem como a definição das competências de cada ente, não há menção acerca da competência em relação à distribuição de medicamentos.

A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. (BARROSO, 2007, p. 17)

A Política Nacional de Medicamentos (PNM) visa “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais” (NEGRI, 2002, p. 11).

A PNM é considerada o primeiro posicionamento formal e abrangente do governo brasileiro sobre a questão dos medicamentos no contexto da reforma sanitária. Foi formulada com base nas diretrizes da Organização Mundial da Saúde e expressa as principais diretrizes para o setor com o propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade desses produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais (BERMUDEZ; LABRA; OLIVEIRA, 2006, p. 2383).

Em âmbito federal, a distribuição dos medicamentos é feita pela Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Como expõe Vieira (2008), a inclusão de um novo medicamento depende da comprovação de sua eficácia e segurança para o fim a que se destina, sem causar danos ou prejuízos.

Tal procedimento se dá, portanto, a partir da divisão das atribuições dos entes federados.

Com efeito, ao *gestor federal* caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de *medicamentos essenciais*, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à *atenção básica* à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. (BARROSO, 2007, p. 18)

A partir da estruturação da PNM, foi implementada, ainda, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)<sup>3</sup>, “com finalidade de propiciar o acesso da população necessitada a medicamentos que possam contribuir para a promoção, proteção e recuperação da saúde” (BARROS, 2016, p. 60).

Portanto, a partir dos medicamentos apresentados pela RENAME, os municípios definem a lista daqueles medicamentos considerados essenciais, para que assim possam efetivar a assistência farmacêutica. Dispõe Barroso (2007) que estes medicamentos essenciais são aqueles, conforme definição da OMS,

que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade (BARROSO, 2007, p. 18).

À União e aos Estados cabe ainda a distribuição dos medicamentos excepcionais, os quais são indicados para tratamentos específicos e, geralmente, possuem um alto custo.

Há, portanto, uma divisão, mesmo que normativa, por meio de portarias e demais atos administrativos, acerca da aquisição e distribuição dos medicamentos que devem ser fornecidos à população. No entanto, tal fato não garante o acesso de todos aos medicamentos e procedimentos que sejam essenciais para a manutenção da saúde.

### **3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

A CF/88 consagrou o princípio da separação dos Poderes, garantindo a eles a atuação independente e harmônica<sup>4</sup>. Segundo aponta Barroso (2007), ao Judiciário cabe a interpretação das normas, de forma a garantir que o ordenamento jurídico brasileiro seja respeitado, assim como os direitos dos cidadãos.

Com a democratização do Brasil, trazida pela CF/88, e conseqüente enfoque dado aos direitos e garantias fundamentais, permitiu-se ainda um maior acesso à justiça, a fim de resolver as contendas da sociedade. Nesse sentido, conferiu-se ao Poder Judiciário o dever de intervir

---

<sup>3</sup> A PNAF foi regulamentada em 06 de maio de 2004, através da Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 338/04.

<sup>4</sup>Art. 2º, CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.



diante de casos em que haja lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, CF/88.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ainda, a 1ª Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, disciplinou sobre tal assunto, ao dispor que

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza;

Dessa forma, questões envolvendo direitos sociais e a efetividade de suas implementações, especialmente o direito à saúde, que seriam de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo, passaram a ser decididas pelo Judiciário. Neste sentido, observa-se que “a progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo das instituições jurídicas para sua efetivação” (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 9).

O termo judicialização, portanto, se deu como forma de efetivar os direitos e garantias previstos constitucionalmente. Segundo Barroso (2009, p. 3), “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”.

Com isso, intensificou-se o fenômeno da judicialização, por meio do “uso do recurso judicial como forma de exigibilidade do direito, denegado na prática das instituições responsáveis” (FLEURY, 2012, p. 159). A percepção do conceito de cidadania, aliada a uma crescente inclusão social decorrente de uma democracia, permitiram que se atingisse o Judiciário, a fim de buscar a efetivação dos direitos. “O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde” (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p.9).

O cidadão tem buscado, por meio de ações judiciais, a efetivação da política pública que visa garantir o direito à saúde, seja para o fornecimento de medicamento, a realização de procedimentos cirúrgicos e exames, dentre outros pedidos que estejam diretamente relacionados à falha na execução da política pública. E “a utilização dos meios jurídicos para conferir efetividade e concretização em respeito ao direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário é uma possibilidade passível de ser utilizada pelos detentores de direito subjetivo”. (CASTRO; FOLLONE, 2016, p. 36).

Um sistema jurídico e político incapaz de prover uma distribuição justa e justificável perde legitimidade. Em termos institucionais, dá-se a sobrecarga do órgão encarregado de resolver controvérsias, pela incapacidade de os outros órgãos (Administração, Parlamento) forjarem acordos universalizáveis ou simplesmente buscarem um interesse público ou comum (LOPES, 2006, p. 122).

Dessa forma, o número de ações tramitando nos tribunais brasileiros, tem sido cada vez maior. Para Monteiro (2017, p. 490), “a judicialização é apenas a ponta do iceberg”. A questão envolvendo a alta demanda judicial pela efetivação do direito à saúde engloba uma série de outros fatores da realidade social. No entanto, o presente trabalho não visa tratar dos diversos outros dilemas que antecedem a judicialização.

A questão se daria em compreender os obstáculos para a atuação do Judiciário nas questões envolvendo o direito à saúde, bem como os fundamentos e motivos de se determinar que certo medicamento, o qual não esteja incluído nas listas daqueles fornecidos pelo SUS, seja fornecido a um indivíduo, através de uma ação judicial.

### **3.1.Os obstáculos da atuação do Poder Judiciário**

Embora a CF/88 tenha atribuído ao Judiciário o dever de não se manter inerte e de analisar os casos em que haja lesão ou ameaça a direito, tal fato é permeado por obstáculos e limites que podem ser configurados, sendo aqui estudadas a separação de Poderes, a discricionariedade administrativa e a reserva do possível.

#### **3.1.1 A separação de Poderes e discricionariedade administrativa**

O princípio da separação dos Poderes, conforme formulação dada por Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, em 1748, foi consagrado pelo autor na intenção de se promover

um equilíbrio entre os Poderes e evitar que determinado indivíduo detivesse todo o poder concentrado em suas mãos. Neste sentido,

não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. Por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido em três Poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Para o pensador francês, os órgãos que legislam não podem ser os mesmos que executam, assim como nenhum dos dois pode ser encarregado de decidir controvérsias. A cada um dos Poderes correspondem determinadas funções. (KIERECZ; MASS; SILVA, 2013, p. 478/479).

No Brasil, a ideia de se consagrar a existência e separação de Poderes distintos, bem como o reconhecimento da necessidade de se estabelecer um controle do poder político, tem sido mencionado pelas Constituições desde a Constituição de 1824, a Constituição do Império, em que se reconhecia a existência dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. Nessa Constituição, embora houvesse tal separação entre os Poderes, esta era mitigada, visto que o Imperador, enquanto titular do Poder Moderador, era quem gerenciava os outros poderes, acarretando em uma submissão dos demais a ele.

As outras Constituições que sucederam também adotaram a noção de separação de poderes, mas de forma mais evidente e próxima da tripartição apresentada por Montesquieu. Portanto, a CF/88 dispõe, em seu artigo 2º, que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são os poderes da União, harmônicos e independentes entre si, configurando, assim, o princípio da separação de poderes. Ainda, por força do disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, este princípio foi erigido ao *status* de cláusula pétrea, ao prever que não será passível de deliberação alguma proposta de emenda constitucional que vise abolir a separação de poderes.

Assim, conforme esclarece Silva (2012a), é consignado uma função governamental a cada órgão, ficando cada poder responsável por legislar, executar as leis, e exercer a atividade jurisdicional. Portanto,

a cada órgão do Estado seriam atribuídas funções típicas, em predominância, e atípicas, evitando a concentração de uma mesma função num só organismo. A independência orgânica apura-se pela ausência de subordinação entre um órgão e outro. Todos os poderes estão subordinados a Constituição, não havendo um poder superior aos outros (KIERECZ; MASS; SILVA, 2013, p. 481).

Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário nas questões envolvendo os direitos sociais, especialmente o direito à saúde e a efetivação de suas políticas públicas, poderia,

porventura, significar uma violação ao princípio da separação dos poderes, pois, ao ser determinado, por decisão judicial, que certo medicamento, que não se encontra na lista daqueles disponibilizados pelo SUS, deva ser fornecido ao indivíduo, poderia acarretar na atuação do Judiciário em uma função de outro Poder.

Defende-se que, em nome do princípio da separação entre os poderes, não poderia o Judiciário fiscalizar os atos políticos praticados pelo Executivo e Legislativo. Assim, por exemplo, tendo em vista que a concretização do direito à saúde envolveria a escolha de políticas públicas de certa complexidade, não caberia ao Judiciário interferir na escolha dos órgãos políticos (Executivo ou Legislativo) e muito menos substituir a vontade política desses órgãos nessa matéria, sob pena de subverter os papéis conferidos pela Constituição às funções estatais, além de pôr abaixo todos os esforços organizacionais necessários a uma prestação dos serviços de saúde universal que a Constituição almejou que fosse baseada em um “sistema único”, ou seja, corretamente planejado, estudado e implementado (LIMA, 2005, p. 98).

Portanto, sob a lógica da separação de poderes, o Legislativo e o Executivo determinariam os medicamentos que o SUS deve fornecer, bem como regulamentaria outras questões envolvendo a política pública. Assim, a partir do momento que o Judiciário sentencia que um medicamento, não listado pelo SUS, deve ser garantido e fornecido ao paciente, poderia representar uma intromissão indevida a funções de outros Poderes.

No entanto, o rigor com que a tripartição de Poderes, conforme dispositivo constitucional se apresenta, tem sido relativizado. Sob a ótica de um Estado que intervém nos mais diversos direitos, assumir uma separação de poderes com total rigidez não condiz com o direito constitucional contemporâneo, como afirma Kierecz; Mass; Silva (2013).

Cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2012a, p. 110).

Segundo o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), as funções que o Estado deve desempenhar devem ser divididas entre seus órgãos. Assim, cada um, desenvolvendo suas atribuições, contribuiria em seus exercícios, através de um controle recíproco dos atos praticados. Ademais, este sistema

revela uma técnica de controle que tem os seguintes objetivos: (i) evitar a tirania; (ii) limitar a autoridade, impedindo arbitrariedades; e (iii) preservar a liberdade individual. O sistema de controle recíproco entre os poderes revelou-se fundamental para a independência do Judiciário e para o fortalecimento do Executivo, que já possuía o batismo da legitimidade democrática, pelo menos no que diz respeito ao processo de escolha daqueles que governam pelos governados (CARLOS, 2016, p. 159)

Dessa forma, a análise do princípio da separação de Poderes, especialmente no que tange à efetivação do direito à saúde, deve se dar a partir de um relacionamento harmônico entre eles. A saúde é um direito essencial à vida, cabendo ao Judiciário, portanto, buscar ajustar eventuais falhas nas políticas públicas relacionadas a ela. Os Poderes devem, então, se valer da individualidade harmônica, garantida constitucionalmente, de forma que ajam de maneira compatível aos demais, buscando, sempre, o equilíbrio.

Essa separação de poderes permitiu a limitação do poder político, favorecendo a abstenção dos Estados nos direitos de liberdade e demais aspectos da vida social da população e com o Estado Democrático de Direito o Judiciário, fortalecido, passa a controlar as ações e omissões do Executivo e Legislativo para, assim, assegurarem os direitos fundamentais e sociais, evitando prejuízos à população (CASTRO; FOLLONE, 2016, p. 37).

Juntamente com o princípio da separação de Poderes, tem-se a questão da discricionariedade administrativa, que envolve o poder, conferido aos agentes administrativos “de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta” (FILHO, 2017, p. 111).

O administrador, portanto, deve se pautar no interesse público, a fim de se atingir a melhor decisão para a sociedade, elegendo qual seria a mais conveniente e oportuna. No que tange ao direito à saúde, essa discricionariedade seria utilizada “para estabelecer quais os procedimentos, insumos e tratamentos de saúde que devem ser fornecidos a priori à população” (CASTRO; FOLLONE, 2016, p. 38).

Dessa forma, o princípio da separação de Poderes, quando contraposto à atuação do Judiciário, especialmente no que tange ao direito à saúde, tenderia a ser considerado empecilho à atuação do Poder Judiciário.

Porém, esses fundamentos, a meu ver, sucumbem-se diante de elementos e razões bem mais substanciais, em direção contrária.

O primeiro deles seria a já acima referida cláusula pétrea da não exclusão da apreciação do direito pelo Judiciário de toda ameaça e lesão ao direito. Outra base de sustentação, seria a própria razão de existência do Poder Judiciário que vem, também como dito acima, como forma

de se posicionar na condição de "freio e contrapeso" na atuação dos outros dois Poderes que estariam negligenciando na assistência à saúde, e, conseqüentemente, negando a lei, que, em tese, equipara à sua própria violação.

Há, ainda, outro fundamento a afastar eventual alegação de indevida ingerência do Judiciário nos demais Poderes, que é o que se refere aos princípios que devem reger a administração pública, especificamente, o da impessoalidade.

Por fim, para rechaçar qualquer outra alegação de indevida ingerência entre os Poderes, está a questão afeta à discricionariedade, que não é tão absoluta ao administrador, como ensina Hely Lopes Meirelles (1990, p. 152), “(...) a discricionariedade (...) deverá sempre estrita observância à lei, porque a exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito, como toda ação voluntária carente de direito”. Daí concluir que a atuação do Judiciário, nas aflições a ele levadas, em busca de meios para proporcionar a saúde, não pode ser considerada uma ingerência indevida nos demais Poderes.

### **3.1.2. A reserva do possível**

O direito à saúde, enquanto direito social, para ser garantido à população, precisa da ação do Estado, e sua abrangência está condicionada a políticas públicas eficazes, capazes de dar-lhe efetividade.

No entanto, “no campo das políticas públicas a questão orçamentária é sempre invocada, posto que todo e qualquer projeto a ser desenvolvido pela administração pública passe pelo aval da disponibilidade de recursos orçamentários” (PAMPLONA; REIS, 2013, p. 7).

O princípio da reserva do possível, portanto, se configura na existência ou não de recursos públicos para que o Estado consiga agir e cumprir os direitos previstos constitucionalmente. Segundo Carvalho Filho (2017, p. 66), ele visa “indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros”.

Este princípio tem origem na Alemanha, mencionado em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, na década de 1970. À época, as políticas alemãs relacionadas aos cursos superiores, limitavam o número de vagas. Em razão disso, um grupo de estudantes, os quais não conseguiram garantir suas vagas no curso de medicina, nas cidades de Hamburgo e Munique, propuseram uma ação judicial. Em decisão, o Tribunal compreendeu que o direito à vaga, e conseqüentemente à uma ação do Estado frente a esta necessidade, deveria se valer da

razoabilidade da pretensão, ou seja, só deveria ser exigido do Estado o que fosse razoável, não importando somente à existência de recursos para sua efetivação.

Diferentemente, no Brasil este princípio se pauta em uma

teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa (MÂNICA, 2008, p. 100)

Desta forma, tal princípio se apresenta em duas vertentes, a reserva do possível fática e a jurídica. A reserva do possível fática é considerada aquela em que se avalia a disponibilidade de recursos orçamentários que sejam suficientes para a garantia e satisfação do direito, enquanto a jurídica se dá pela ausência de autorização orçamentária para que o Estado possa utilizar os recursos, ou seja, ele possui o recurso financeiro, mas não há previsão orçamentária para sua destinação à efetivação do direito, seja para a compra de medicamentos, seja para a realização de determinado procedimento.

Em uma análise sob a ótica da economia, neste caso, seria “racional a resposta do agente econômico quando ele pesou adequadamente os custos e benefícios (econômicos) e afinal escolheu o resultado que lhe traz maior benefício com menor custo, consideradas todas as circunstâncias” (LOPES, 2004, p. 145/146).

No entanto, em uma demanda judicial, em que se pleiteia determinado medicamento, que não esteja na lista do SUS, e que a justificativa do Estado para o não fornecimento seja a inexistência de recursos, tem-se que atentar ao mínimo existencial, direito de todo cidadão. “Se tudo puder converter-se em preço, desaparece a noção de direito fundamental” (LOPES, 2004, p. 142).

Portanto, discutir o direito à saúde e sempre justificar a escassez de recursos financeiros inviabiliza a efetivação das políticas públicas a ele relacionadas. Deve haver uma potencialização destes recursos, mas não a ponto de desconsiderar o fato de que o direito à saúde está intimamente relacionado à dignidade humana e ao direito à vida, também garantidos constitucionalmente. Assim,

não há dúvidas de que o Estado não pode agir além de suas possibilidades financeiras. Ademais, ele pode ter outras áreas prioritárias onde aplicar o dinheiro público, que, infelizmente, não é infinito. Os recursos financeiros, entretanto, não podem ser vistos como fator decisivo em todos os casos. Há as situações em que o dinheiro não é o problema principal. E mesmo nas situações onde a questão da disponibilidade de recursos se apresenta, deve-se

estar ciente de que essa problemática pode também aparecer nos casos que envolvem direitos civis e políticos (MILANEZ, 2004, p. 199).

No entanto, é importante destacar, neste caso, a questão da previsão orçamentária. “A necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores” (SILVA, 2012b, p. 27). A CF/88 estabelece diretrizes para que o poder público planeje as despesas com os mais diversos setores necessários, as quais não serão abordadas neste trabalho. No entanto, tal fato não impede o Judiciário de analisar a questão orçamentária, quando esta for devidamente fundamentada e justificada, e determinar a prestação do serviço relacionado ao direito à saúde.

#### **4. O PROBLEMA PRÁTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A PROPORCIONALIDADE**

Diante da crescente demanda pela efetivação do direito à saúde, por meio da intervenção judicial, foram apontados os possíveis entraves da atuação do Judiciário. Ao analisar um pedido de fornecimento de medicamento, extra à lista do SUS, o magistrado se depara com institutos ditados constitucionalmente, que podem limitar sua intervenção e dificultar a efetivação do direito garantido a todos.

Neste caso, portanto, tem-se, de lados opostos, princípios que disciplinam o direito do cidadão à saúde, o que, conseqüentemente, se vincula ao direito à vida, e princípios que regem os demais poderes e a limitação conferida ao Judiciário para atuar no âmbito das políticas públicas.

O Judiciário, ao ser provocado diante de uma situação de falha na prestação da política pública, envolvendo o direito à saúde, se depara com um conflito de dispositivos que devem nortear sua atuação. Determinar o fornecimento do medicamento necessário à vida do indivíduo, sem ponderar a questão orçamentária do Estado, nos termos da reserva do possível, ou determinar que o medicamento, não incluso na lista do SUS, seja fornecido, o que esbarra no princípio da separação dos poderes, são algumas das situações enfrentadas pelo Judiciário no que tange à judicialização da saúde.

Neste sentido, a regra da proporcionalidade visa guiar a aplicação e a interpretação do direito, e é especialmente utilizada “nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a



realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais” (SILVA, 2002, p. 24). Ademais, a proporcionalidade pode ser aplicada nos casos em que houver conflito de normas, como acontece em relação ao direito à saúde e os entraves para a atuação do Judiciário.

Portanto, tem-se a essencialidade de analisar a proporcionalidade nas decisões, ao ponto que

*el principio de proporcionalidad se yergue hoy en día como el "límite de los límites" a los derechos fundamentales, y en esa medida, a pesar de contar con detractores que critican varios aspectos de su estructura, es una herramienta esencial para los intérpretes y operadores jurídicos, que vuelve eficaces a los derechos al interior de un Estado constitucional y democrático de Derecho, cuestión de máximo interés para el desarrollo de cualquier sistema jurídico* (SALAZAR, 2010, p. 261).

O conteúdo da proporcionalidade, por sua vez, contempla três subregras, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*, que deverão ser consideradas nessa ordem, mas a depender da complexidade do caso, nem sempre serão analisadas em sua totalidade. Portanto,

a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade (SILVA, 2002, p. 34).

Dessa forma, podem ocorrer casos em que esta regra seja aplicada e consiga saber, somente através da análise do ato estatal e de seu intuito, se foi adequado. No entanto, pode ocorrer que a apreciação da necessidade do ato também seja relevante. E, ainda, diante de situações mais complexas, a proporcionalidade *stricto sensu* precise ser analisada.

Passando para uma análise das subregras da proporcionalidade, tem-se, primeiramente, a adequação. “Uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (SILVA, 2002, p. 37). Dessa forma, considerando o direito à saúde, sob a ótica da adequação, deve ser observado o fato de que ao solicitar um medicamento, judicialmente, o indivíduo comprove a necessidade de seu uso, de forma que a negativa de fornecimento possa acarretar em uma piora na enfermidade e redução da expectativa de vida.

Já no que tange à necessidade,

um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38)

Trata-se, portanto, de um exame de caráter comparativo no que tange às medidas que podem ser adotadas. “A medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária” (BONAVIDES, 2012, p. 410). Por se tratarem de medicamentos não incluídos na lista do SUS, que podem, muita das vezes, possuir alto custo e ser de difícil acesso à população, o Estado não possui outro meio para a realizar a prestação, sendo que o investimento em estruturas hospitalares, bem como na saúde de forma geral, não são garantias de existência de medicamentos que são produzidos em uma escala limitada, haja vista que eles são destinados a doenças em que o nível de ocorrência na população são ínfimos.

Portanto, em uma escolha, para ser necessária, deve ser dosado o meio para se atingir o fim objetivado. Deve ser elegida, então, dentre as medidas consideradas adequadas para que haja a promoção do fim, aquela em que menos houver restrições de direitos, devendo, assim, ser escolhido o meio cujas consequências gerem menos problemas e prejuízos aos interesses do cidadão, que sejam menos nocivas a ele.

Neste sentido, Silva (2002) aponta um exemplo que mostra a importância de se comparar as medidas adequadas a serem adotadas para se obter o fim objetivado, bem como de investigar se há outra medida que seja tão eficaz quanto a escolhida.

Suponha-se que, para promover o objetivo *O*, o Estado adote a medida *M1*, que limita o direito fundamental *D*. Se houver uma medida *M2* que, tanto quanto *M1*, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *M1*, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto (SILVA, 2002, p. 38).

Ainda que uma medida limitadora de direito fundamental possa ser considerada adequada e necessária, não será essencialmente proporcional. A proporcionalidade em sentido estrito consiste em um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. (SILVA, 2002, p. 40-41). Com a negativa ao fornecimento de um medicamento, restringe-se o direito à saúde de um indivíduo; mas em

contrapartida, o valor que seria gasto com o medicamento poderia ser utilizado para o desenvolvimento de diversas políticas públicas.

Em suma, mostram-se como razoáveis os três parâmetros (adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*), na apreciação a ser feita pelo Poder Judiciário na decisão e enfrentamento do pleito em favor da saúde pela parte.

Como regra de justiça, é necessário o estabelecimento de critérios, os mais objetivos possíveis, como forma de se distribuir uma justiça equânime, impessoal e imparcial, o que significa dizer que terá aplicação generalizada.

A partir daí, é necessário dizer da imprescindibilidade da adequação que, nada mais é, do que a necessidade do indivíduo comprovar que o medicamento ou a intervenção médica se mostra como indispensável, ou seja, no estrito senso da palavra, adequada.

Há que ser provada também a necessidade, de modo a não permitir que hajam excessos. Deve ser observado que a pretensão da parte se mostra insubstituível.

Por fim, entendo que o órgão julgador deve avaliar a proporcionalidade, confrontando, no caso, os dois elementos acima mencionados com o direito que porventura esteja em colisão com outros.

#### **4.1. Proporcionalidade e teoria da justiça distributiva**

Todo o cerne da proporcionalidade acaba por conferir critérios e parâmetros capazes de auxiliar na compreensão de uma justiça distributiva, ao passo que realizar a distribuição de um recurso de maneira justa, em tese, está intimamente relacionado com o que é proporcionalmente devido. “Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição do ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios)” (LOPES, 2006, p. 144).

O fato, portanto, da CF/88 estabelecer o direito à saúde, como um direito a todos, aliado à questão de que deve-se dispor de meios capazes para que ele seja realmente destinado a todos, independentemente das condições, aponta para a necessidade de intervenção do Judiciário para garantir, de forma proporcional, a distribuição dos insumos necessários.

O igualitarismo, ou seja, aceitar que todas as pessoas são dignas, fundamenta a noção de que todas devam ter suas necessidades de saúde atendidas, base de muitos dos atuais sistemas públicos de saúde. Assim, a sociedade organizada e o Estado, mediante a implementação de políticas públicas, devem intervir para garantir a justiça distributiva e minimizar as desigualdades biológicas e sociais (FORTES, 2008, p. 31).

“A justiça, em sentido estrito, manifesta-se na distribuição de funções, dinheiro ou outros recursos que deveriam ser repartidos entre as pessoas que compartilham benefícios outorgados pelo poder público” (COSTA et al, 2015, p. 381). Nestes termos, “a justiça distributiva é a que regula as ações da sociedade política em relação ao cidadão e tem por objetivo a justa distribuição dos bens públicos, pautando-se pelo critério da igualdade proporcional” (SILVEIRA, 2001, p. 75). No âmbito do direito à saúde, especialmente no fornecimento de medicamentos que não estejam incluídos na lista do SUS, a análise da proporcionalidade se faz necessária para que se alcance uma justiça distributiva.

A justiça distributiva tem como seu objeto próprio o bem comum, entendido já não de forma ontológica, mas deontológico-procedimental. Justiça distributiva é a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) de: (a) coisas comuns (não produzidas por ninguém); (b) coisas produzidas em comum; (c) autoridade e poder – liberdade (que por definição são sociais), com as respectivas responsabilidades e recompensas; (d) incentivos a talentos individuais socialmente relevantes e desejados (embora na sociedade capitalista o talento para fazer dinheiro seja o talento por antonomásia). (LOPES, 2006, p. 128)

Portanto, a justiça distributiva, enquanto teoria que leva em consideração a “divisão ou apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos” (LOPES, 2006, p. 125), tornasse indissociável da noção do que seria proporcional para ser dividido.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da promulgação da CF/88, a “Constituição Cidadã”, em outubro de 1988, direitos, até então indispensáveis à dignidade do ser humano, não eram considerados, nem reconhecidos pelo Estado.

A partir de então, o legislador constituinte fez ingressar no mundo jurídico, dessa vez expressamente, o direito à saúde e já o erigindo à condição de direito fundamental. Veio no momento em que a cultura do povo brasileiro começa a despertar e ser permitida, por normas garantidoras de seus direitos, a reivindicar direitos que lhe assegurem e garantem a sua dignidade como ser humano, membro de uma nação organizada, regida sob a batuta da nomenclatura de um “Estado Democrático de Direito”.

A regra maior do ordenamento jurídico brasileiro fez questão de registrar expressamente, no artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

É, portanto, um direito fundamental absoluto, bem jurídico indisponível.

De um lado um direito fundamental absoluto e de outro a realidade, infelizmente, deplorável de uma saúde pública doente, em razão da má administração e gestão do dinheiro público. A condição da saúde pública, atualmente, está em crise, em decorrência de uma má administração da máquina pública, cujos efeitos se refletem com mais intensidade na área da saúde, o que se tem visto e presenciado é um estado de calamidade. O país não trata a saúde pública com a seriedade e o planejamento que merecem.

Daí, surge o inevitável conflito entre a maior informação do cidadão, a existência de um direito fundamental e a negativa do Estado de disponibilizá-lo. Essa equação acaba por originar a maior demanda pela judicialização da saúde.

O contexto de democratização, trazido pela CF/88, e a conseqüente abertura do Brasil para as questões envolvendo os direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, como forma de efetivar a busca por um Estado Democrático de Direito, foram aspectos levantados neste trabalho como possíveis explicações para o aumento da procura ao Judiciário para que o direito à saúde possa ser garantido a todos.

A crescente judicialização da saúde, geralmente vista como repulsa pelos governantes, é na realidade a consequência, por um lado, de fenômenos tais como um maior acesso à informação e à justiça e uma maior organização pela sociedade civil e, por outro lado, de políticas públicas ineficientes, inadequadas e corruptas (...) (VIEIRA, 2015, p. 361).

A procura, cada vez maior, pelo Judiciário, como uma saída para a obtenção de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos e exames, através da determinação para que o Estado cumpra o que lhe foi atribuído como dever, constitucionalmente, acaba por suscitar alguns pontos relevantes no que tange à discussão da judicialização da saúde.

Primeiramente, o direito à saúde, na qualidade de direito social, que necessita de políticas públicas para sua efetivação, encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivos que visam promover o respectivo serviço público.

Nasce o SUS, como mecanismo criado para a promoção do direito à saúde, estabelecendo diretrizes que disciplinam seu funcionamento e busca estabelecer a organização básica referente às ações e serviços de saúde, o que, infelizmente, vem se mostrando ineficaz, dada a alta demanda e a parca estrutura física e profissional.

Embora haja previsões normativas, tanto na CF/88 quanto por portarias e outros atos administrativos, sobre as questões envolvendo o direito à saúde e a distribuição dos insumos necessários para a sua efetivação, ainda há ineficiência da prestação dos serviços.

Tal fato, como dito, acarreta na crescente judicialização da saúde, como forma, então, de suprir eventuais falhas, seja em questões orçamentárias ou de separação dos poderes e das competências para a realização de cada ato, bem como em relação aos direitos garantidos a todos constitucionalmente e que estão intimamente relacionados ao direito à saúde, como o direito a uma vida digna.

Dessa forma, vários foram os pontos analisados no trabalho acerca destes eventuais empecilhos à atuação do Judiciário. Uma importante consideração a ser feita, diz respeito a esta relação do direito à saúde com demais direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida e à dignidade humana.

Neste sentido, surge a questão da garantia do mínimo existencial, que

corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos (BARROSO, 2007, p. 10/11).

Torna-se imprescindível a análise econômica que envolve a garantia deste mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. “O preço é o valor das coisas que se trocam, a dignidade é o valor das coisas que não se trocam” (LOPES, 2004, p. 142).

Portanto, a dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo básico do mínimo existencial, não tem um preço, um valor monetário a ser mensurado, porém, a preservação da dignidade tem o valor, que é o custo da satisfação das necessidades fisiológicas e sociais da população.

E neste sentido, considerando ser dever do Estado garantir os direitos fundamentais a todos, e partindo do fato de que a prestação desses direitos, através, principalmente, das políticas públicas, gera custos, há outro limite para a atuação do Judiciário, que se daria na relação entre esse mínimo existencial e a reserva do possível.

A concepção de uma reserva do possível, como proposta de que somente é possível exigir do Estado a efetivação completa dos direitos fundamentais, neste caso o direito à saúde, quando este dispuser de recursos financeiros, acaba por confrontar o direito ao mínimo possível para se ter uma vida digna e o fato de que este mínimo teria um valor.

É uma linha extremamente tênue que separa a interpretação do limite entre o poder financeiro do Estado (orçamento, receitas) e o custo efetivo do procedimento a ser distribuído ao indivíduo. Torna-se indispensável o bom senso e acuidade no momento de se colocá-los em confronto, a fim de que o resultado seja o mais justo possível.

Todas essas ponderações são, por fim, decorrentes de um primeiro obstáculo, que seria a atuação do Judiciário frente à separação dos Poderes. Para tanto, torna-se relevante elucidar o fato de que esta separação, como ditada primeiramente na CF/88, pode ser vista como um instituto rígido.

Portanto, necessário dizer, rapidamente, que ao idealizar a criação do Estado, Montesquieu entendeu da necessidade de que os poderes fossem harmônicos e independentes, como forma de manter a unidade estrutural da nação, de modo que cada um não interfira nas funções do outro.

Poder-se-ia questionar, com substanciosos fundamentos, que a partir do momento em que o cidadão aciona o Judiciário e que ele obriga o Estado a fornecer um medicamento ou autorizar um procedimento cirúrgico/médico, estar-se-ia aquele, Judiciário, ingerindo, indevidamente, numa discricionariedade que seria do segundo, Estado.

Porém, há, de outro lado, razões mais substanciosas para defender tese em contrário, de que neste caso não se trata de ingerência indevida de um poder no outro. Poderia destacar o princípio constitucional de que nenhuma ameaça ou lesão a direito seja excluída da apreciação do Judiciário, conforme artigo 5º, inciso XXXV, CF/88.

Outro, seria o princípio que rege a Administração Pública, que é o da impessoalidade, como estabelecido pelo artigo 37, CF/88<sup>5</sup>. Por princípio de impessoalidade, entende-se que,

“(...) nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de *forma impessoal*” (MEIRELLES, 1990, p. 85).

Por fim, seria a própria função do Judiciário, que tem como objetivo precípua de atuar como um mediador de conflitos, impedindo quaisquer abusos da parte mais forte sobre o mais fraco.

---

<sup>5</sup> Art. 37, CF/88 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)

A discricionariedade administrativa é sempre questão tormentosa, seja quanto ao seu conteúdo, seja na limitação e/ou na dosagem do que seria discricionário.

O certo é que todos os membros dos três Poderes têm o direito de praticar seus atos. Porém, não seria lógico imaginar que para estes atos houvessem freios jurídicos, de modo a harmonizá-los com as normas legais. Daí fácil concluir que o princípio da discricionariedade não pode ultrapassar os limites da lei e sempre que tal ocorre, faz surgir o direito e sobretudo o dever de regulá-lo e adequá-lo. Segundo Meirelles (1990),

discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbtrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido (MEIRELLES, 1990, p. 151).

Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais. Negar o direito à saúde é negar a lei e, conseqüentemente, torna legítima a intervençã do Judiciário, não como uma invasã à competência do outro Poder, mas sim como uma forma de adequar aquele ato administrativo à norma. Daí é que concluisse que não se sustenta a arguicã de que qualquer decisã do Judiciário em favor da parte contra o Estado, não pode ser considerada ingerência indevida na discricionariedade administrativa.

A partir daí, analisar a questã sob a ótica da proporcionalidade se mostra razoável para que o Judiciário enfrente a demanda de forma a distribuir a justiça estabelecida constitucionalmente, de que todos têm direito à saúde.

Assim, a exemplo do oleiro que para formatar o tijolo coloca o barro bruto sobre a forma retangular, e com o instrumento rústico, mas que na mão daquele bom profissional se mostra cirúrgico ao retirar os excessos, deve ter o julgador, da mesma forma, ao receber o pedido “bruto” da parte, que colocá-lo na mesma forma que a mim se transparece em quatro requisitos distintos e diretamente ligados um ao outro: adequaçã, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, aliado ao bom senso, para que se possa chegar ao mesmo resultado, que será a mais lídima distribuiçã de justiça.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AITH, F. M. A. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. 2006. 448 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- ALCÂNTARA, G. C. S. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, n. 57, 2012
- ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009
- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- ASENSI, F. D.; PINHEIRO, R. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015
- BARROS, L.D. **Judicialização do direito à saúde: uma análise acerca do fornecimento judicial de medicamentos no estado de Pernambuco**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Centro de Artes e Comunicação, Recife, 2016
- BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2017
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, La Rioja, n. 13, 2009.
- BERMUDEZ, J.; LABRA, M. E.; OLIVEIRA, E. A. A produção pública de medicamentos no Brasil: uma visão geral. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 22, n. 11, 2006
- BONFIN, J. R. A.; KEINERT, T. M. M; PAULA, S. H. B. **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009
- BORBA, M. HOSSNE, W. S. A Natureza Jurídica da Saúde na América Latina e Caribe: um estudo constitucional comparado legal. **Revista de Direito Sanitário**, n. 1, 2010
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988
- 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 República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em 25 mai. 2017
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Dispõe sobre a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 30 out. 1998.

CARLOS, F.G. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da AJURIS**, v. 43, n. 140, 2016, p. 152-183

CASTRO, C. V.; FOLLONE, R. A. **A atuação judicial como instrumento da efetivação do direito fundamental à saúde e os seus limites constitucionais brasileiros**. In: V Encontro Internacional do Conpedi. Montevideu, 2016, p. 22-42. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/g3i1y3j8/shhUC7D3i9S769i2.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017

COSTA, S. M.; DIAS, O. V.; FREITAS, D. M.; LEITE, M. T. S.; NOBRE, A. L. C. S. D. Justiça distributiva no serviço de saúde especializado e no acesso a medicamentos. **Revista Bioética**, v. 23, n. 2, 2015, p. 373-386

DALLARI, S. G. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. **Revista Direito Sanitário**, n. 1, 2013

DELDUQUE, M.C.; MENDONÇA, A. V. M.; OLIVEIRA, M. R. M.; SOUZA, M. F. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde Debate**, v. 39, n. 105, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00525.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017

DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2ª ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011

FILHO, J. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017

FLEURY, S. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, abr./jun. 2012.

FORTES, P. A. C. **Orientações bioéticas de justiça distributiva aplicada às ações e aos sistemas de saúde**. Revista Bioética, Brasília, v. 16, n.1, p. 25-39, 2008

GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010

KIERECZ, M. S.; MASS, A. P. T; SILVA, M. C. F. Estado, construção dos direitos fundamentais, separação dos poderes e efetivação do direito à saúde. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 27, n. 2, p. 464-492, 2013

LIMA, G. M. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017

LIMA, G. M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005

LOPES, J. R. L. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006

LOPES, J. R. L. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da economia**. Belo Horizonte, n. 8, 2004, p. 137-170

MACHADO, F. R. S. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, n. 2, 2008

MÂNICA, F. B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990

MELLO, C. A. B. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MILANEZ, D. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 2004, p. 197-221

MONTEIRO, A. P. L. Um horizonte mais amplo para o direito à saúde: a ação governamental em escala e o processo administrativo para formulação de protocolos clínicos, *in* Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte (coord.), **Judicialização da saúde: a visão do poder Executivo**, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 486–519.

NEGRI, B. **Política federal de assistência farmacêutica: 1990 a 2002**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/polit\\_fed\\_assist\\_farm.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/polit_fed_assist_farm.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017

PAMPLONA, G.; REIS, A. R. A judicialização da saúde: limites e possibilidades do poder Judiciário. **Jurisprudência em Revista**, v. I, n. IX, 2013. Disponível em: <<https://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2013/09/16/a-judicializacao-da-saude-limites-e-possibilidades-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 3 jun. 2017

PEPE, V. L. E.; SCHRAMM, F. R.; SIMAS, L.; VENTURA, M. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006)>. Acesso em: 5 jun. 2017

SALAZAR, C. S. El principio de proporcionalidad en la Interpretacion juridica. **Revista de Derecho**, v. 17, n. 1, 2010, p. 257-261

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 35<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2012a

SILVA, L. P. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2012b. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAÚDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2017.

SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 23-50

SILVEIRA, D. C. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001