



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A  
PROBLEMÁTICA DO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS  
CASOS DOS TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO, EXPERIMENTAIS OU NÃO PREVISTOS NA  
LISTA NO SUS

Ana Carolina Barradas Soares de Melo

Rio de Janeiro  
2019

ANA CAROLINA BARRADAS SOARES DE MELO

O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A  
PROBLEMÁTICA DO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS  
CASOS DOS TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO, EXPERIMENTAIS OU NÃO PREVISTOS NA  
LISTA NO SUS

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós- Graduação  
*Lato Sensu* da Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro. Professores  
Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS CASOS DOS TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO, EXPERIMENTAIS OU NÃO PREVISTOS NA LISTA NO SUS

Ana Carolina Barradas Soares de Melo

Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (Ibmec). Advogada.

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade analisar as questões atinentes aos limites do ativismo judicial na política pública de acesso à saúde à luz da CRFB, bem como analisar a dicotomia existente entre o argumento da reserva do possível e do mínimo existencial e, por fim, a possibilidade e os impactos das decisões do judiciário que determinam o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, de alto custo ou experimentais. Trata-se de matéria extremamente relevante e atual, na medida em que, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, a saúde pública vivência uma crescente crise, com falta de leitos em hospitais públicos, e obsolescência dos tratamentos e medicamentos disponibilizados à população carente. Nesse contexto, busca-se demonstrar a necessidade de adoção, por parte do Judiciário, de medidas enérgicas a fim de garantir direito fundamental previsto na Constituição, de forma a preservar o núcleo essencial do mínimo existencial, sem que isso signifique violação ao princípio da separação dos poderes.

**Palavras Chave:** Direito Constitucional. Direito à saúde. Separação dos poderes. Custeio de medicamentos e tratamentos pela administração pública.

**Sumário:** Introdução. 1. A dinamização da separação dos poderes e o enfraquecimento da democracia representativa como fatores para o protagonismo do judiciário na implementação do direito à saúde. 2. A aplicação das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial nas demandas que envolvem o direito à saúde. 3. A posição dos Tribunais Superiores acerca de casos polêmicos que envolvem o dever de custeio e garantia do direito à saúde pela Administração Pública. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, cujo tema aborda o protagonismo do judiciário na prestação do direito à saúde, tem por objetivo discutir a atuação do Poder Judiciário na política pública de acesso à saúde implementada pelo executivo, à luz do princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Procura-se demonstrar o crescente número de ações propostas em face da administração pública demanda, cada vez mais, uma atuação do judiciário a fim de assegurar àqueles que buscam sua ajuda o direito à saúde e à vida digna.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o judiciário pode ou não intervir no mérito administrativo, de forma a impor ao estado obrigações de prestar adequadamente o serviço de saúde pública.

A Constituição Federal de 1988 ressalta em seu primeiro artigo a adoção ao Princípio da Separação dos Poderes, impedindo que qualquer dos seus Poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário, intervenham um no outro. No entanto, a mesma Constituição confere ao Judiciário o dever de pacificação social de conflitos, devendo resguardar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais lá elencados, dentre eles o direito à saúde.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que a saúde pública é direito assegurado pela Constituição Federal e essencial para garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico de todo o ordenamento.

Para sua melhor compreensão busca-se delimitar o papel e atuação do Poder Judiciário à luz da CRFB e especialmente do Princípio da Separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos. Procura-se, ainda, Analisar o confronto entre a limitação da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, de forma a verificar em qual dos polos se encontra o direito à saúde. E, por fim, apontar a possibilidade de intervenção do judiciário na política pública de acesso à saúde, de forma a garantir aos cidadãos uma vida digna.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a função e delimitando a atuação do poder judiciário, que, em regra, não pode se imiscuir nas políticas públicas, nem mesmo impor ao executivo obrigações de fazer ou pagar quando ligadas à questões atinentes à discricionariedade administrativa.

Segue-se ponderando no segundo capítulo, no entanto, que o direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal, sendo imprescindível para preservação da dignidade da pessoa humana, e, como tal, faz parte do seletor rol denominado mínimo existencial, não podendo ser mitigado pela reserva do possível, principal argumento utilizado para não prestação adequada do serviço de saúde pública à população.

Por fim, o terceiro capítulo demonstra a possibilidade de atuação do judiciário a fim de suprir as omissões da administração pública e garantir uma vida digna aos cidadãos. No entanto. Procura-se, também, fazer um contrassenso entre as decisões razoáveis e não razoáveis tomadas pelo Judiciário, com o fito de garantir a saúde, demonstrando que não é qualquer tratamento que deve ser custeado pela administração pública.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem

viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. A DINAMIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO FATORES PARA O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu segundo artigo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, ratificando a adoção das Constituições anteriores pelo princípio da separação dos poderes, símbolo do estado democrático de direito, tendo este sido erigido à cláusula pétrea (art. 60, §4º)<sup>1</sup>, de forma a demonstrar a força e importância da independência e autonomia dos poderes.

Nos últimos anos, entretanto, o Poder Judiciário brasileiro tornou-se palco de inúmeros debates, levantando-se questionamentos acerca dos limites de sua atuação. É fato que a separação e independência absoluta dos poderes não foi o objetivo do poder constituinte, na medida em que a Carta Magna adotou o sistema de freios e contrapesos, imprescindível para conter eventuais abusos<sup>2</sup>. No entanto, também não se pode afirmar que a interferência de um poder no outro pode ser feita irrestritamente, sob pena de violação da própria Constituição.

Assim, no que concerne à função típica do Judiciário, esta cinge-se à pacificação dos conflitos sociais, distribuindo justiça quando as partes não conseguem, por si só, encontrar solução para seu litígio. Segundo Luiz Roberto Barroso<sup>3</sup>:

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. Art. 60, CRFB. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 09 mai. 2019.

<sup>2</sup> PEREIRA, Wilson Medeiros. *Judicialização das políticas públicas de saúde* – Belo Horizonte: D’Plácido, 2015.p 44.

<sup>3</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.

Com o enfraquecimento atual da democracia representativa, entretanto, gerada pelos grandes escândalos de corrupção e pela perda da moral do Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais destaque, de forma a aplicar seu alcance. Isso porque tanto o Legislativo quanto o Executivo vem passando por uma crise valorativa e simbólica, já que não são capazes de entregar à sociedade as respostas desejadas, como, por exemplo, a garantia do mínimo existencial. Segundo Ricardo Duarte Cavazzani:

[...] os partidos políticos, que poderiam ser vistos como um meio de levar os ideais do povo até as casas legislativas e lá efetivá-los, passou a ser uma central do poder político, visando mantê-lo nas mãos de uma minoria detentora e mantenedora do poder no Brasil, afastando-se de qualquer ideal democrático e de qualquer espécie de representatividade política, contribuindo para a crise da democracia representativa.<sup>4</sup>

Assim, com a crescente derrocada da democracia representativa, o judiciário passou a figurar como protagonista no papel de concretizar as políticas públicas<sup>5</sup>, como guardião de promessas e como última via para alcance da democracia.

Segundo João Carlos Medeiros de Aragão<sup>6</sup> a judicialização da política no Brasil

[...] despontou a partir das alterações constitucionais advindas da promulgação da Constituição de 1988, a qual modificou os instrumentos de proteção judicial e possibilitou que os tribunais se tornassem protagonistas na solução de questões polêmicas. A partir daí, políticos, autoridades, associações civis, governos estaduais e municipais passaram a recorrer a esses órgãos para fazer valer seus interesses.

Apesar de o Judiciário ser o único dentre os poderes cujos representantes não são eleitos pelo povo, suas decisões gozam de legitimidade e efetividade, conferidas pela própria Constituição, diante da coercibilidade de sua atuação muitas vezes contramajoritária e representativa, na medida em que invalida atos de outros Poderes em nome da Constituição e, em certas circunstâncias, atende à demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso. Assim, enquanto o Legislativo e o Executivo realizam suas funções típicas de maneira

---

<sup>4</sup> CAVAZZANI, Ricardo Duarte. *Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do estado*. Acesso em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>5</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, programa de pós-graduação em direito. Defesa. Curitiba, 2011. p. 86.

<sup>6</sup> CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. *A crise do sistema único de saúde e o fenômeno da judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 106

distanciada da vida do povo, o Judiciário possui uma atuação que os afeta direta, e imediatamente.

Dessa forma, os juízes são cada vez mais instados a participar de questões abarcadas pela função típica dos outros Poderes, sendo instigados a adentrar no mérito administrativo e forçar a implementação de políticas públicas ou até mesmo suprir omissões legislativas. Para Luiz Werneck Viana, tal fenômeno é decorrente, como já defendido, do enfraquecimento dos poderes que supostamente deveriam representar a população. Nesse sentido, Werneck Viana defende que<sup>7</sup>:

As razões de fundo do crescimento exponencial da litigação nos tribunais, tão bem descrita em artigos deste jornal por José Renato Nalini, ex-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, não encontram sua explicação apenas no comportamento de atores singulares, até porque litigar tem custos, ao menos de tempo, e os resultados são sempre incertos e, em regra geral, demorados. Elas, ao contrário, derivam da perda de credibilidade e da capacidade de atração dos partidos políticos, de uma vida associativa frágil e destituída de meios para negociar conflitos, não restando outro recurso a uma cidadania desamparada e fragmentada senão recorrer à Justiça. O atual gigantismo do Judiciário e a monumentalidade arrogante de suas sedes são a contraface, como consensualmente registra a bibliografia, da falta de República e de suas instituições.

Nesse aspecto, a omissão e distanciamento dos Poderes Legislativo e Executivo acabaram por dar força à judicialização das políticas públicas, na medida em que a sociedade clama pela concretização rápida e eficaz dos direitos sociais elencados pelo art. 6º da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Para Luiz Roberto Barroso<sup>9</sup>, é perfeitamente possível ao judiciário atuar quando não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, ou então quando leis ou atos administrativos não são devidamente cumpridos. No entanto, nas hipóteses em que há lei e atuação da administração pública de forma a implementar a Constituição, a “ [...] interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.”

Dentre os direitos sociais previstos pela Constituição, encontra-se o direito à saúde e, intrinsecamente, o direito à vida, a qual o judiciário vem sendo constantemente provocado a interferir de forma a concretizar ou os garantir satisfatoriamente aos cidadãos.

---

<sup>7</sup>VIANNA, Luiz Werneck. *Não há limites para a patológica judicialização da política*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>8</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>9</sup>BARROSO, op.cit, p 22.

Segundo dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>10</sup>, até julho de 2018, este mesmo Tribunal possuía 50.482 (cinquenta mil quatrocentos e oitenta e dois) processos em seu acervo, cujo objeto era a prestação do serviço de saúde pública. Dentre tais demandas, o pedido mais recorrente é de fornecimento de medicamentos e de internação hospitalar. No mais, rotineiramente depara-se com reportagens acerca da escassez de leitos, remédios, médicos, não sendo rara, infelizmente, a morte de pacientes enquanto aguardam atendimento.

Diante de tais fatos, fica claro que as políticas públicas implementadas pelo Executivo, especialmente quanto à saúde, não são suficientes para suprir a demanda da sociedade, motivo pelo qual busca-se, cada vez mais, a tutela jurisdicional, a fim de dar efetividade aos direitos tutelados pela Constituição, na tentativa de garantir uma vida digna a todos.

Assim, ainda que *prima facie* pareça que o Judiciário esteja se imiscuindo em questões que estariam fora de sua alçada, não se pode ignorar a necessidade de efetivação dos direitos sociais, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana à sociedade, epicentro axiológico da Constituição, o que possibilita sua atuação sem que haja afronta ao princípio da separação dos poderes.

Desse modo, atualmente, o Judiciário possui o papel de garantidor e concretizador dos direitos sociais não implementados ou mal implementados pelo Legislativo e Executivo, de maneira a suprir as demandas na sociedade e assegurar o mínimo existencial. Por outro lado, apesar da concretização dos direitos sociais ser uma necessidade, não se pode ignorar que o orçamento público possui limites, que estão cada vez mais diminuídos em razão da grave crise que assola o país, originando a Teoria das Escolhas Trágicas, tema que será abordado com maior profundidade no próximo capítulo.

## 2. A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NAS DEMANDAS QUE ENVOLEM O DIREITO À SAÚDE.

Conforme exposto no capítulo anterior, as ações que buscam a efetivação do direito à saúde são cada vez mais corriqueiras. Por sua vez, o direito à saúde, e conseqüentemente à vida, é um dos direitos mais importantes, na medida que sem sua garantia os demais não possuem qualquer aplicabilidade, sendo este um pressuposto elementar para o exercício dos demais.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Comitê Estadual de Saúde*: dados estatísticos. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos?inheritRedirect=true>>. Acesso em: 04 set. 2018.



Sobre tal correlação, até mesmo o Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup> já se manifestou:

[...] o direito à vida – bem essencial da pessoa humana, sem o qual é sequer possível cogitar de outros direitos – não pode ser encarado, ao menos para efeito da discussão que ora se trava, sob uma perspectiva meramente individual, devendo, ao revés, ser pensado como um direito comum a todos os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e especialmente, no plano da saúde pública.

Nesse sentido, o direito à saúde encontra-se inserido na segunda dimensão dos direitos fundamentais, devendo, portanto, o estado atuar ativamente para que este seja garantido, de forma a reduzir as desigualdades no plano fático.

No entanto, por ser este um dever prestacional do estado, encontra-se necessariamente dependente de recursos orçamentários. Portanto, pode-se dizer que a porcentagem de concretização desse direito pelo Executivo e Legislativo é diretamente proporcional ao quanto do orçamento é a ele destinado. Os recursos financeiros do estado são finitos, cabendo aos representantes eleitos pelo povo a escolha de como será manejada a verba pública e quais serão as prioridades, sendo certo que nos termos do art. 2º da EC 86/2015, há um piso de quanto deve ser dirigido à saúde.

Assim, não raro, o estado alega em sua defesa que não possui orçamento suficiente para arcar com tratamentos ou procedimentos médicos quando instado a tal pelo Judiciário. Mas será que, de fato, tal argumento pode ser acolhido?

Tanto a doutrina como jurisprudência defendem que nenhum direito fundamental é absoluto. Não à toa que é possível, por exemplo, tirar uma vida sem ser penalizado por tal ato, nos casos de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e estado de necessidade. Assim, se até mesmo o direito à vida pode ser limitado, como deve funcionar com o direito à saúde?

A reserva do possível, diga-se, o argumento de inviabilidade de concretização do direito em razão de ausência de orçamento, deve ser analisada sob três aspectos: 1) disponibilidade fática; 2) disponibilidade jurídica; e 3) razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

A primeira encontra-se intrinsecamente ligada à limitação e escassez dos recursos materiais disponíveis para atendimento da demanda. A segunda, por sua vez, encontra-se relacionada à autorização orçamentária para cobrir os gastos. Por fim, a terceira compreende na razoabilidade e proporcionalidade do requerimento feito pelo titular do direito.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº3.510/DF*. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em: 29 mai. 08. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm> >. Acesso em: 06 mai. 2019.

Assim, conforme conclui Marcelo Novelino<sup>12</sup>:

[...] as limitações orçamentárias que dificultam ou impedem a implementação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado só poderão ser invocadas com a finalidade de exonerá-lo de suas obrigações constitucionais diante da ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. (...).

Mas, então, poderia a reserva do possível ser utilizada como argumento para indeferimento de medidas garantidoras do direito à saúde pelo Judiciário? Ana Paula de Barcellos<sup>13</sup> indica que o direito à saúde é integrante do seletor rol de direitos incluídos no mínimo existencial, que são, na realidade, conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida digna.<sup>14</sup>

Segundo Celso de Mello<sup>15</sup>, o mínimo existencial é absoluto, não podendo a reserva do possível impedir sua concretização:

IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDE RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191--197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. [...]

Seria, contudo, contraditório afirmar que o mínimo existencial é absoluto, na medida em que nem mesmo o direito à vida o é. Assim, frisa-se, não há como se afirmar que o mínimo existencial é absoluto, mas sim que apesar de poder ser relativizado, o núcleo essencial dos direitos por ele englobados, deve permanecer íntegro. Isso porque, caso comprovado cabalmente que a administração pública, de fato, não possui disponibilidade jurídica ou fática para implantar determinada política pública, ou para garantir certo tratamento médico, não haveria como condená-lo, já que esta seria uma obrigação de cumprimento impossível.

Nesse contexto, merece ser observado o princípio da vedação ao retrocesso. Concretizado o direito, este não poderá mais ser suprimido, passando a ser, inclusive, um direito subjetivo do ser humano. Desse modo, deverá haver apenas evolução sobre a matéria – dever de progressividade, tanto no aspecto legislativo, quanto na implementação de políticas públicas, sendo considerado igualmente como retrocesso a sua estagnação.

<sup>12</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso De Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 483

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

Nas hipóteses, portanto, em que há omissão ou inércia da administração pública na concretização do direito à saúde, caberá ao judiciário se imiscuir na temática, tutelando e garantindo a intangibilidade do núcleo essencial desse direito. Frisa-se que tal interferência do Judiciário não gera qualquer violação à separação dos poderes, na medida em que se está apenas conferindo eficácia ao texto constitucional. Sobre o tema, inclusive, já se manifestou do Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>:

Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a RE 482.611 / SC eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Ademais, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup> possui entendimento consolidado no sentido de que é solidária a responsabilidade dos entes federados em matéria de saúde.

Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.

Nesse aspecto, ainda que um dos entes não possua recurso financeiro para arcar com determinado tratamento, deverão os outros garantir a efetivação de tal direito.

Conclui-se, portanto, que o direito à saúde está inserido no rol dos direitos fundamentais ditos como mínimo existencial, e que apesar de nem mesmo tais direitos serem absolutos, não podem ter seu núcleo essencial atingido, nem mesmo pela alegação da reserva do possível. Além disso, a tutela do direito à saúde, assim como a dos demais direitos fundamentais, não permite retrocesso, devendo estar em constante evolução.

Esclarecendo-se tal ponto, surge, contudo, questionamento acerca de quais são os tratamentos médicos que devem ser custeados pela administração pública e o que seria razoável e proporcional de se exigir do estado, temática que será abordada no próximo capítulo.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>17</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178 RG*. Tema 793. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 5 mar 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

### 3. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DE CASOS POLÊMICOS QUE ENVOLVEM O DEVER DE CUSTEIO E GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Dentre inúmeras questões debatidas jurisprudência acerca do dever da administração pública em garantir o direito à saúde, pode-se destacar três temas extremamente relevantes: 1) o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS; 2) o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de alto custo; e 3) o custeio de tratamentos experimentais.

No que tange ao fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, em razão das repetidas demandas, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, em sede de repercussão geral, critérios cumulativos para que fosse possível impor o estado tal obrigação:

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 de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.<sup>18</sup>

Importante ressaltar que houve modelação de seus efeitos, podendo tais requisitos serem exigidos somente nos processos distribuídos a partir da data de publicação do acórdão, dia 04/05/2018<sup>19</sup>, de forma a preservar a segurança jurídica daqueles que não haviam se preparado para apresentar em juízo as provas exigidas pelo STJ.

Apesar de apaziguar uma grande controvérsia e conferir segurança jurídica para aqueles que pretendem requerer fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, é certo que não será fácil o preenchimento de todos os requisitos. Isso porque, muitas vezes, aqueles que procuram o fornecimento de medicamento não possuem conhecimento sobre tais exigências, sendo possível afirmar que será necessário o retorno ao consultório médico para que se possa requerer que no laudo médico estejam dispostos todos os requisitos estabelecidos pelo STJ, sob pena de indeferimento de seu pleito.

Assim, por um lado se conferiu segurança jurídica, mas por outro houve a criação de barreiras acerca da rápida solução da questão e garantia do direito, especialmente quando o requerente depende de atendimento em Clínicas da Família ou hospitais públicos, onde, em sua maioria, há grande espera para realização de consulta.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial nº1657156*. Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

No que concerne aos tratamentos ou medicamentos de alto custo, a temática também foi afetada pelo Supremo Tribunal Federal, para julgamento em sede de repercussão geral, não tendo, contudo, sido concluído. Apesar disso, merece destaque o voto-vista proferido pelo Min. Luiz Roberto Barroso, em que sustentou que o direito à saúde, apesar de ser garantia constitucional devendo ser assegurado pelo estado, não haveria impor à administração o dever de custeio de todo e qualquer medicamento ou tratamento. Veja-se:

Para que se tenha uma ideia, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 266 milhões em 2011, o equivalente a um aumento de mais de 10.000%. Já em 2014, o valor despendido pelo Ministério da Saúde com determinações judiciais chegou a R\$ 843 milhões. Essa preocupação é ainda mais evidente no caso dos remédios de elevado custo unitário ou que representem maior impacto financeiro. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todas as pessoas<sup>20</sup>.

Recentemente, ganhou notoriedade a notícia de que um menino de cinco anos, após diagnosticado com doença rara, retornou ao Brasil após três anos vivendo nos Estados Unidos, tendo em vista a impossibilidade de continuidade em seu tratamento. No caso, a União havia sido condenada ao custeio do tratamento no exterior<sup>21</sup>.

Nesse panorama, até que haja uma decisão final do STF sobre o tema, os Tribunais locais continuarão decidindo com base em critérios distintos, acabando, por muitas vezes, em beneficiar alguns em detrimento de outros, já que enquanto uns têm tratamento garantido no exterior, outros morrem nas filas de hospitais públicos, o que ressuscita, segundo Min. Luiz Roberto Barroso<sup>22</sup>, a discussão acerca da justiça na distribuição dos recursos sanitários entre os indivíduos.

Ainda, conforme o Ministro<sup>23</sup>:

Não há dúvida de que a saúde é um dos direitos mais valiosos aos seres humanos. Igualmente, é evidente que a prestação da assistência de saúde não pode depender unicamente da capacidade do indivíduo de custeá-la, sobretudo em uma sociedade com extrema desigualdade e concentração de riquezas, como a brasileira. Porém, parece claro que não é possível nem razoável que o Estado ofereça a todos os seus

<sup>20</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal *Recurso Extraordinário nº 566.471 Rio Grande Do Norte*. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Vista Min Luiz Roberto Barroso. Não julgado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>21</sup> GLOBO. *Davi Miguel desembarca no Brasil após 3 anos nos Estado Unidos e será tratado em hospital em SP*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2019/04/12/davi-miguel-desembarca-no-brasil-apos-3-anos-nos-estado-unidos-e-sera-tratado-em-hospital-em-sp.ghtml>.> Acesso em: 11 abr. 2019.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Recurso Extraordinário nº 566.471 Rio Grande Do Norte*. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Vista Min Luiz Roberto Barroso. Não julgado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>23</sup> Ibidem.

cidadãos todos e quaisquer medicamentos que solicitem. Ou, nas palavras de Ronald Dworkin, “[n]ão podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si”. Daí a necessidade de estabelecer critérios e limites para a distribuição desses bens e para racionalizar a sua prestação.

Importante, destacar que o projeto de lei do Senado (PLS) 120/2017<sup>24</sup>, de autoria do senador Zeze Perrella (PMDB-MG), pretendia regular o tratamento de doenças pelo SUS no exterior. Nele, havia previsão do custeio das despesas com procedimentos médicos, gastos com deslocamento e estadia do paciente e de dois acompanhantes. Como critérios para sua autorização, eram estabelecidos requisitos cumulativos: i) que a realização do tratamento no exterior deveria ser a única alternativa, ou seja, que não houvesse tratamento no Brasil; ii) que o tratamento não fosse experimental; iii) que o tratamento fosse oferecido em pelo menos três países; e iv) que fosse resolutivo, com efetividade cientificamente comprovada. No entanto, tal projeto não ganhou força e acabou sendo arquivado no final de 2018<sup>25</sup>.

Por fim, no que concerne ao custeio de tratamentos experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia, segundo decisão proferida, em sede de recurso repetitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça, e Enunciado nº 09 da III Jornada de Direito da Saúde<sup>26</sup>:

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Em 2016 a discussão acerca da pílula do câncer ressurgiu. Isso porque, após a proibição de sua venda em 2014, o Congresso Nacional elaborou a Lei 13.269/2016, que autorizava sua venda. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, considerou a lei inconstitucional<sup>27</sup>, por entender ter sido violado o direito à saúde, já que não haviam testes em humanos, bem como a separação de poderes, por ser dever do executivo a tutela da saúde.

<sup>24</sup> BRASIL. Senado Federal. *Dê sua opinião*: projeto prevê tratamentos no exterior pagos pelo SUS. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/24/de-sua-opinio-projeto-preve-tratamentos-no-externo-pagos-pelo-sus>> Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>25</sup>BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 120, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128887>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>26</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>27</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 5501 MC/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 19 mai. 2016 (Info 826). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

Nesse aspecto, verifica-se que a tutela da saúde é temática muito sensível, na medida em que a decisão negativa do judiciário a qualquer dos requerimentos feitos, seja para custeio de medicamento ou de tratamento, pode colocar em risco a vida, bem como a dignidade, do ser humano, o que leva, muitas vezes, a concessão de decisões favoráveis, sem maiores análises acerca da consequências que gerarão.

Não à toa a Lei nº 13.655/2018, acrescentou à LINDB o art. 20, dentre outros, o qual dispõe expressamente acerca da necessidade de se observar o consequencialismo jurídico das decisões na esfera pública, pois ao conferir a um o direito a determinado tratamento, este não pode ser negado aos demais em situação similar, sob pena de afronta ao Princípio da Igualdade.

Assim, deve o juiz, portanto, analisar casuisticamente cada caso, sem olvidar as consequências que sua decisão trará para os cofres públicos e utilizando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para tomar a decisão mais justa, na medida em que muitas vezes não há parâmetro vinculante pré-estabelecido pelos Tribunais Superiores.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre o direito à saúde, como garantia constante do texto constitucional, e a falta de atuação da Administração Pública, que deixa, cada dia mais, de implementar políticas públicas voltadas à saúde, gerando uma atuação ativa e protagonista do judiciário, a fim de preservar o mínimo existencial à sociedade.

O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a discricionariedade da administração pública em optar por implementar ou não determinadas políticas e o dever do judiciário de preservar e garantir a aplicação imediata do texto constitucional.

De um lado, a Administração Pública justifica sua inércia em virtude da impossibilidade orçamentária, a chamada reserva do possível, defendendo a possibilidade de mitigação do direito à saúde em razão da falta de verba para garanti-lo à todos. De outro, o Poder Judiciário entende que apesar de ser válido o argumento da reserva do possível, ele não pode ser utilizado para atingir o núcleo dos direitos compreendidos como integrantes do mínimo existencial.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que os Poderes Executivo e Legislativo estão, cada vez mais, enfraquecidos, em razão da existência de forte crise da democracia representativa, de forma que

a sociedade não os enxerga mais como seus representantes e garantidores de direitos, fato que decorre, principalmente, dos constantes escândalos de corrupção.

Assim, procura-se no Judiciário, um meio de concretizar os direitos constitucionalmente garantidos, especialmente à saúde, por meio de ações cujos pedidos são, em sua maioria, de custeio de tratamento e medicamento, gerando um protagonismo de sua atuação.

Atualmente, os hospitais públicos encontram-se superlotados, sem vagas, com poucos médicos e em estado precário. Por outro lado, em razão da forte crise que atingiu o Brasil, a demanda por tratamentos custeados pelo estado cresceu, já que os planos de saúde passaram a ser artigo de luxo.

Assim, o entendimento que chegou esta pesquisadora é de que apesar de se admitir o aumento da demanda, também não se pode permitir que o estado se acomode e continue a alegar a reserva do possível como forma de se eximir de sua responsabilidade. É necessário que o estado aumente a verba destinada à saúde e passe a implementar políticas públicas efetivas, que alcancem todos os que precisam de seu apoio. Em conjunto, também é necessário que se atualize os tratamentos e medicamentos oferecidos pelo SUS, de forma a englobar aqueles mais atuais e eficazes, evitando sua obsolescência.

Tais medidas, certamente, além de servirem como forma de ajuda à superação da crise representativa do Legislativo e Executivo, também auxiliarão na redução do número de demandas no Judiciário, encerrando ou reduzindo a discussão acerca da possibilidade ou de interferência de tal poder na implementação e efetivação de políticas públicas.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, a possibilidade de o judiciário intervir no mérito administrativo quando não há efetivação de direitos garantidos constitucionalmente, sem que isso seja visto como afronta à separação dos poderes, mas apenas como um dos deveres lhe impostos pela Constituição.

Ainda, objetivou-se defender que a reserva do possível pode ser alegada, mas desde que não alcance o núcleo dos direitos integrantes ao mínimo existencial, como o direito à saúde. Ademais, para que a reserva do possível possa ser sustentada, é necessário que se demonstre, efetivamente, a ausência de disponibilidade jurídica ou fática em arcar com o tratamento ou medicamento, não sendo suficiente, para tal, a mera alegação genérica.

Por fim, sustentou-se, também, que não é qualquer tratamento ou medicamento que deve ser custeado pelo estado, de forma que será necessária a observância e análise do caso concreto e a utilização de princípios como razoabilidade e proporcionalidade, além de ser



essencial a observância das consequências de decisão proferida, para que não se corra o risco de proteger maximamente o direito de uns e precariamente o direito de outros.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, programa de pós-graduação em direito. Defesa. Curitiba, 2011.

BRASIL. Senado Federal. *Dê sua opinião: projeto prevê tratamentos no exterior pagos pelo SUS*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/24/de-sua-opiniao-projeto-preve-tratamentos-no-externo-pagos-pelo-sus>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 120, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128887>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial nº 1657156. Rio De Janeiro*. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.510/DF*. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em: 29 mai 08. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/do http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm\\_cumento/informativo508.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/do_http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm_cumento/informativo508.htm)>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178 RG. Tema 793*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 5 mar 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal *Recurso Extraordinário nº 566.471 Rio Grande Do Norte*. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Vista Min Luiz Roberto Barroso. Não julgado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Dados estatísticos do Comitê Estadual de Saúde*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos>>. Acesso em 04 set. 2018.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. *Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do estado*. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. *A crise do sistema único de saúde e o fenômeno da judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

GLOBO. *Davi Miguel desembarca no Brasil após 3 anos nos Estado Unidos e será tratado em hospital em SP*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2019/04/12/davi-miguel-desembarca-no-brasil-apos-3-anos-nos-estado-unidos-e-sera-tratado-em-hospital-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso De Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM. 2017.

PEREIRA, Wilson Medeiros. *Judicialização das políticas públicas de saúde*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. *Não há limites para a patológica judicialização da política*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 23 set. 2018.