

## **O ATIVISMO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A BUSCA DO EQUILÍBRIO DO SISTEMA**

*Michel Faria de Souza*

Mestrando do Curso de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense

Email: [michty@hotmail.com](mailto:michty@hotmail.com)

[mfsouza@hgj.rj.saude.gov.br](mailto:mfsouza@hgj.rj.saude.gov.br)

### **RESUMO**

Este artigo tem o objetivo de contribuir com o debate acerca do controle judicial das políticas públicas de saúde, sob um enfoque de tornar o sistema mais racional e funcional. O grande aumento das demandas judiciais por prestações de medicamentos e tratamentos em face do SUS pode levar o sistema a um colapso. Pois, a inserção destas demandas, não previstas originalmente no orçamento público, pode comprometer as políticas públicas já planejadas. Portanto, a comunicação permanente entre a União, Estados, Municípios, Defensoria Pública, Ministério Público e Judiciário é fundamental para aprimorar o funcionamento do sistema como o todo.

**PALAVRAS CHAVE:** Saúde Pública. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais.

### **ABSTRACT**

This article aims to contribute to the debate about judicial review of public health policies, from a perspective of making the system more rational and functional. The large increase in lawsuits for benefits of medications and treatments in the face of SUS may cause the system to collapse. For the inclusion of these demands, not originally intended in public budgets, public policy may compromise already planned. Therefore, ongoing communication between the Union, States, Municipalities, Public Defender, prosecutors and judiciary is essential to improve the functioning of the system as a whole.

**KEYWORDS:** Public Health. Judicial Activism. Fundamental Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, sobretudo, no campo das políticas públicas de saúde vem crescendo ano após ano e o número de processos judiciais que ordenam o fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e tratamentos médicos, é um retrato deste fenômeno contemporâneo em nossa sociedade<sup>1</sup>.

A dicotomia entre Administração Pública – alegando que a interferência judicial no sistema de saúde com obrigatoriedade de prestações sanitárias, em um cenário de recursos limitados, na verdade, transfere do todo parte dos recursos públicos destinados ao sistema de saúde, ou seja, quando um juiz determina o fornecimento de um medicamento ou tratamento médico a um cidadão que ingressou com uma ação específica no judiciário, outros serviços do sistema previamente planejados pelo gestor público podem deixar de ser atendidos por falta de recursos.

Do outro lado o Poder Judiciário se confronta com uma situação trágica, a necessidade de prestações de saúde pública, muitas vezes não prestadas pela Administração, requeridas por um cidadão que vê nele a última esperança de garantir o seu tratamento e consequentemente preservar a sua vida ou de um ente<sup>2</sup>.

A judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Esse fato social começa a suscitar, tanto nas ciências jurídicas, quanto nas ciências médicas e de gestão de saúde pública, uma tentativa de encontrar um mecanismo de equalização do sistema. De forma que o ativismo judicial, relacionado ao controle de políticas públicas de saúde, possa ser prestado da melhor forma possível, e

---

<sup>1</sup>Em São Paulo, o secretário estadual de Saúde, Luiz Roberto Barradas Barata, publicou em diversos jornais o artigo Remédios na dose certa (Radis nº 39, Súmula) declarando que os gastos do seu estado com demandas judiciais por medicamentos no primeiro semestre de 2005 — no valor de R\$ 86 milhões — já correspondiam a quase o dobro dos recursos despendidos para o mesmo fim em todo o ano de 2004. “Guardadas as devidas proporções, a situação não é muito diferente nos outros estados.”

<sup>2</sup> BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In SOUZA NETO, C. P. SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

de preferência respeitando e acatando o planejamento do gestor público e corrigindo as omissões e falhas da Administração Pública.

Portanto, de forma propedêutica o presente artigo visa contribuir com o debate acerca dos problemas que envolvem o ativismo judicial no sistema de saúde pública. O aprimoramento de mecanismos de trocas de informações entre os Gestores Públicos, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário podem contribuir para melhoria do sistema de saúde. Uma vez que, as demandas reiteradas exercidas no judiciário, requerendo medicamentos e tratamentos, podem passar a fazer parte do planejamento do gestor público quando informadas por aqueles a este.

Do contrário, continua-se a desperdiçar o dinheiro público com gastos judiciais, tempo e conhecimento de juízes, defensores, promotores e procurados que poderiam estar concentrando seus esforços em outras demandas, pois, ao fim e ao cabo, a Administração Pública será obrigada a fornecer o tratamento ou medicamento requerido na inicial em nove de cada dez demandas<sup>3</sup>.

Em breves pesquisas jurisprudenciais nos sítios do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 2º Região e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro percebe-se que a administração pública é condenada, quase sempre, a fornecer medicamentos e tratamentos solidariamente aos requerentes. Assim como, em leituras bibliográficas e artigos, percebe-se que o tema é relevante e que a doutrina especializada não é indiferente a esse problema social e vem tentando contribuir com pesquisas que apontem um parâmetro razoável no caso concreto.

Portanto, o melhor caminho a ser seguido é a permanente comunicação e troca de informações entre os gestores públicos, judiciário, defensoria, ministério público visando antecipar as respostas a estas demandas e contribuir para a melhoria do sistema.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O art. 6º da Constituição da República (CRFB) afirma ser a saúde um direito social, deixando transparecer a possibilidade de o cidadão exigir alguma prestação estatal capaz de lhe garantir uma existência saudável.

---

<sup>3</sup> Em uma breve pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2º Região, constatasse que a grande maioria das demandas requerendo medicamentos e tratamentos em face da Administração é julgada procedente.

Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, a saúde não é a mera ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social<sup>4</sup>.

Desse modo, quando se fala em direito à saúde, se está tratando dos meios necessários à promoção da saúde, que, segundo a Carta de Ottawa, elaborada durante a Primeira Conferência Internacional de Promoção da Saúde, em 1986, significa o processo de capacitação da pessoa para a melhoria e o aumento de controle da saúde<sup>5</sup>.

Sendo a saúde o estado de completo bem-estar, sua promoção não se esgota nas prestações de saúde, dependendo de políticas públicas relacionadas a outros campos da atuação estatal, como aquelas necessárias à conquista de paz, moradia, educação, alimentação, renda, ecossistema saudável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade.

Porém, essa visão ampliada da promoção da saúde ultrapassa os limites do próprio direito à saúde, considerado isoladamente, pois depende de iniciativas intersetoriais. A moradia, educação e renda contribuem para a promoção da saúde, porém não integram o conceito de direito à saúde, uma vez que constituem direitos autônomos. Caso contrário, concluir-se-ia que o direito à saúde teria menos a ver com o campo regional da saúde e mais a ver com o campo global da sociedade, apesar da clara disposição constitucional de tutelá-la autonomamente.

Demonstrada a existência de um direito subjetivo público consubstanciado no acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, é necessário verificar a existência de seu fundamento teórico sócio-político-jurídico<sup>6</sup>.

Não é objetivo deste trabalho aprofundar o debate sobre o conceito e a estrutura dos direitos fundamentais<sup>7</sup>. Busca-se aferir se o direito à saúde pode ser caracterizado como um direito fundamental. Todavia, algumas considerações iniciais são necessárias.

Destaca-se que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos. Como leciona ALEXY<sup>8</sup>, e, assim sendo, englobam tanto os direitos a ações negativas, quanto

---

<sup>4</sup>Constitution of the World Health Organization. Disponível em <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>, acesso em 09 de junho de 2012.

<sup>5</sup>Ottawa Charter for Health Promotion. Disponível em [http://www.who.int/hpr/NPH/docs/Ottawa\\_charter\\_hp.pdf](http://www.who.int/hpr/NPH/docs/Ottawa_charter_hp.pdf). acesso em 18/07/2012.

<sup>6</sup>HENRIQUES, F. V. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In SOUZA NETO, C. P. (org.). SARMENTO, D. (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 831.

<sup>7</sup>ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-203.

<sup>8</sup>\_\_\_\_\_ defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. Para

positivas. Este autor ensina que as normas de direito fundamental conferem aos indivíduos a posição jurídico-subjetiva de exigir seu direito a algo. Direito de exigir prestações (ações positivas) e abstenções (ações negativas) do Estado.

As ações negativas são subdivididas por Alexy em três grupos: o primeiro, de que o Estado não impeça ou obstaculize o exercício de um direito fundamental; o segundo, o direito de que o Estado não afete situações jurídicas ou propriedades dos indivíduos e o terceiro, o direito de que o Estado não elimine sua posição jurídica: uma vez conferido o direito fundamental ao cidadão, o Estado não pode derogá-lo.

E os direitos fundamentais podem assumir a forma de direitos à prestação diante da omissão do Poder Público no exercício de controle do cumprimento dos direitos fundamentais.

Desse modo, podemos identificar o direito à saúde como um direito subjetivo a ações estatais positivas em nossa Constituição, sua estrutura se adéqua perfeitamente à de um direito fundamental.

No entanto a controvérsia quanto à caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais é antiga e está longe de encontrar solução única. Enquanto alguns autores sustentam a fundamentalidade de todas as prestações sociais positivadas na Constituição, independentemente de sua vinculação à dignidade da pessoa humana, outros negam a legitimidade de imposição de cumprimento destes pelo Judiciário<sup>9</sup>.

Alguns autores elaboraram uma teoria denominada de mínimo existencial<sup>10</sup>, que seria um mínimo necessário a que todo cidadão teria o direito de obter do Estado para uma existência digna.

Mas definir o que é o conteúdo do mínimo existencial é sempre tarefa difícil - mesmo diante de um caso concreto. No plano abstrato a missão torna-se ainda mais difícil, sendo divergentes as produções científicas que identificam quais seriam suas parcelas integrantes.

BARCELLOS (2009) chega ao mínimo existencial por meio de uma ponderação abstrata de normas, realizada antes do surgimento de um caso concreto, contribuindo de forma indelével para o debate. A ideia é antecipar os conflitos constitucionais com

---

tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

<sup>9</sup>Como exemplo, cf. SARLET, I. W. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, D. (org). GALDINO, F. (org). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 572-573.

<sup>10</sup>TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Princípio capaz de assegurar as condições mínimas de existência digna.

auxílio de situações hipotéticas, criando-se parâmetros para ajudar a orientar o aplicador da norma, ou seja, o gestor público<sup>11</sup>.

Essa estrutura de pensamento permitiu à autora ponderar a dignidade humana e outros princípios constitucionais, tais como o princípio democrático e o da separação de poderes e direitos sociais chegando-se, como resultado, ao mínimo existencial.

A autora busca racionalmente um método capaz de equacionar essa questão, através da ponderação e conclui que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental. Sendo os três materiais o direito à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos desamparados e o acesso à justiça seria o direito instrumental capaz de concretizá-los em caso de mora do Estado.

No entanto, o debate sobre a judicialização da saúde se insere em um contexto maior no qual se discute a legitimidade do controle judicial dos atos da Administração Pública. Por esse motivo, para bem compreender o tema do presente trabalho, é fundamental analisar o controle judicial da atividade administrativa.

Hodiernamente cabe ao Estado/Juiz a primazia na tutela dos direitos fundamentais, constatasse que a garantia desses depende de um efetivo acesso à justiça. É necessário permitir ao cidadão ter acesso aos tribunais para pleitear prestações inadimplidas pela Administração Pública. Isso conduz o próprio acesso à justiça ao *status* de direito fundamental. Sem ele, não há como se reconhecer a existência efetiva de qualquer outro direito.

No Brasil, o acesso à justiça, em seu conteúdo formal, é garantido no sistema constitucional pela inafastabilidade do controle jurisdicional, positivada no art. 5º, XXXV da Constituição da República (CRFB), segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de lesão a direito.

Não escapam à apreciação do Poder Judiciário, nem mesmo, os conflitos travados entre o Estado (Administração Pública) e o indivíduo (administrado). Aliás, em um Estado de Direito, essas relações entre a Administração Pública e o cidadão assumem grande importância, pois ambas as partes estão submetidas a uma disciplina normativa restritiva de sua atuação. Não apenas o cidadão tem a sua liberdade limitada pelo ordenamento jurídico, como a Administração encontra limites para o seu atuar, devendo obediência à lei (princípio da legalidade), além de normas não positivadas, e,

---

<sup>11</sup> BARCELLOS, A. P. de. Artigos 196 a 200 (comentários). In BONAVIDES, P. (org.). MIRANDA, J. (org.). MOURA AGRA, W. de (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

sobretudo, à Constituição e aos direitos fundamentais. A ultrapassagem de tais limites causa, em regra, lesão a direito subjetivo público do cidadão, ou a direitos transindividuais, cabendo ao Judiciário, quando provocado, solucionar esse conflito<sup>12</sup>.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da Constituição Brasileira), a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais (art. 3º, II da Constituição Brasileira) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV da Constituição Brasileira) passam a ser os objetivos fundamentais do Estado que, para cumpri-los, torna-se devedor de direitos subjetivos públicos, os quais não se restringem a instrumentos de limitação da atuação estatal (liberdades públicas), mas também exigem prestações estatais positivas. Surgem, assim, direitos econômicos e sociais, dos quais os indivíduos se tornam credores do Poder Público.

O direito fundamental à saúde integra o mínimo existencial e este pode ser exigido judicialmente, não podendo ser restringido pelos outros poderes constituídos. Isso significa que em caso de ofensa a direito fundamental, a discricionariedade legislativa e administrativa é reduzida e passa a se submeter ao controle judicial<sup>13</sup>.

O sistema judicial brasileiro costuma deferir as tutelas que versam sobre prestações de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, não considerando, ou considerando pouco, o planejamento e orçamento realizado pelos gestores públicos. Isto, por si só, é um entrave ao pleno funcionamento do sistema.

Uma breve análise da jurisprudência, no período de janeiro a julho de 2012, é reveladora. No Superior Tribunal de Justiça, de 56 acórdãos pesquisados, 49 eram favoráveis à pretensão de fornecimento de remédios ou outros tratamentos. A mesma pesquisa no Tribunal Regional Federal da 2ª Região ( que engloba os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo) foram encontrados 87 acórdãos favoráveis aos pedidos dos pacientes e apenas nove, negaram<sup>14</sup>. No sitio eletrônico Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foram encontradas mais de trezentos processos somente no ano 2012 versando sobre o tema fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo SUS<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_ Idem.

<sup>13</sup> Art. 5º da CFRB. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>14</sup> Pesquisa realizada por meio da página do STJ na *internet* <www.stj.jus.br>, em 17 de julho de 2012 limitado ao período de 01/01/2012 a 18/07/2012. Chave de pesquisa: SUS, fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

<sup>15</sup> Pesquisa realizada no sitio do TJRJ em julho de 2012.

Em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal (STF), identificaram-se quatorze decisões monocráticas – todas favoráveis aos cidadãos – contra apenas duas que denegaram os pedidos. É recorrente, quase sempre, a mesma fundamentação jurídica para se deferir ou não a tutela<sup>16</sup>.

Entre as decisões do STF foram localizados dois precedentes favoráveis à Administração Pública, ao suspenderem decisões judiciais que haviam determinado o fornecimento de medicamentos. Entretanto, essa tendência jurisprudencial não se confirmou em decisões posteriores. No entanto, é inquestionável o aumento do peso de um dos argumentos das defesas fazendárias: o impacto das decisões judiciais nos orçamentos públicos. Embora o STF – exceto nas duas situações já citadas – confira maior peso ao direito à saúde dos postulantes do que ao equilíbrio orçamentário, a corte passou a enfrentar o assunto com maior preocupação de fundamentação.

A preocupação com as repercussões das decisões judiciais na esfera orçamentária da Administração Pública, no que tange a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos e tratamentos não previstos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), passou a ganhar atenção do STF após a audiência pública realizada entre abril e maio de 2009, quando, durante seis dias, ouviram-se especialistas de diversas áreas a respeito da judicialização da saúde no próprio STF por iniciativa do seu presidente a época, o Ministro Gilmar Mendes.

Entretanto, apesar desse marco, as demandas versando a respeito de prestações de saúde (medicamentos e tratamentos) continuam em sua grande maioria favoráveis aos cidadãos. E isto é aceitável. Pois, não se pode deixar de lembrar que atrás da toga existe um ser humano e é salutar que seja assim.

Entretanto, o que se questiona é, são os juízes os melhores técnicos para determinar a Administração pública o fornecimento de medicamentos, ou tratamentos não constante na tabela do SUS?

O poder executivo conta com especialistas que detêm a expertise na área, conhecimento este que falta ao judiciário, em regra, e, portanto, tem que ser sopesado, a bem do funcionamento da Administração Pública, toda decisão que impor ao Estado a prestação de serviços de saúde não previstos pelo SUS.

---

<sup>16</sup>Pesquisa realizada por meio da página do STF na *internet* <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>, em 18 de julho de 2012, limitada ao período de 01/01/2012 a 18/07/2012. Direito a saúde como direito fundamental, devendo prevalecer ao simples argumento da Administração Pública de previsão orçamentária. Ou o seu inverso para negar a tutela.



Todavia, estando o poder público em omissão, abre-se espaço para a intervenção do judiciário quando demandado. Pois, na verdade, não se trata de intromissão do Judiciário na competência da Administração, e sim, uma correção desta omissão a um direito fundamental, perpetrada pela própria Administração Pública.

A melhor maneira de resolver esse problema é a junção de esforços entre os poderes na busca de equalizar todo o sistema de saúde, ou seja, as demandas que chegam reiteradamente ao Poder Judiciário requerendo remédios e tratamentos da Administração Pública não constante na tabela do SUS, deveriam ser informadas aos gestores desta área para que estes estudassem a viabilidade de inclusão destes insumos e procedimentos na referida tabela. Poupar-se-ia tempo e dinheiro público e ainda haveria contribuição para otimização da gestão pública.

Neste cenário, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), composto por União, Estados e Municípios é marcada pela descentralização e hierarquia. Este novo formato da rede de atenção à saúde gera desafios para a Federação, pois estabelece uma inédita dinâmica de trabalho entre as três esferas.

O atual federalismo brasileiro oferece uma divisão de poder que se caracteriza pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (Constituição da República – CRFB, art. 1º), dando origem a uma administração político-administrativa composta de três esferas autônomas: federal, estadual e municipal, além da distrital, consubstanciada em uma mescla das demais (CRFB, art. 18)<sup>17</sup>.

A constituição de 1988 parece apontar para uma nova espécie de Federação, a cooperativa<sup>18</sup>. Encontram-se sinais da intenção do constituinte de introduzir o federalismo cooperativo no Brasil nos do art. 23,§Ú e no art. 241 da CFRB<sup>19</sup>.

A centralização das políticas de saúde sempre foi a maneira de gestão implementada pelo poder público desde o Império, até a República. Isto foi rompido

---

<sup>17</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

<sup>18</sup> O federalismo cooperativo é definido por REINHOLD ZIPPELIUS como: *aquele que acarreta uma “obrigação ao entendimento”, quer dizer, o dever das partes no sentido de se harmonizarem entre elas e, caso necessário, aceitarem compromissos. O envolvimento funcional dos Estados membros nos processos centrais de planejamento e regulação, pode servir de exemplo a esse respeito.* ZIPPELIUS, R. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 510.

<sup>19</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

com a Constituição da República de 1988, que incluiu entre as atribuições dos Municípios a prestação de serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados (CRFB, art. 30, VII). Trata-se de regra inspirada no princípio da descentralização, valorizando o papel dos entes federados, especialmente daqueles mais próximos da população, os Municípios.

A acertada previsão permite uma aproximação da comunidade com as instâncias decisórias, estimulando a sua participação nos debates, em perfeita harmonia com o art. 198, III, da CRFB. Isso porque a gestão descentralizada é capaz de focar as especificidades de cada região e de desconstruir, ao menos parcialmente, a distância existente entre o cidadão e o gestor público<sup>20</sup>.

Os Municípios foram erigidos ao posto de principais executores das ações e serviços públicos de saúde, concretizando um ideário do movimento sanitarista, que na IX Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1992, elegeu o seguinte tema central: *“Saúde: municipalização é o caminho”*<sup>21</sup>.

O município atende às exigências da descentralização insculpidas na Constituição Federal, funcionando como instância tangencial entre a sociedade e o Poder Público. Esse equilíbrio entre descentralização e municipalização é o que deve ser perseguido pelos gestores públicos<sup>22</sup>.

Entretanto, apesar da descentralização e especialmente a municipalização, ser apontada como o caminho a ser seguido, não se pode ter a ilusão de enxergá-la como a panacéia para todos os problemas da saúde pública brasileira. As especificidades de cada município do país são um grande desafio aos gestores públicos.

Estas enormes desigualdades em diversos campos, tais como: econômico, políticos, infraestrutura, orçamentária, cultural e de conhecimentos técnicos dificultam, ainda mais, o aprimoramento do sistema de saúde como um todo. Sobrecarregando, por muitas vezes, os municípios que estão mais bem estruturados pela absorção de clientela oriunda de municípios vizinhos menos estruturados<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> 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: III - participação da comunidade.

<sup>21</sup> Relatório final da IX Conferência Nacional de Saúde, disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_9.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf)>, acesso em 27/06/2012.

<sup>22</sup> Art. 30. Compete aos Municípios: VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

<sup>23</sup> [portal.saude.gov.br/portal/.../Apresentacao\\_IDSUS\\_28-02-12\\_02.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/.../Apresentacao_IDSUS_28-02-12_02.pdf)

Destarte, a busca pela eficiência, efetividade e eficácia nas políticas públicas de saúde devem ser norteadas de forma objetiva e concentrar os esforços de todos os atores envolvidos na gestão e planejamento dos serviços de saúde.

BUCCI entende política pública como um

“programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”<sup>24</sup>.

Em nosso país, o grande número de competências comuns entre União, Estados e Municípios indica que o constituinte perquiriu a comunhão de esforços para obtenção de resultados como o cuidado com a saúde (art. 23, II), a preservação do meio-ambiente (art.23, VI) e o combate à pobreza (art. 23, X). Sendo assim, ao invés de competirem pelo aumento ou diminuição de suas atribuições, cada um deve oferecer o melhor ao seu alcance para a conquista desses ideais<sup>25</sup>.

O federalismo cooperativo busca substituir a competição entre as unidades federadas pela cooperação em prol de um objetivo comum. Sendo assim, todos os entes devem interagir, contribuindo um com o outro para o alcance dos objetivos estatais.

Diante das enormes diferenças entre as capacidades de unidades federadas implantarem políticas públicas, a busca pela cooperação entre os entes federados e os poderes da república torna-se ainda mais fundamental. Não é por outro motivo que a sua ausência é apontada como uma das causas da não consolidação prática do federalismo cooperativo brasileiro<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>25</sup> Art. 23. É competência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

<sup>26</sup> SOUZA, C. Desenho Constitucional, instituições federativas e relações intergovernamentais no Brasil pós-1988. In FLEURY, S. (org.). **Democracia, descentralização e desenvolvimento**: Brasil e Espanha. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19.

A saúde é uma das poucas áreas de atuação do Estado em que se observa a implantação efetiva de uma atuação federativa cooperativa, com a criação de instrumentos que permitem, a todas as unidades federadas, a participação na elaboração e no acompanhamento das políticas públicas, sob a coordenação da União.

As leis federais estabelecem normas gerais sobre o Sistema Único de Saúde e distribuem as atribuições entre as direções nacional, estaduais e municipais (Lei 8.080/90, arts. 16 a 18). A legislação federal prevê, ainda, a existência de um conselho de saúde e uma conferência de saúde em cada esfera de governo. As conferências, compostas por representantes de vários segmentos sociais, reúnem-se a cada quatro anos para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde (Lei 8.142/90, art. 1º, § 1º).

Já os conselhos, que possuem caráter permanente e deliberativo e são compostos por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de saúde e dos usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde (Lei 8.142/90, art. 1º, § 2º).

No âmbito nacional, o Conselho de Saúde (CNS) é integrado também pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) (Lei 8.142/90, art. 1º, § 3º). A dinâmica construída pelo legislador permite que Estados e Municípios participem do processo de elaboração de políticas nacionais de saúde e do controle de sua execução. Assim, Estados e Municípios contribuem na formulação das políticas de âmbito nacional, em uma relação de colaboração.

Nota-se, portanto, que a intenção do constituinte é que União, Estados e Municípios – cabendo a esse último por estar mais próximo ao cidadão a prestação de serviços de saúde a população, prioritariamente, com auxílio daqueles – cooperem entre si buscando o constante aperfeiçoamento do sistema público de saúde.

### 3. CONCLUSÃO

É necessário avançar diante da grande quantidade de demandas judiciais objetivando prestações de medicamentos e tratamentos, muitos deles caríssimos e muitas vezes de eficácia não comprovada, não prevista na tabela do SUS. Chegou o

momento de representantes dos Ministérios Públicos, do Poder Judiciário e da Defensoria Pública ter assento nestes conselhos.

Estes têm muito a contribuir com debate e com aperfeiçoamento do sistema de saúde, uma vez que operam diretamente com parte da clientela que demanda e se insurge contra a omissão estatal e procuram o poder judiciário para a correção da não prestação correta por parte da administração pública.

Entende-se que quando um juiz determina a Administração Pública que forneça um medicamento ou custeio de um tratamento, o faz com a melhor das intenções no intuito de salvar uma vida ou ao menos minorar o sofrimento de ser humano e, confesso, não faria diferente.

Entretanto, como bem observaram Souza Neto e Sarmento, o judiciário pode estar realizando o papel de Robin Hood às avessas, retirando recursos do orçamento previstos para todos e repassando para poucos. Pois, a grande maioria da clientela que vai até o judiciário requerer do poder público o custeio de seu tratamento, pertence à classe média que, em regra, pode pagar os custos de um processo<sup>27</sup>.

Com a criação dos juizados especiais o poder judiciário está mais próximo da população e as pessoas mais pobres estão apreendendo a reivindicar os seus direitos e isto tem ocorrido, sobretudo, nas questões de direito do consumidor. Diga-se que ainda permanece adormecido – para a grande maioria da população – o conhecimento de que ela pode requerer do poder público, quando este está em omissão, prestações positivas, por exemplo: fornecimento de medicamentos pela Administração Pública.

O cenário que se vislumbra é trágico, pois se nesse momento histórico é a classe média que detém o conhecimento para ingressar no judiciário pleiteando o cumprimento das prestações positivas pelo poder público e o Poder Judiciário reclama diuturnamente do excesso do número de processos, imagine-se o momento em que as classes mais pobres descobrirem que este direito também lhes pertence e comecem a agir da mesma forma que a classe média?

Acompanhando a ideia de prevenir ante a necessidade de reparar erros, os gestores públicos, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública devem manter um diálogo permanente na busca de tornar o sistema mais eficiente e pronto para responder às demandas que surgirem.

---

<sup>27</sup> SOUZA NETO, C. P. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In SOUZA NETO, C. P., SARMENTO, D. (organizadores). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Como sugestão, acredita-se que a participação destas instituições poderia auxiliar os gestores públicos da área de saúde no aperfeiçoamento da gestão pública de saúde e atualização da listagem de medicamentos e tratamentos oferecidos pelo SUS, captando *in loco* as demandas que são reiteradamente propostas perante o judiciário e transferindo estas informações aos responsáveis, em cada nível de governo, para que de acordo com as necessidades específicas de cada região e localidade, os gestores públicos possam elaborar os planos estratégicos, na referida área, munidos desta valiosa informação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, A. P. de. Artigos 196 a 200 (comentários). In BONAVIDES, P., MIRANDA, J., MOURA AGRA, W. de (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In SOUZA NETO, C P., SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUCCI, M. P. D. **O conceito de política pública em direito**. In BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTA, G. C. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In MATTA, G. C., PONTES, A. L. de M. (orgs.) **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

PIETRO, M. S. Z. Di. **Direito Administrativo**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, I. W., TIMM, L. B. (orgs.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, D., GALDINO, F. (orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, C. Desenho Constitucional, instituições federativas e relações intergovernamentais no Brasil pós-1988. In FLEURY, S. (org.) **Democracia, descentralização e desenvolvimento**: Brasil e Espanha. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

#### ARTIGOS E SÍTIOS PESQUISANDOS NA *INTERNET*

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In SOUZA NETO, C. P., SARMENTO, D. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Constitution of the World Health Organization. Disponível em <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>, acesso em 09 de junho de 2012.

Relatório final da IX Conferência Nacional de Saúde, disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_9.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf)>, acesso em 27 de junho de 2012.

<[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/port\\_interministerial\\_02-1986.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/port_interministerial_02-1986.pdf)>. Acesso em 20 de julho de 2012.

<[www.jfrj.gov.br](http://www.jfrj.gov.br)>. Acesso em 20 de junho de 2012.

<[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 17 de julho de 2012.

#### ANEXOS:

#### JURISPRUDÊNCIA

RE 607381 AgR / SC - SANTA CATARINA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 31/05/201 Órgão Julgador: Primeira Turma – Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para

postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ.

2. O reconhecimento, pelo STF, da repercussão geral não constitui hipótese de sobrestamento de recurso que tramita no STJ, mas de eventual Recurso Extraordinário a ser interposto.

3. A superveniência de sentença homologatória de acordo implica a perda do objeto do Agravo de Instrumento que busca discutir a legitimidade da União para fornecimento de medicamentos.

4. Agravo Regimental não provido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO À SAÚDE. EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO RESERVA DO POSSÍVEL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 1. É solidária entre os entes da Federação e tem assento constitucional a responsabilidade pelo fornecimento dos produtos e serviços públicos de saúde, o que não tolera exceções por lei e tampouco por normas administrativas, as quais se limitam a distribuir responsabilidades internamente e não servem de fundamento para negar direitos perante os interessados (STF, SL 47 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julg. 17.03.2010, DJ 30.04.2010). 2. É papel do Poder Judiciário delimitar o núcleo duro dos direitos fundamentais, apontando quais produtos ou serviços de saúde são essenciais. Nesse contexto, o direito à saúde é judicialmente exigível da Administração, não apenas por omissão administrativa (em que o dever de prestação está prevista em lei), mas também por omissão legislativa, sempre que a essencialidade da prestação (mínimo existencial) estiver demonstrada. Porém, com efeito, o fenômeno da judicialização da saúde pública nem sempre diz respeito à jurisdição constitucional, porque grande parte dos conflitos referentes à oferta de produtos ou serviços de saúde se relaciona com a efetivação, pela Administração, de políticas de saúde já existentes em lei (STF, Segunda Turma, AI 734487 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ. 20.08.2010). 3. A •reserva do possível– (unter dem Vorbehalt des Möglichen), segundo um precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), diz respeito a direitos de beneficiar-se de prestações do Estado já existentes, dos denominados direitos fundamentais derivados (grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe), como por exemplo, os de participar de vagas existentes em universidades públicas, e que se pode razoavelmente exigir da sociedade, ou seja, dentro



dos recursos orçamentários. Isso não se confunde com os direitos fundamentais originários, que obrigam o legislador a criar prestações ainda não existentes. Nesse contexto, a falta de orçamento público não obsta a exigibilidade judicial do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, tratando-se de prestações de saúde vinculadas à lei (direitos fundamentais derivados), a reserva do possível deve ser observada, nos limites do orçamento, mas, neste caso, compete à Administração comprovar - e não apenas alegar - que o orçamento não comporta a satisfação da pretensão do demandante. 4. O princípio da igualdade a ser observado pela Administração não serve de justificativa para negar direitos subjetivos. Realmente, conceder a um cidadão um direito que também poderia ser estendido a todos os que estivessem na mesma situação, sem efetivamente estendê-lo, rompe com a ideia de igualdade. Porém, o erro está na Administração não estender esse benefício e não no Judiciário reconhecer o direito. 5. Não há óbice para o Judiciário decidir sobre a incorporação de inovações tecnológicas junto ao SUS ou sobre o registro correspondente junto à ANVISA. A propósito, a vedação indicada no art. 19-T da Lei nº 8.080/90, com a redação da Lei nº 12.401/2011, está, naturalmente, condicionada a situações em que o comportamento da Administração não implique ilegalidade ou ofensa a direitos ou princípios fundamentais. 6. Negado provimento à Remessa e às Apelações.

**1ª Ementa** DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 14/08/2012 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. **FORNECIMENTO** DE MEDICAMENTO. Direito a vida e a **saúde** garantidos constitucionalmente, surgindo cristalino o direito da Autora ao **fornecimento** do **medicamento** indicado, não podendo a ele se opor o Município ou o Estado do Rio de Janeiro sob a alegação de que tal remédio não compõe a lista do Sistema Único de **Saúde**. Precedentes desta Corte. A existência de **tratamento** alternativo oferecido pelo SUS não afasta a obrigação dos Réus ao **fornecimento** do **medicamento** indicado pelo médico da Autora. Correta a imposição à Autora de apresentação de receituário emitido apenas por profissional vinculado ao SUS. Reforma da sentença para condenar o Município do Rio de Janeiro ao pagamento de honorários advocatícios em razão da sucumbência. **NEGADO SEGUIMENTO AO DA FAZENDA PÚBLICA E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO AUTORAL.**

**1ª Ementa** DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 09/08/2012 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. **MEDICAMENTOS**. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO **MEDICAMENTO** POR OUTRO QUE SEJA GENÉRICO OU SIMILAR, MAS MERA ALTERNATIVA TERAPÊUTICA. INSUMOS OU PRODUTOS COMPLEMENTARES. Direito à **saúde**. Responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, que deriva dos mandamentos dos artigos 6º, 23, inciso II, 24, inciso XII, 194, 195, 196 e 198 da CF/88 e da Lei nº 8080/90. Autor que comprovou a hipossuficiência financeira e a necessidade de utilização do remédio. Utilização dos equivalentes terapêuticos sugeridos pelo Estado. **Medicamentos** que não são similares ou genéricos. Afastamento da incidência da súmula 116 do TJRJ. Uso de medicamentos que não possuem o mesmo princípio ativo nem a mesma eficácia de **tratamento**, que acarretaria prejuízo à **saúde** do autor. Divergência entre o médico vinculado ao SUS e o ente federativo. Privilégio à prescrição do profissional que acompanha o paciente, sob pena de indevida invasão da seara da ciência médica. Precedentes do TJRJ no sentido de que, não havendo anuência do médico, não cabe a substituição de **medicamento** por outros

que não possuam o mesmo princípio ativo do **medicamento** prescrito pelo serviço de **saúde**, visto que equivalentes terapêuticos não são similares ou genéricos. Premente necessidade do **medicamento**. Dever de **fornecimento** que não está condicionado à inclusão na lista de **medicamentos** fornecidos pelo ente federativo. Inteligência da súmula 180 do TJRJ. Necessidade de apresentação, por ocasião da entrega do **medicamento**, de receituário médico emitido por profissional vinculado ao SUS. Medida que assegura o controle da evolução do **tratamento** de **saúde** e evita malversação dos **medicamentos** fornecidos gratuitamente pelo Poder Público. Precedentes do TJRJ. Prestação unificada de **saúde**, que também engloba a obrigação do ente público de fornecer insumos, produtos complementares ou acessórios aos **medicamentos**, desde que diretamente relacionados ao **tratamento** da moléstia. Incidência da súmula 179 do TJRJ. Recurso em confronto com súmulas e jurisprudência dominante desta Corte. Art. 557, caput, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO