

---

# O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A VIOLAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELO ABUSO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*THE RIGHT OF HEALTH IN BRAZIL AND THE VIOLATION TO THE RULE OF LAW BY THE ABUSE OF JUDICIAL REVIEW*

---

*Vanessa Affonso Rocha*

*Advogada da União graduada pela Universidade de Brasília, 2005. Pós-Graduação em Direito Público pelo Instituto Praetorium, em parceria com a Universidade Cândido Mendes, 2006. Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Coordenadora-Geral e Consultora Jurídica substituta da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, 2011-2015.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Estado Democrático de Direito e Império da Lei. 1. Controle de Constitucionalidade no Brasil: sistema misto. 3. Direito à saúde no Brasil; 3.1. Direito à saúde como direito social; 3.2. Direito à saúde como política pública; 3.3. Universalidade e Integralidade. 4. Inobservância dos preceitos legais acerca do direito à saúde e desvirtuamento dos conceitos de universalidade e integralidade pelo Poder Judiciário Brasileiro: abuso no exercício do controle de constitucionalidade. 5. Conclusão.

**RESUMO:** O direito à saúde vem sendo aplicado no Brasil de modo desvirtuado, em razão da incompreensão acerca de seus conceitos e da desconsideração de sua conformação a partir de políticas públicas formatadas com a observância do Princípio da Legalidade. Objetiva-se expor o abuso no exercício do controle de constitucionalidade difuso, com a violação ao império da Lei e à própria noção de Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à saúde. Estado Democrático de Direito. direito social. controle de constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The right of health is usually misunderstood in Brazil, due to the incompreension and distortion of it's concepts and the overlook of the public politics that make the right itself, according to the law. It aims to outline the abuse on the judicial review, resulting on violation of the Rule of Law.

**KEYWORDS:** right of health. Rule of Law. social right. Judicial review.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” direito social universal e integral”. Essa é a redação do famoso art. 196 da Carta Magna vigente, do qual ressaem conceitos e premissas a serem abordados no presente trabalho.

Inicia-se caracterizando o Estado Democrático de Direito a partir de uma perspectiva de interlocução com as gerações de direitos e garantias fundamentais, em especial no tocante à relevância do Princípio da Legalidade e da concepção de Rule of Law.

A partir daí, traz-se a caracterização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como misto, com a previsão concomitante de controle concentrado e difuso. Essa caracterização é trazida como forma de introduzir o tema do controle de constitucionalidade, uma vez que vem dele, ou dos desvios observados no seu exercício, a grande problemática envolvida na chamada judicialização da saúde.

O direito à saúde é caracterizado como direito social, a ser concretizado por meio de políticas públicas conformadas a partir da Lei, dando concretude ao Princípio da Legalidade. E busca-se mostrar a conceituação adequada da universalidade e da integralidade, que configuram as duas grandes premissas do Sistema Único de Saúde - SUS e, portanto, configuram também o cerne da visão equivocada do Poder Judiciário a respeito desse tão relevante sistema. Para tanto, abordam-se inclusive casos concretos, em especial a discussão atual do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Assim, chega-se à demonstração de que a aplicação desvirtuada dos conceitos básicos que formam o SUS e o abuso no exercício do controle difuso de constitucionalidade dão origem a um ambiente de judicialização retroalimentador, que em nada contribui para o papel de pacificação social a ser exercido pelo Poder Judiciário. Mais precisamente, chega-se à demonstração de que a suposta configuração constitucional do direito à saúde é usada como escudo para o afastamento irresponsável e muitas vezes arbitrário da legislação posta, sem a observância de qualquer técnica de controle de constitucionalidade, resultando em violação da própria figura do Estado Democrático de Direito.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E IMPÉRIO DA LEI.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, bem como os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. E aqui se tem o mote inicial para a discussão do significado de Estado Democrático de Direito e da diferença para o conceito de Império da Lei, ou “Rule of Law”.

O Estado de Direito foi uma construção histórica, iniciada nos movimentos liberais e que pode ser confundida, ou reduzida, para a ideia de Estado de legalidade, ou Estado legislativo, no sentido de submissão do Estado à legislação formalmente posta. Essa concepção surgiu com as Revoluções Burguesas do século XVIII, em oposição ao absolutismo, em que o vigia a sistemática do poder ilimitado do Monarca, que definia os contornos da atuação estatal e não respondia por seus atos perante seus súditos.

Todavia, é certo que a concepção puramente liberal, decorrente das Revoluções Burguesas, do Estado de Direito abre espaço para o arbítrio e para a concretização formal de Estados ditatoriais, e ainda assim inseridos no conceito de Estado de Direito. A concepção do Estado de Direito liberal veio formatada pela limitação do poder estatal, antes ilimitado e irresponsável, e pelo respeito aos direitos fundamentais do Homem, que já haviam sido plasmados na Declaração de Direitos de 1689, cunhada pelo Parlamento inglês após a Revolução Gloriosa. Todavia, é certo que essa conceituação clássica deixava espaço para o arbítrio e a consagração, como Estado de Direito, de regimes totalitários, pelo que se fez necessário seguir no aprimoramento do conceito de Estado de Direito

Ante a insuficiência dessa conceituação, bem como ante a relevante probabilidade de seu desvirtuamento, seguiu-se para a superação da visão meramente liberal do Estado de Direito, passando-se ao Estado social, que também não é necessariamente democrático, até se chegar por fim ao conceito de Estado Democrático de Direito. Confirmam-se a esse respeito as palavras de José Afonso da Silva, em texto datado do mesmo ano da Constituição Federal vigente entre nós:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evolver dos tempos. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito

de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado democrático de Direito, que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito democrático da Constituição da República portuguesa (art. 2º) e o de Estado social e democrático de Direito da Constituição espanhola (art. 1º).

No Estado de Direito, o princípio da legalidade tem caráter basilar, ou seja, o Estado sujeita-se ao império da Lei. Todavia, a Lei deve convergir para a realização dos preceitos expressamente buscados pelo caráter democrático do Estado, não bastando seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, cogente e modificativo da ordem jurídica. Mas o que importa e releva é caráter limitador desse princípio, fazendo-se oportunas as palavras de Enio Moraes da Silva<sup>1</sup>:

“O princípio da legalidade, que contém a afirmação da liberdade do indivíduo como regra geral, seria a fonte única de todas as obrigações dentro de um Estado de Direito. A lei vincula o Poder Executivo, que não pode exigir condutas que não estejam previstas em lei, submete a função do Judiciário, que não pode impor sanção sem que esta esteja definida em lei, e embasa a atuação do Legislativo, que nada pode prescrever senão por meio de uma lei.”

Já a ideia de “Rule of Law” é mais própria do sistema anglo-saxão, onde a Constituição, não-escrita, é formada a partir dos precedentes. Portanto, embora seja conceito que se assemelhe ao Estado de Direito, tem conteúdo muito próprio da designação das relações de poder entre Estado e cidadãos na Inglaterra, e pode ser tomada como uma ideia precursora do Estado de Direito, seguida pelo Rechtsstaat do direito alemão, esse sim já mais próximo da ideia de Estado de Direito com conceito, por conter em si a ideia de definição escrita e prévia das relações entre o Estado e os cidadãos.

O Estado de Direito centrado no princípio da legalidade “pura”, especialmente inspirada na doutrina do positivismo jurídico de Hans Kelsen, acabou por caracterizar o que se chamou de Estado Legal, que abre margens para distorções, na medida em que não há Estado Legal injusto, já que a ideia de justiça e injustiça nem sequer integraria o conceito de Estado

1 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 42, jul/set. 2005. p. 219.

de Direito concebido sob esse viés. E então, em mais uma manifestação do chamado pêndulo da História, a sociedade acabou por reclamar uma renovação do Estado de Direito, passando a exigir que a lei posta fosse a expressão da justiça, a ser aferida por mecanismos prévios, na construção da lei, e posteriores, a partir da intervenção do Poder Judiciário.

Nessa lógica, a superação do Estado Legal foi seguida pelo surgimento do Estado Social, que buscava a equalização material, e não apenas a igualdade formal garantida pelo Estado Legal. Nesse ponto, fazem-se novamente oportunas e suficientes as lições de Enio Moraes da Silva:

Fenômeno paralelo ao avanço das liberdades públicas, alavancadas e garantidas pelo liberalismo foi a degradação dos aspectos econômicos e sociais daquela época. A liberdade experimentada pelo indivíduo no Estado abstencionista provocou um intenso e grave quadro de desigualdades sociais, especialmente pesado para a classe trabalhadora, impotente perante o poder econômico da classe dominante burguesa. Dessa situação de penúria e miséria do proletariado e de outros seguimentos sociais desfavorecidos e marginalizados, dentro do Estado mínimo, surge o questionamento do papel do Estado: é a incontornável “Questão Social.

[...]

Observa-se, assim, uma mudança profunda na função do Estado liberal para o social. Do abstencionismo, passa-se para a intervenção pública em prol do social, visando a extirpar desigualdades no seio da sociedade e oferecer oportunidades para uma igualação daqueles que se encontram em condições desfavoráveis, reconhecendo que a própria sociedade não teria condições de assumir esse papel.

[...]

Interessante notar que, na seara do Direito, propriamente falando, poderíamos afirmar que a primeira leva dos assim chamados direitos humanos, trazida pelos ventos do liberalismo, de caráter negativo, teria surgido do combate dos liberais ao absolutismo. A segunda corrente de direitos humanos, de cunho social, surge em consequência da crítica originada por força do socialismo ao liberalismo. Em outro giro verbal, a segunda geração de direitos surgiu para implementar a primeira geração, ou seja, para dar condições ao indivíduo de exercer sua verdadeira liberdade, reconhecendo que a igualdade formal apregoada pelos liberais jamais se concretizaria pela mão do Estado neutro, não

intervencionista, necessitando da força do Estado Social para trazer ao mesmo nível os desvalidos e faltos de oportunidade daqueles que se encontravam e se encontram em situação privilegiada, realizando a igualdade material.”<sup>2</sup>

Portanto, o Estado Social de Direito veio para dar concretude ao Estado de Direito em sua concepção liberal, uma vez que somente num ambiente de igualdade de oportunidades se mostra possível o efetivo exercício das liberdades individuais. Todavia, restava ainda a concretização de um terceiro nível na construção da feição estatal, qual seja a soberania popular, e daí sobreveio a concepção do Estado Democrático de Direito. O estado democrático de direito traz consigo um sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais, que constam da Constituição de 88. Mas, como em todo Estado de Direito, vige o princípio da legalidade.

Já concretizando para o viés a ser abordado no presente trabalho, o direito à saúde é um direito inserido no Título da Constituição que trata da ordem social, e que tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais. Não se trata, pois, de direito fundamental individual na acepção liberal, mas de direito social, de segunda geração, e que como tal está jungido a uma avaliação de cunho coletivo. Outrossim, o art. 196 da Constituição Federal já deixa clara a vinculação do direito a saúde a um “dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, Proteção e recuperação”. Ou seja, a enunciação do direito a saúde na Constituição de 88 já consagra a toda evidência a vinculação desse direito ao princípio da legalidade, como não poderia deixar de ser no Estado Democrático de Direito em que está formatada a República Federativa do Brasil.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: SISTEMA MISTO**

Considerando-se que o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal e está submetido ao princípio da legalidade, como é próprio do Estado Democrático de Direito, tem-se por certo que o controle de constitucionalidade estará - ou deveria estar - muito presente na atuação do Poder Judiciário nessa seara. Portanto, cumpre registrar que no Brasil o controle de constitucionalidade é deveras peculiar, por adotar-se um sistema misto. Com vistas a se evitar maiores divagações

---

<sup>2</sup> Idem. p. 222-223.

desnecessárias sobre o tema, é bastante transcrever explicações do próprio Supremo Tribunal Federal, constantes de sua página oficial:

O Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte constitucional do Brasil, tem entre suas atribuições promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Para cumprir este papel, a Suprema Corte utiliza um sistema híbrido, inspirado nos modelos anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido) e europeu-continental, tendo em mãos instrumentos que facilitam e geram economia de tempo ao julgamento de controvérsias sobre a interpretação da Carta Magna: as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), cujas leis regedoras completam uma década neste final de ano.

No controle de constitucionalidade difuso – também chamado de “sistema aberto” –, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle. Este modelo foi criado pelos Estados Unidos. Já o controle concentrado – conhecido também como “sistema reservado” –, foi adotado inicialmente na Áustria. Ele permite que somente poucos órgãos do Judiciário tomem decisões a respeito da constitucionalidade de atos, sendo que quase sempre o controle é competência exclusiva de um só órgão, geralmente o mais elevado do Judiciário, como a Suprema Corte.

Segundo Paulo Blair, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), o Brasil é um dos poucos países do mundo que utiliza um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Segue a tradição anglo-saxônica – cujo controle é feito por meio de atos da primeira instância, com a possibilidade de ingresso de recursos – e a tradição da Europa Continental – onde o controle é efetuado pelas cortes constitucionais, desde que o caso seja remetido pelo primeiro grau à corte suprema.<sup>3</sup>

Por certo que o sistema híbrido vigente entre nós fomenta a diversidade de interpretação das normas constitucionais, em especial considerando-se a realidade de uma Suprema Corte cada vez mais demandada e, portanto, cada vez mais lenta na definição de temas controvertidos. É exatamente nessa diversidade de interpretações e, em especial, na ausência de definição de contornos firmes para o tema que se encontra o nó górdio da chamada judicialização da saúde no Brasil, como se passa a demonstrar.

3 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 03 out. 2016.

### 3 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

#### 3.1 Direito à saúde como direito social

As linhas anteriores do presente trabalho já alocaram o direito à saúde como direito social, de segunda geração, e que, como tal, está sujeito à conformação de uma política pública que estabeleça os seus contornos. Nessa toada, cabe registrar que o direito à saúde não é um direito fundamental na acepção universal que permita a proteção por Cortes Internacionais, e isso exatamente porque estará sempre jungido e vinculado às políticas públicas de cada país.

Essa alocação é confirmada pelo artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que ratifica a saúde como sendo essencialmente uma política pública, com a possibilidade de configurações diversas conforme opções políticas. Confira-se a redação do dispositivo referido:

#### Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Veja-se que o artigo não fala em saúde pública e nem na extensão desse direito, ao contrário do que a mesma Declaração prevê para a educação:

#### Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

Percebe-se, pois, que a extensão da política pública de saúde será uma opção de cada País, podendo-se apenas cogitar de um núcleo mínimo de proteção que resguarde a dignidade da pessoa humana. Afigura-se oportuna aqui a lição de Mariana Figueiredo, segundo a qual:

[...] os direitos sociais, ao contrário dos direitos civis ou políticos, não têm por pressuposto a igualdade como equiparação entre os indivíduos,

nem a universalidade a priori, no sentido de serem assegurados *prima facie* a todas as pessoas; de modo diverso, nos direitos sociais, a universalidade é o objetivo a ser atingido no “ponto de chegada”, ou seja, com a realização concreta desses direitos e, por isso, não se há falar em igualdade como equiparação, pois a premissa dos direitos sociais é exatamente a desigualdade fática entre os indivíduos.<sup>4</sup>

Afigura-se possível o paralelo com a ideia de proteção deficiente de direito fundamental, que, no caso brasileiro, abriria a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e regulamentos conformadores da política pública de saúde. Mas, de qualquer sorte, é certo que o controle de constitucionalidade deve ser expresso, ou seja, não é possível ao julgador simplesmente ignorar a legislação de regência, pretendendo aplicar diretamente, e de forma quase tácita, o que entende por previsto na Constituição Federal. Parece óbvio, mas a chamada judicialização da saúde surpreende todos os dias, chegando-se mesmo à absoluta ausência sequer de fundamentação das decisões, quanto mais de apreciação de todo o arcabouço normativo envolvido no tema.

### 3.2 Direito à saúde como política pública

A preocupação com o direito à saúde, e com um sistema que o garantisse, tem início na Europa, quando das Revoluções industriais do século XIX, e o mote inicial foi a queda de produtividade dos trabalhadores em razão de doenças. Cuida-se aqui do chamado Modelo Bismarck, que explica o início do direito à saúde como algo ligado à relação de trabalho, deixando claro mais uma vez a desvinculação desse direito, em especial de seus limites, da ideia de direito fundamental universal do Homem. Fazem-se oportunas as palavras do jurista portuês Licínio Lopes, *in verbis*:

Este sistema, que ficaria conhecido por sistema de Bismarck, lançaria as bases organizatórias do primeiro sistema de saúde e também as bases organizatórias do primeiro sistema nacional de segurança social.

Mas não se pense, contudo, que a sua racionalidade era social; pelo contrário, a ideologia que o presidia era de ordem marcadamente econômica, tendo, sobretudo, por finalidade melhorar os níveis de saúde dos trabalhadores, de forma a, pelo menos, diminuir as perdas de produtividade laboral devido à doença.

4 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 216.

As medidas de Bismarck viriam a ser adotadas, no final do século XIX e inícios do século XX, por outros países da Europa, generalizando-se, assim, o modelo de sistemas de saúde baseados no esquema jurídico do seguro, sustentado pelo esforço contributivo dos empregados e dos empregadores, de que constituem exemplo os sistemas de saúde de Áustria, Bélgica, Suíça, França, Alemanha, Luxemburgo e dos Países Baixos.<sup>5</sup>

Vale aqui salientar que esse foi o sistema inicial no Brasil, com o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, o extinto INAMPS.

Após a 2<sup>a</sup> Guerra, percebe-se a necessidade de uma mudança de feição, sobrevivendo então o chamado modelo Beveridge, que consagra um sistema integral, universal e gratuito. Esse modelo foi iniciado no Reino Unido, com o National Health System - NHS, e posteriormente foi adotado em diversos países, embora com diferenças de regime jurídico na prestação – direta, indireta, pública, privada. É nessa esteira que foi previsto o Sistema Único de Saúde na Constituição Federal de 1988, que prestigia inclusive o viés da descentralização da prestação, como preconiza também esse sistema em apreço.

O modelo Beveridge consagra, portanto, um sistema integral, universal e gratuito, mas nos países que o adotam não se verifica a confusão de conceitos que ocorre no Brasil, tendo-se clareza de que o direito à saúde é conformado por políticas públicas, devendo-se apenas resguardar que tais políticas alcancem a todos – universal – e garantam o acesso de todos ao conjunto da política estabelecida – integral ou geral. No Brasil, ao revés, tem-se relevante confusão de conceitos, especialmente fomentada pelo Poder Judiciário na úde, conforme se passa a demonstrar.

### 3.3 Universalidade e integralidade

O grande problema da judicialização da saúde no Brasil é o completo desvirtuamento dos conceitos que regem o direito à saúde, desvirtuamento esse que ocorre tanto por desconhecimento e ignorância acerca do tema quanto por uma relutante hipocrisia, que teima em não reconhecer que qualquer direito social encontra limitação na realidade. Em suma, a análise do trato do tema nos tribunais do País evidencia a leitura parcial e tendenciosa dos dispositivos constitucionais que o regem. Mais precisamente, o Poder Judiciário no mais das vezes limita-se à leitura

5 LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. Em *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Coordenação de Paulo Otero, Pedro Gonçalves. 3v. p. 225-371. p. 226.

de parte do art. 196 da Constituição Federal, relutando em ler o art. 196 da Constituição por completo, bem como em ler os demais dispositivos constitucionais que regulam o direito à saúde, com honrosas exceções que infelizmente apenas confirmam a regra.

O art. 196 da Constituição diz sim que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, mas também diz que ele é “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ou seja, o dispositivo constitucional que inaugura a Seção constitucional que trata da saúde é muito claro ao vincular o direito à saúde a políticas públicas estatais, devendo-se resguardar, ainda, que o direito à saúde seja garantido a todos os cidadãos de forma igual. É isso que significa o atendimento universal e igualitário: que tudo o que estiver disponível no Sistema Único de Saúde - SUS esteja disponível a todos os cidadãos brasileiros.

A universalidade é um conceito subjetivo, de alcance do sistema, que deve estar disponível a todos. Não se trata, por óbvio, de um conceito relacionado a uma ideia de totalidade de procedimentos e medicamentos, como muitas vezes faz parecer a jurisprudência pátria.

Do mesmo modo, mostra-se absolutamente enviesado o conceito de “integralidade”, que é extraído do inciso II do art. 198 da mesma Constituição Federal, que traz a diretriz do “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. Daí não se pode ler que atendimento integral é tudo o que estiver disponível no mundo, pois a integralidade é, na verdade, um conceito que diz respeito à rede de atenção à saúde, que deve ser descentralizada e, por óbvio, depende de referenciamento de pacientes para atendimento a casos mais complexos, cujo cuidado certamente não estará disponível em todos os mais de 5 mil Municípios do País. Então, a integralidade é justamente a garantia de que cada cidadão brasileiro tenha acesso a todos os serviços disponíveis no SUS, em todos os níveis de complexidade, independentemente de onde se localize o cidadão no território nacional, pois o Sistema, por ser único, deverá garantir o referenciamento de cada paciente para o cuidado a sua saúde. Todavia, isso em nada se confunde com obrigação do SUS de fornecer todo e qualquer medicamento e todo e qualquer tratamento, pois a Constituição vincula o direito à saúde às políticas públicas formuladas, como não poderia deixar de ser.

Veja-se que a acepção adequada dos dois conceitos, universalidade e integralidade, em nada diminui a importância da Constituição Federal no tocante ao direito à saúde, na medida em que foi essa Carta Magna que consagrou a universalidade, estendendo o atendimento público a todos

os cidadãos, independentemente de vínculo trabalhista. É esse o grande mérito da Constituição Federal de 1988, o de estender a todos os cidadãos brasileiros o atendimento integral aos seus agravos de saúde, observadas, todavia, as políticas públicas estatais. Ou seja, o que a Constituição Federal fez foi obrigar o Estado Brasileiro a formular políticas públicas estatais de saúde direcionadas a todos os cidadãos brasileiros, sem distinção. Não há na Constituição qualquer abertura para se entender que o que se pretendeu é que se garanta a qualquer cidadão qualquer medicamento ou tratamento que qualquer médico entenda necessário. Vale registrar que uma reflexão mais responsável faz ressaltar que essa conclusão é apenas natural, uma vez que é simplesmente impossível para qualquer Estado Nacional custear e efetivar qualquer direito social de forma ilimitada.

Considerados os limites descritos, tem-se que a legislação de regência do SUS traz uma série de contornos definidores do direito à saúde. Sem a pretensão de esgotar o tema, cumpre-nos registrar dois exemplos claros de legislação expressa e clara, quais sejam a legislação referente à exigência de registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a legislação que expressa e claramente define os contornos da política pública de saúde e a conformação sistêmica do SUS, em especial na parte que incumbe a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC de decidir acerca da incorporação ao SUS de procedimentos e medicamentos.

O registro de medicamentos junto à ANVISA é premissa básica para a industrialização, a venda ou o consumo de medicamentos em território nacional, conforme se extrai do disposto nos arts. 1º, 2º, 10, 12, 76 e 77 da Lei n. 6.360, de 23.09.1976. Igualmente, está expressamente vedada em Lei a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro ou uso autorizado pela ANVISA, em qualquer das esferas de gestão do SUS, consoante art. 19-T da Lei nº 8.080, de 19.09. 1990 (Lei Orgânica do SUS), com redação dada pela Lei nº 12.401, de 28.04.2011. A proibição legal de industrialização, comercialização e consumo de medicamento sem registro na ANVISA convive harmonicamente com o disposto no art. 8º, § 5º, da Lei n. 9.782/1999, que aquela “Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas” (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001).

O conjunto normativo acima delineado abre a possibilidade de dispensa do registro, pela ANVISA, nos casos em que o medicamento,

imunobiológico, inseticida ou insumo for de interesse do Ministério da Saúde ou de suas entidades vinculadas para programas de saúde pública. Veja-se que há, aí, uma exceção, que, como tal, deve ser interpretada restritivamente. Assim, cabe ao Ministério da Saúde, na qualidade de gestor nacional do SUS, requerer a dispensa de registro quando, por critérios técnicos e de gestão envolvidos nos programas de saúde pública, houver manifesta necessidade de inserção de um medicamento ou insumo em programa de saúde pública, mesmo sem existir o respectivo registro<sup>6</sup>. Ou seja, cabe ao Ministério da Saúde essa aferição de necessidade e adequação do pedido de excepcionalidade do registro.

No mesmo sentido, tem-se que o Decreto n. 8.077/2013 também abriga, em seu art. 7º, § 5º, a possibilidade de excepcionalização do registro para fornecimento de medicamentos para o SUS, sendo complementado pela Resolução da Diretoria Colegiada n. 28, de 9 de maio de 2008, da ANVISA, que prevê os procedimentos necessários para a importação de medicamentos sem registro, formalizando-se a partir daí uma lista de medicamentos cuja importação será possível. O medicamento em apreço não consta dessa lista e novamente ressalta-se que cabe ao Ministério da Saúde essa aferição de necessidade e adequação do pedido de excepcionalidade do registro. Já a importação de medicamentos sem registro por particular segue outro procedimento, destacando-se que, por óbvio, nesse caso a importação é feita às expensas do particular interessado.

Na mesma esteira, a Lei n. 12.401 do já longínquo ano de 2011 alterou a Lei n. 8.080/90, a Lei Orgânica da Saúde, para tornar mais claros os contornos da política pública, exatamente tendo em conta os efeitos deletérios da judicialização. Essa Lei define a assistência farmacêutica integral, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e firma expressamente a atribuição da CONITEC para, na qualidade de órgão auxiliar do Ministério da Saúde, definir “A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”, com procedimentos e prazos também definidos pela Lei. E a Lei n. 12.401 foi acompanhado do Decreto n. 7.508, também de 2011, que esmiuçou conceitos e fixou com clareza os contornos da política pública de saúde.

Tem-se, pois, que os contornos da integralidade estão adequadamente firmados na legislação brasileira, em consonância com o princípio da legalidade e conforme faculta, ou mesmo obriga, a Constituição Federal vigente, com vistas à efetivação responsável e democrática do direito social à saúde. Nesse ponto, faz-se oportuno trazer a lume uma experiência

6 Exemplo ocorreu quando da pandemia provocada pela Gripe H1N1, quando o Governo brasileiro utilizou-se dessa previsão para fornecer tratamento médico adequado à população.

recente vivida no Reino Unido que mostra bem como um fornecimento irresponsável de medicamentos de altíssimo custo pode levar um País a enfrentar dificuldades ainda maiores. Passa-se ao relato do caso inglês, que é absolutamente esclarecedor sobre a lida com o fornecimento de fármacos por sistemas públicos de saúde<sup>7</sup>.

Os sistemas de saúde do mundo inteiro são alvo de críticas, o que decorre do simples fato de que as tecnologias em saúde são infundáveis, e cada vez mais, tornando absolutamente impossível que se forneça a todos tudo de mais novo que houver. Assim, o Reino Unido também vive uma situação de críticas ao seu sistema público de saúde, apesar de ser o precursor do modelo de Beveridge e exemplo para o mundo. Todavia, a experiência inglesa não tem relação com o fenômeno da judicialização da saúde, que lá não se observa, mas sim parte da utilização da imprensa para a disseminação das críticas.

No ano de 2010, observavam-se manchetes do tipo “England denied miracle bone cancer drug” (Inglaterra nega o fornecimento de remédio milagroso para o câncer nos ossos, em tradução livre). Então, o Primeiro Ministro inglês David Cameron, incomodado com as críticas, decidiu criar um Fundo para fornecimento de medicamentos cuja incorporação ao sistema público inglês tivesse sido negada pelo órgão responsável, o Nacional Instituto for Health and Care Excelente - NICE.

Em um primeiro momento, o então primeiro ministro conseguiu o intento de reduzir as manchetes que considerava contrárias ao seu governo. No entanto, rapidamente, mais precisamente em menos de 4 anos, o Fundo criado faliu, obrigando o governo inglês a excluir 25 tratamentos da lista que o Fundo pretendeu ampliar. Ou seja, o remédio foi mais amargo do que parecia. E tudo isso porque o Fundo inglês, criado de forma irresponsável e à revelia do órgão oficial, NICE, de avaliação de tecnologias em saúde, fez que fossem fornecidas drogas sem a devida análise de custo-efetividade, além de gerar um incremento nos preços pagos pela droga, já que o fornecimento ocorria sem participação do órgão oficial. E a sistemática de atuação da indústria farmacêutica na Inglaterra é absolutamente similar à sistemática da judicialização da saúde no Brasil, senão vejamos.

Quando um determinado medicamento era negado pelo NICE, o remédio passava a ser fornecido pelo tal Fundo a um preço muito superior, chegando-se a observar a venda na Inglaterra por preço até três vezes superior ao praticado na França! Exatamente como ocorre com a judicialização da saúde no Brasil no tocante a medicamentos de alto e

7 Caso abordado em reportagem do *Jornal The Economist*. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/britain/21640343-well-meaning-gesture-causing-more-and-more-trouble-benign-or-malignant>>. Acesso em: 3 out. 2016.

altíssimo custo, especialmente os oncológicos e os destinados a doenças raras. E tal situação causou uma reação em cadeia, pois os altos preços praticados em detrimento da Inglaterra acabavam dificultando a negociação dos preços nos demais países. E também é assustadora a semelhança da análise do custo-efetividade dos valores aplicados, cabendo, nesse ponto, transcrever a reportagem que ora se aprecia:

The fund could probably be made more discerning. But it would be better to do away with it altogether. According to a cost calculator developed at York University, if the £230m spent on the Cancer Drugs Fund between April 2013 and April 2014 had instead been spent in the wider NHS, it could have added over 17,800 “quality-adjusted life years”—a measure that combines survival and quality of life. It estimated that the Cancer Drugs Fund added less than 3,400 during that time. (Em tradução livre: “O Fundo poderia provavelmente ser mais exigente. Mas seria melhor acabar com ele completamente. De acordo com uma calculadora de custos desenvolvida na Universidade de York, se os 230 milhões de euros gastos com o Fundo de Drogas entre abril de 2013 e abril de 2014 tivessem sido gastos em programas de saúde mais amplos, seria possível ter acrescentado mais de 17.800 anos-de-vida-ajustados-pela-qualidade, que é a medida que combina a sobrevivência e a qualidade de vida. Estima-se que o Fundo de Drogas adicionou menos de 3.400 anos durante esse ano de uso).

Tudo isso desmistifica e afasta a premissa muitas vezes adotada de que o gestor público está sempre equivocado. Ora, a experiência dos Países interantes do chamado Primeiro Mundo ou Mundo Desenvolvido evidencia que os recursos em saúde são e serão sempre escassos, especialmente considerando-se a frequente atuação da indústria farmacêutica. Em outras palavras, experiências como a relatada, ocorrida em País desenvolvido e cujo sistema de saúde público é exemplar, evidenciam o enorme potencial danoso envolvido no fornecimento desenfreado e irresponsável de medicamentos e tecnologias de saúde pela via judicial, afastando-se os órgãos oficiais responsáveis.

#### **4 INOBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS LEGAIS ACERCA DO DIREITO À SAÚDE E DESVIRTUAMENTO DOS CONCEITOS DE UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ABUSO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A observância dos termos reais da Constituição Federal e, portanto, o respeito às políticas públicas formuladas com a devida observância do princípio da legalidade é exatamente o que diferencia a devida intervenção

judicial nas políticas públicas do ativismo judicial irresponsável. Aqui se faz oportuno transcrever as palavras de Flávia Santiago Lima em sua abordagem da judicialização da política a partir da configuração institucional inaugurada pela Constituição de 1988:

De acordo com esse histórico e talvez em resposta às fragilidades anteriores, realmente coube à CF/88 a transformação do papel do Judiciário no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as ‘judicializáveis’, diante de um texto ‘analítico, que permite que as mais diversas expectativas – e doutrinas – sejam criadas em seu nome.

[...]

Nesse modelo, ao assegurar autonomia ao Judiciário e expandir suas competências – exemplificada na adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade –, fortalecer outras instituições do Direito (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública) e canalizar o acesso das demandas políticas através destes meios, tem-se as condições para expansão deste poder. Por ser um dos instrumentos do processo de restauração democrática, a CF/88 tentou redefinir as ‘formas de decidir da política nacional’ e, dentre outras medidas, fortaleceu as instituições judiciais, em contraponto ao Poder Executivo – como já havia ocorrido na Constituição de 1946.

Como produto do modelo concebido na Carta, a prevalência do fator institucional repercutiu nas primeiras caracterizações da judicialização da política, ocupadas com a compreensão desse arranjo. Os juristas, inicialmente reticentes com a associação das instituições judiciais com a política, hoje parecem aceitar o fato. Para Luis Roberto Barroso, a ‘judicialização, que de fato existe, não decorreu de opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte’, que se limitou ‘a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.’<sup>8</sup>

A discussão em apreço atinge contornos internacionais, abordados exaustivamente pela autora acima referida e retratados em debate promovido no ano de 2011 entre o professor, e agora Ministro do STF, Luis Roberto

8 LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política*: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 221-223.

Barroso e o professor norte-americano Mark Tushnet, conforme vídeo disponível na rede mundial de computadores<sup>9</sup>.

O professor Mark Tushnet mostra-se bastante preocupado com a substituição da política pública pelo Judiciário, especialmente porque o Judiciário necessariamente carece da visão do todo da política pública. E a preocupação do ilustre estudioso norte-americano com o tema já tem mais de década, conforme demonstra um artigo datado de 2005, em que o ilustre professor questiona a validade do ativismo judicial frente à democracia<sup>10</sup>. E vejam que a judicialização e o ativismo judicial nos EUA são certamente muito inferiores ao que se vem observando no Brasil, o que demonstra que o ativismo judicial preocupa mesmo quando em níveis ainda toleráveis. Vale aqui salientar a grande pergunta feita pelo professor norte-americano, em tradução livre retirada do artigo acima referido:

Conforme o filósofo do Direito Jeremy Waldon pergunta, acertadamente, por que, em casos de dissonância interpretativa razoável, deve prevalecer a vontade da maioria de uma Corte de 9 Juízes em detrimento de uma maioria de uma centena de senadores e mais de quatrocentos deputados?

A pergunta é perfeitamente aplicável ao Brasil, que, como Estado Democrático de Direito, deve ver suas leis respeitadas, salvo em caso de flagrante ataque à Constituição. E no Brasil a pergunta é ainda mais grave, na medida em que com frequência as políticas públicas embasadas nas leis de regência são simplesmente alteradas por um magistrado singular, numa completa e inequívoca subversão da representatividade popular.

Na referida discussão ocorrida em Harvard, o professor e agora Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso evidencia a importância da intervenção judicial para a concretização de direitos, mas ao mesmo tempo evidencia a diferença que há entre a judicialização e o ativismo judicial, que, quando muito, deve ser moderado. A pergunta que fica é: qual a moderação que se observa hoje na chamada “judicialização da saúde”? Há inúmeras leis e regulamentos sobre o tema e todos, sem exceção, são no mais das vezes sumariamente ignorados pelo Poder Judiciário, que simplesmente aplica diretamente um suposto art. 196 da Constituição Federal. E diz-se suposto porque nem mesmo o art. 196 da Constituição vem sendo lido por inteiro, na medida em que também lá consta que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado garantido mediante

9 Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=giC\\_vOBn-bc](https://www.youtube.com/watch?v=giC_vOBn-bc)>.

10 TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent* Volume 52, Number 2, Spring 2005 (whole No. 219) pp. 59-63. Disponível em <http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/dissent/v052/52.2.tushnet.html>.

políticas sociais e econômicas. Nesse particular, é imprescindível ressaltar que, enquanto a legitimidade dos membros do Poder Legislativo e Executivo advém do sufrágio universal, a do Judiciário ressaí da fundamentação de suas decisões para resguardar os direitos fundamentais e dos resultados obtidos.<sup>11</sup>

Segundo dados oficiais, em 2005, o Ministério da Saúde foi citado em 387 ações. Gastou R\$ 2,4 milhões para atender essas três centenas de pacientes. Em 2011, foram 7.200 ações. A conta disparou para R\$ 243 milhões. A conta do ano de 2015 já ultrapassou a barreira do bilhão de reais, conforme dados do próprio Ministério, como demonstrou levantamento sobre o tema publicado em coluna jornalística de 25 de novembro de 2015, que segue transcrita a seguir e demonstra o tamanho do problema a ser gerenciado:

Os gastos do Ministério da Saúde com decisões judiciais aumentaram 744% (em valores reais, isto é, corrigidos pela inflação) de 2005 a 2015, segundo dados levantados pelo Blog. Em 2005, a pasta gastou R\$ 62,6 milhões (valor da época) para cumprir determinações da Justiça relativas a tratamentos e medicamentos. Em 2015, até agora, o valor é de pelo menos R\$ 922,4 milhões.

[...]

O cálculo do próprio Ministério é de que o valor já superou R\$ 1 bilhão de reais em 2015. A diferença em relação ao apurado pelo Blog se deve a atrasos ou erros na inserção de dados no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi).

[...]

As decisões judiciais dizem respeito a medicamentos novos e de alto custo. Por essa razão, a maior parte dos valores acaba sendo liberada para as poucas empresas que detêm a patente dos produtos. Em 2015, uma única empresa, a americana Uno Healthcare, recebeu pelo menos R\$ 495 milhões. Outra companhia, a Multicare, levou R\$ 296,09 milhões.

Dados do Ministério da Saúde indicam que dos 20 tratamentos de maior custo abrangidos pelas decisões, 10 não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

[...]

---

11 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional* 3. ed. Saraiva. 2007. p. 60.

O secretário explica que a falta de registro na ANVISA impede a determinação de um preço máximo para os medicamentos.

A situação, segundo ele, tende a se agravar. Massuda informa que o Ministério já foi derrotado em pelo menos 15 ações judiciais nas quais os pacientes pedem acesso a tratamento para uma síndrome rara, cujo custo individual é de R\$ 2 milhões.

“Com esse valor (R\$ 30 milhões), é possível montar 20 postos de saúde. Dá para estruturar a rede de atenção básica em uma cidade de 50 mil habitantes”, lamenta Massuda. Segundo ele, há casos em que as decisões judiciais são proferidas sem uma simples consulta ao prontuário dos pacientes, e sem que os juízes tenham ciência dos custos envolvidos.

Em 2014, segundo o Ministério, os valores consumidos com decisões judiciais teriam sido suficientes para comprar 5,8 mil ambulâncias, construir 327 UPAs de pequeno porte ou 12 hospitais.<sup>12</sup>

Percebe-se com clareza que a judicialização da saúde se retroalimenta, ou seja, a judicialização vem gerando mais judicialização, contradizendo a função do Poder Judiciário de promover a pacificação social. As ações contra a União são uma pequena parte do problema, que também inclui os demais níveis da Federação (Estados e Municípios), ou seja, trata-se de um problema que deve ser enfrentado com responsabilidade, a fim de serem firmadas premissas seguras e que enfrentem e observem todo o arcabouço normativo referente ao tema.

Apesar da jurisprudência ainda claudicante, o STF já adotou o viés ora defendido, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada de número 175/CE (AgRg na STA 175/CE), em que o Ministro Gilmar Mendes foi expresso ao consignar “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. (...) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.”

No mesmo sentido, a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, orienta aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA. E tal orientação foi confirmada pelo Enunciado nº 06 aprovado pela Plenária da

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>>.

I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014. E são diversos outros os enunciados aprovados pelo CNJ nas Jornadas de Direito da Saúde, estando-se, todavia, ainda a aguardar a efetiva observância deles pelos quadros do Poder Judiciário<sup>13</sup>.

O desvirtuamento pelo Poder Judiciário dos conceitos que regem o SUS, universalidade e integralidade em especial, vem de longa data, afastando-se a técnica mínima de controle de constitucionalidade e aproximando-se com perigosa frequência do que se pode chamar de arbítrio judicial. Nessa toada, vale conferir decisão de 1997 trazida pelo advogado da União *Ciro Miranda* e que já evidencia esse viés:

“Todavia, o Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição, não avalizou o pensamento da doutrina acerca da inaplicabilidade imediata do artigo 196 da Constituição Federal, valendo citar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, exarada em 31/01/1997<sup>134</sup>, nos autos da Medida Cautelar na Petição no 1246 (Pet 1246 MC/SC - Santa Catarina), porque serviu, e ainda serve, de base argumentativa para a solução de muitos outros casos pela referida Corte.

Tal decisão foi exarada nos autos do requerimento de suspensão de execução de liminar, ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, naquele Supremo Tribunal, buscando a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida em medida cautelar inominada, ajuizada na 2ª Vara da Comarca de Araranguá e mantida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado-membro, em sede de agravo de instrumento, que determinava o depósito da quantia de U\$63.806,00 (sessenta e três mil oitocentos e seis dólares) para que o menor João Batista Gonçalves Cordeiro fosse submetido a tratamento médico na clínica Cell Therapy-Research Foundation, situada nos Estados Unidos, independentemente da existência de limite orçamentário. O teor da decisão, foi o seguinte:

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização

13 Todos os enunciados aprovados pelo CNJ estão disponíveis no sítio eletrônico do Conselho, em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf)>.

federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6o, c/c art. 227, § 1o) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5o, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997.

Ministro CELSO DE MELLO Vice-Presidente, no exercício da Presidência (RISTF, art. 37, I)<sup>14</sup>

Perceba-se que o que deveria ser tão-somente a aplicação de um conceito de saúde pública, qual seja a integralidade, acaba por se tornar uma discussão hipócrita acerca de interesses financeiros versus direito inalienável à vida, enveredando-se assim por um lastimável caminho em que os cidadãos passam a ter a crença de que o Estado e seus recursos são infinitos.

São inúmeros os casos hábeis a demonstrar que o Poder Judiciário ignora a legislação posta nas ações que envolvem o Sistema Único de Saúde. Mas, por todos, indica-se e passa-se a tratar de um caso emblemático, com vistas a deixar ainda mais claro o nível do desvirtuamento dos conceitos e regras vigentes para o SUS.

---

14 MIRANDA, Ciro Carvalho. *SUS, Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência*. Brasília: Kiron, 2013. p.

Um caso exemplar de desvirtuamento e afastamento irresponsável e imotivado das regras postas para regular o SUS está no processo de número 00616558020154010000, em trâmite na 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora, em Minas Gerais, com Agravo de Instrumento decidido no âmbito da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Na hipótese, após uma decisão de primeira instância fundamentada, responsável e embasada na medicina baseada em evidências – embora decisão ainda casuística e embasada em análise técnica, e não no arcabouço normativo aqui defendido –, e que denegou a antecipação de tutela requerida, o TRF1 concede a antecipação de tutela recursal sem fundamentação suficiente e ignorando todo o arcabouço normativo do SUS, a começar pelo fato de que o paciente nem sequer estava atendido pelo SUS, mas por plano de saúde privado, inexistindo qualquer preocupação com a declaração de inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade de normas postas. Lembre-se que a declaração de inconstitucionalidade em Tribunais está sujeito à cláusula de reserva de plenário, conforme dispõe o artigo 97 da Constituição Federal, segundo o qual o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, quando efetuada por tribunal, só será possível pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros de seu órgão especial.

Pelo que se observa do processo, cuida-se de demanda que diz respeito a pedido de fornecimento de medicamento oncológico indicado em estabelecimento privado acessado por meio de plano de saúde suplementar (UNIMED). Ou seja, as informações constantes do processo revelam que o autor não está sendo atendido pelo SUS, o que de plano inviabiliza o atendimento ao seu pleito, conforme letra expressa do disposto no art. 28 do Decreto n. 7.508/2011, in verbis:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

- I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
- II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
- III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
- IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Assim, o deferimento de medicamento custeado pelo SUS sem que o usuário esteja vinculado ao Sistema viola letra expressa de regulamento vigente, o que exigiria ao menos o afastamento expresso e fundamentado da regra. Assim, não bastasse a subversão de toda a lógica da atenção à saúde e o comprometimento direto do planejamento e da orientação das políticas de saúde, impactando, pois, no caráter universal e principalmente igualitário do SUS, que é um sistema e não um seguro, tem-se ainda que a decisão ignora regulamento federal expresso e vigente.

Não bastasse o Decreto n. 7.508/2011, que por sua vez remete à Lei n. 8.080/90, tem-se que a atenção oncológica no SUS está regulada pela Portaria n. 874/GM/MS, de 16 de maio de 2013, que institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas e está disponível no sítio oficial do Ministério da Saúde<sup>15</sup>. Essa Portaria é, como todas as Portarias regulamentadoras do SUS, fruto de uma pactuação intergestores, ou seja, de uma decisão tomada em consenso entre os gestores do SUS das três esferas da Federação, a partir da representação de Estados e Municípios pelos respectivos Conselhos Nacional de Secretários de Estado de Saúde (CONASS) e Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), cuja representatividade e força de pactuação estão expressamente albergadas pelo art. 14-B da Lei n. 8.080/90.

A Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer tem como princípio do cuidado integral a organização das ações e serviços voltados para o cuidado integral da pessoa com câncer, com base em parâmetros de necessidade e diretrizes baseadas em evidências científicas. E a Política instituída e devidamente pactuada entre os gestores de saúde já distribui as responsabilidades por competência entre os três entes integrantes do SUS, já firmando, pois, a divisão da solidariedade no cuidado integral ao paciente oncológico, atribuindo-se a cada esfera federativa o seu nível de responsabilidade para a estruturação desse sistema, que é especial no âmbito do SUS. Portanto, não pode o Poder Judiciário simplesmente ignorar todo esse arcabouço normativo, sob pena de desestruturação completa e prejuízo ao todo do sistema, especialmente àqueles que não pautam seu viver diário pela judicialização.

Tal entendimento vai no sentido das Recomendações do Conselho Nacional de Justiça, especialmente do Enunciados 8 da I Jornada de Direito e Saúde e 60, da II Jornada, *in verbis*:

---

15 Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874\\_16\\_05\\_2013.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html)>.

8 - Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Ou seja, há instâncias e órgãos do próprio Poder Judiciário, ou a ele ligados/referentes, que vêm buscando a inversão da judicialização da saúde, de modo a torná-la de fato um elemento de pacificação social. Todavia, mesmo essas instâncias são ignoradas pela maioria dos julgadores espalhados pelo País, que continuam a insistir numa sistemática de decisões rasas e que cada vez mais se afastam da técnica jurídica, em especial da elevada técnica que deve estar inserida em cada hipótese de afastamento de normas postas por controle de constitucionalidade.

O tema da judicialização da saúde está na ordem do dia do Supremo Tribunal Federal, com julgamento atualmente em curso no pleno daquele Tribunal, no âmbito dos dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que tiveram repercussão geral reconhecida e tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis nas listas oficiais do SUS, que são formadas a partir da atuação da CONITEC, e de medicamentos não registrados na ANVISA. Ou seja, o tema do presente artigo está atualmente no centro do controle de constitucionalidade brasileiro.

O acompanhamento dos votos até agora proferidos indica que o rumo equivocado da judicialização da saúde tende a perdurar, assim como o desvirtuamento e a incompreensão acerca dos conceitos aplicáveis a esse direito consagrado pela Constituição Federal. Conforme notícia disponível na página oficial do Tribunal<sup>16</sup>, o Ministro relator do caso, Marco Aurélio de Mello, inicialmente “se manifestou no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora”. Porém, posteriormente o julgador aditou seu voto, encaminhando aos pares a seguinte proposição de julgado:

16 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>.

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

Percebe-se com facilidade a incompreensão e o desvirtuamento dos conceitos de universalidade e integralidade, ao pretender-se vincular o fornecimento à hipossuficiência econômica, quando o SUS é universal – igual para todos – e ao pretender-se substituir a política pública posta pela opinião de um médico assistente, na subjetiva “demonstração de imprescindibilidade”.

Os votos subsequentes, dos Ministros Luis Roberto Barroso e Edson Fachin, pretendem evoluir no entendimento, evidenciando uma compreensão mais ampla do sistema. Todavia, novamente pecam por pretender flexibilizar a política pública “em hipóteses excepcionais”, arrolando uma série de requisitos de difícil aplicação prática e que configuram mais uma porta aberta para a discricionariedade limítrofe ao arbítrio. Considera-se, mais uma vez, que o STF reluta em reconhecer a limitação do direito à saúde à política pública constituída. Nada obstante, é mister reconhecer que os eminentes Ministros estão a buscar uma decisão mais adequada à configuração real do direito à saúde, conforme se denota na proposição abaixo, formulada pelo Ministro Fachin:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Faz-se mister acompanhar o desenrolar do julgamento corrente, na esperança de que o tema passe a ser melhor equacionado a partir desse novo paradigma.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que o direito à saúde no Brasil carrega em si elevada carga de incompreensão e desvirtuamento de seus

conceitos básicos pelo Poder Judiciário, com a recusa de se compreender que se trata de um direito social concretizado a partir de políticas públicas regidas pela legalidade estrita. Ademais, verifica-se que os julgadores e Tribunais pátrios afastam toda a legislação atinente ao Sistema Único de Saúde abusando do poder a eles conferido no controle de constitucionalidade difuso, considerando-se a adoção de sistema misto no Brasil. Isso porque a observação da jurisprudência pátria evidencia que sequer se efetiva tecnicamente o controle de constitucionalidade, optando-se pela simples desconsideração das normas postas, em flagrante violação ao princípio da legalidade e à própria noção de Estado Democrático de Direito.

Tendo em conta que o tema encontra-se na ordem do dia do Supremo Tribunal Federal, espera-se que essa lógica equivocada seja superada, passando-se a adotar parâmetros de julgamento que considerem adequadamente os conceitos atinentes ao SUS e as normas postas, bem como que efetivem tecnicamente o controle de constitucionalidade. Nesse particular, afigura-se oportuno tomar de empréstimo a conclusão de Ciro Miranda, segundo a qual “não se defende que o Poder Judiciário deva ser apático ou inoperante frente às demandas sociais cujo pleito encontra escora direta nas previsões da Constituição, mas apenas enfatizar que a desconsideração de regras existentes, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade, sob a justificativa de uma determinada e subjetiva visão, dedutível de um princípio, além da falta de comprometimento em não gerar ineficiência, antes de privilegiar e resguardar a força normativa, acaba por violar a Carta que se buscou proteger”<sup>17</sup>.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. Saraiva. 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. Em *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Corrdenação de Paulo Otero, Pedro Gonçalves – 3v. p. 225-371.

LIMA, Flávia Santiago. Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*: Brasília, n. 42, jul./set. 2005, p. 213-230.

17 MIRANDA, Ciro Carvalho. *SUS, Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência*. Brasília: Kiron, 2013. p. 59.

MIRANDA, Ciro Carvalho. SUS, Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência. Brasília: Editora Kiron, 2013.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; São Paulo, v. 30, dez. 1988.

TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent* Volume 52, Number 2, Spring 2005 (whole No. 219) pp. 59-63. Disponível em: <<http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/dissent/v052/52.2.tushnet.html>>. Acesso em: 3 out. 2016.

INGLATERRA. *The Economist*. The Cancer Drugs Fund: Benign or malignant? A well-meaning gesture is causing more and more trouble. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/britain/21640343-well-meaning-gesture-causing-more-and-more-trouble-benign-or-malignant>>. Acesso em: 3 out. 2016.

BRASIL. Folha de São Paulo. Blog Fernando Rodrigues. Em 10 anos, gasto do SUS com decisões judiciais cresce 744%. Disponível em <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>, acesso em 3 de outubro de 2016.