

# **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS: UMA ABORDAGEM DO ACESSO À SAÚDE FRENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.**

Amanda Maia de Souza Protásio<sup>1</sup>

Leonardo Medeiros Júnior<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Pretende-se com este trabalho contribuir para a compreensão dos desafios da judicialização da Saúde para a efetivação do direito à Saúde de forma mais razoável, em face da escassez de recursos financeiros e da má gestão do Poder Público. Estudou-se sobre o direito constitucional à saúde, analisando-o como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 a ser garantido pelo Estado, tendo como embasamento os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. Confrontaram-se as teorias da Reserva do Possível e a do Mínimo Existencial, a fim de que fosse explanado que é dever do Estado garantir as condições mínimas de existência digna ao indivíduo, respeitando a reserva das prestações das demandas da sociedade possíveis de serem realizadas. Analisou-se o conhecimento sobre a Medicina Baseada em Evidências – MBE como instrumento de ponderação entre a boa pesquisa científica e a prática clínica e a administração dos recursos pecuniários disponíveis para a saúde pública, de modo que haja um equilíbrio entre o que o Estado dispõe e aquilo que o cidadão de fato necessita para a garantia do direito à vida, trazendo à baila não o debate acerca do possível valor da vida, mas apenas o limite do razoável em torno do custo deste valor.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde. Direito à vida. Efetivação. Princípio da dignidade da pessoa humana. Poder público. Medicina Baseada em Evidências. Princípio da razoabilidade. Reserva do possível. Mínimo Existencial.

## **ABSTRACT**

The aim of this work contribute to the understanding of the challenges of the judicialization of Health for the realization of the right to health more wisely, given the scarcity of financial resources and the mismanagement of the government. Was studied on the constitutional right to health, analyzing it as a fundamental right enshrined in the Constitution of 1988 to be guaranteed by the State, with the foundation principles of human dignity and reasonableness. Clashed theories of Possible Reserve and the Existential Minimum, so it was explained that it is the duty of the State to guarantee the minimum conditions for a dignified existence to the individual, respecting the reservation of the benefits of society's demands could be made.

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. amandinha2812@hotmail.com.

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Orientador. leonardomjunior@hotmail.com.

We analyzed the knowledge of the Evidence-Based Medicine - EBM as a means of balancing the good scientific research and clinical practice and management of cash resources available to the public health, so that there is a balance between what the state provides and what that citizens actually need to guarantee the right to life, not bringing up the debate about the possible value of life, but only the limit of reasonable cost around this value.

**Keywords:** Legalization of health. Right to life. Effective. Principle of human dignity. Public Power. Evidence-Based Medicine. Rule of reason. Reserves as possible. Existential Minimum.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho em tela trata-se de uma pesquisa de caráter teórico, qualitativo e de nível exploratório por meio de um levantamento bibliográfico, em que se propõe a debater a judicialização do acesso ao direito à saúde, traçando uma inter-relação do princípio da razoabilidade com a teoria da reserva do possível, tendo como parâmetro a Medicina Baseada em Evidências – MBE.

Trata-se de tema cercado de grande polêmica e de elevado interesse social, dada a crítica situação da saúde pública brasileira, diante da escassez de recursos financeiros, da má gestão dos mesmos e da falta de planejamento do atendimento à população.

A consecução do direito à saúde é consolidação e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, encartado na Constituição Federal de 1988, a qual criou o Sistema Único de Saúde – SUS, sistema esse responsável pela gestão e execução das políticas públicas de saúde no Brasil, seja no âmbito federal, como no estadual e municipal.

Nesse contexto, surge o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde, uma vez que os gestores públicos nem sempre são eficientes e cuidadosos na administração dos recursos pecuniários disponíveis para tal área. Mesmo respeitando a constitucional separação dos poderes, o Poder Judiciário vem ganhando papel relevante no controle da saúde pública, tendo que ponderar suas decisões sempre considerando o princípio da razoabilidade e a reserva do possível, minando e corrigindo atos administrativos equivocados.

Como mencionado, a relevância social desse trabalho volta-se para o fato da necessidade de se discutir e apresentar soluções para a otimização de recursos públicos utilizados nas políticas de saúde, ainda mais quando se sabe que são as pessoas mais carentes que recorrem ao Poder Público para prover a sua saúde.

Dessa forma, objetiva este trabalho acadêmico evidenciar que a Medicina Baseada em Evidências – MBE pode ser um grande aliado do gestor público na administração das verbas, abordando aspectos principiológicos como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, a reserva do possível, a separação dos poderes.

## **2 O DIREITO À VIDA**

De início, antes de adentrar no aspecto jurídico do direito à vida, traz-se à baila uma das definições do vocábulo vida, o qual pode ser definido como sendo o período compreendido entre o nascimento do indivíduo e a morte dele, desde a sua concepção, seja naturalmente ou *in vitro*.

O direito à vida é um direito fundamental, estando intrinsecamente relacionado com o conjunto de direitos políticos, sociais, civis, econômicos e culturais garantidos pelas autoridades públicas a todos os cidadãos e, por esse motivo, é considerado o mais importante, em virtude de ser ele pressuposto para a aquisição e exercício dos outros direitos. É a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte, como afirma Branco (2009, p. 393).

Segundo Canotilho (2011, pp. 407, 408), o direito à vida é um direito subjetivo de defesa perante os poderes do Estado, tendo em vista que – sendo um direito fundamental formalmente constitucional – pode ser exercido por nós de modo a ser garantido pelo Poder Público, evitando assim agressões lesivas por parte dos mesmos.

Assim, sendo o direito à vida um direito e não uma mera liberdade, o Estado tem o dever de preservá-lo, assumindo a obrigação direta de tutela ou custódia, devendo recorrer a diversos meios para que, de fato, a seja zelado e protegido, não atentando de modo algum contra esse bem maior. Além disso, os outros indivíduos também não têm o direito de atentar contra a vida de quem quer que seja, não praticando qualquer ato que possa de alguma forma diminuir esse direito. Nessa situação, cabe a atuação da autoridade pública, revestida do poder de polícia, de maneira que sejam tomadas todas as diligências necessárias para os casos de violação desse direito.

O direito à vida também se manifesta no dever de os poderes públicos fornecerem medicamentos indispensáveis à sobrevivência do enfermo, como já se firmou na jurisprudência do STF, senão veja-se:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196)- PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Destarte, sendo o direito à vida um direito público subjetivo, fundamental e indisponível, assegurado a todos e consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), deve a Administração pública efetivá-lo, de forma que seja garantido a todos, tendo como pressuposto básico o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicia-se a abordagem com as palavras de Bonavides (citados por SARLET, 2009, p. 85-86), que sintetizou sabiamente o significado de a dignidade da pessoa humana à luz de um contexto. Observa-se:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana..., para se converter de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.

Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro se não aquele em que os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Da leitura da lição de Bonavides (2008), percebe-se que o referido doutrinador foi capaz de abordar diversos aspectos referentes à dignidade da pessoa humana, destacando que – na ordem jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana é prevista como princípio normativo-orientador, de modo a se configurar juridicamente vinculante, sendo verdadeiro norte dos direitos fundamentais e do próprio texto constitucional como um todo.

De forma inovadora, a Lei Fundamental da República Alemã, de 1949 (ALEMANHA, 1949), trouxe a proteção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, em texto expresso, assim vejamos:

Art. 1º (proteção da dignidade da pessoa humana)

(1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), pode ser visto como a dignidade humana esteve fortemente presente e foi preponderante para a sua constituição, de maneira que foi a partir do reconhecimento da dignidade, como sendo algo inerente a toda família humana, é que foram estabelecidos os outros direitos previstos na referida declaração. Veja-se o que diz a referida declaração em seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,  
(...)

A Assembléia Geral proclama:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi abordado vestibularmente, surgindo no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que nos textos constitucionais que a antecederam não se fazia menção àquele princípio.

O citado princípio é um princípio constitucional, é inerente a qualquer pessoa independentemente de nacionalidade, raça, cor, religião, sexo, posição social, etc.

O constitucionalista Moraes (2006, p. 50), define o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere* (vive honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).

Streck (1999, p. 384) esclarece que o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e certos valores, quanto às necessidades que o indivíduo tem para a subsistência, relacionando-se diretamente com o mínimo existencial.

Assim, é perceptível que o Legislador Constituinte teve a intenção de resguardar em um patamar especial a dignidade da pessoa humana, com o escopo límpido de tornar as demais regras do ordenamento jurídico verdadeiras normas alinhavadas ao antedito princípio,

para que o cidadão tenha o respeito e a proteção à sua dignidade cabalmente velada por todos, inclusive, pelo próprio Estado. Logo, lobriga-se que o mínimo que o cidadão carece para ter uma vida digna e respeitosa já é alvo de proteção constitucional, mínimo este que compõe uma gama de direitos que devem, quase que a todo custo, ser mantido.

### 3 O DIREITO À SAÚDE

De início, vale limitar o conceito de saúde para o presente trabalho. Pelos escritos históricos, tem-se como provável primeiro conceito de saúde aquele exposto ainda na Grécia Antiga, quando ficou consignado que "*Mens Sana In Corpore Sano*".

No entanto, é fato que o conceito de saúde incorpora diversificadas concepções, tendo em mente que "o entendimento de que a saúde relacionava-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro lado, o conceito de saúde como ausência de doenças". (HUMENHUK, 2009)

Modernamente, já com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, o conceito de saúde ganhou novos termos, sendo hodiernamente definida como o completo bem-estar físico, mental e social, sendo um conceito muito mais amplo e complexo do que somente a simples ausência de doenças ou agravos, igualmente como um dos direitos fundamentais de todo cidadão, seja qual for sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política. Diante disto, pode-se dizer que a saúde "é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários componentes". (HUMENHUK, 2009).

A saúde é um dos componentes da vida mais importante, tendo em vista que é pressuposto de existência, além de ser algo necessário para o exercício da vida com qualidade, e por esse motivo pode-se dizer que a vida está associada diretamente à saúde.

Conforme previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, o direito à saúde é um direito humano que constitui a essência natural do ser humano, sendo assim indispensável à vida.

Do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a consequência é o direito à saúde, o qual é um direito social, conforme é previsto no artigo 6º da Constituição.

Em seu artigo 196, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado em garanti-la de forma eficaz e eficiente,

devendo intervir de modo a garantir o mínimo existencial, de forma digna, a cada indivíduo. Veja-se *ipsis litteris*:

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

O artigo 3º da Convenção 155 da OIT (BRASIL, 1992) afirma que “saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”.

Interessante frisar que a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº. 8.080/90 (BRASIL, 1990) em seu artigo 2º corrobora o patamar de direito fundamental do cidadão atribuído ao direito à saúde, estatuidando que a saúde ***“é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”***.

Impende registrar, também, que o direito à saúde ganha contemporaneamente um contorno tão complexo que passa a compor, segundo a mais hodierna doutrina, um direito a outros direitos, como – por exemplo – o direito ao saneamento, direito à moradia, direito à educação, direito ao bem-estar social, direito de acesso aos serviços médicos e direito à saúde física e psíquica, entre tantos outros, sob pena de enxergar a saúde com a visão antiga, de que trata-se da mera ausência de doenças e não do complexo dedicado ao homem para viver dignamente com bem-estar físico, mental e social.

Neste sentido, o direito à saúde se evidencia como um dos corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana, e, especialmente, do direito à vida, todos encartados e protegidos como cláusulas pétreas na Constituição de 1988.

O citado artigo 2º, da Lei nº. 8.080/90 (BRASIL, 1990), a qual traz disposições sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, repetiu que a saúde é um direito fundamental do ser humano, incumbindo ao Estado, compreendido em suas três esferas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prover as condições ao seu pleno exercício, estabelecendo ser da competência dos referidos entes a prestação de serviços de saúde à população, através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais “que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições

que assegurem acesso universal” e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Seguindo nesse mesmo pensar é a lição do constitucionalista Bonavides (2000), quando leciona que:

A nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

Logo, diante de tal ensinamento, fica ainda mais evidente que o prefalado artigo 196 da Constituição da República ganha verdadeiro *status* de norma eficaz, uma vez que suas previsões não se coadunam com as limitações de uma norma meramente programática.

Nesse ensejo, não custa relembrar que a Constituição da República fundou-se no primado da proteção à saúde do cidadão e, por conseguinte, da própria vida, consolidando como princípio cardeal de seus valores sociológicos a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Como decorrência, tem-se que cabe ao Poder Público, como recebedor de toda a gigantesca massa tributária, arcar com o custeio de tratamentos, cirurgias, exames, procedimentos diversos e medicamentos necessários para dar efetividade ao normativo constitucional de garantia à saúde, disposição que longe de ser programática, tem aplicação imediata, urgente.

É fato que não podem os direitos sociais, em especial o direito à saúde, ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Poder Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Configuraria um completo desvirtuamento imaginar que o princípio da separação dos poderes, o qual foi sabidamente originado com o intuito de garantir os direitos fundamentais, fosse utilizado exatamente como impedimento da consecução dos direitos sociais, os quais ocupam patamar jurídico de direitos fundamentais também.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal deve ser sempre o norte do Poder Público, sob risco de largar suas previsões a meros debates. Assim, a Constituição somente será considerada garantista caso seus princípios sejam largamente respeitados, de modo que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se esforcem no sentido de promover os direitos constitucionalmente previstos. Não se trata de simplesmente prever os direitos de maneira

formal, mas de efetivar políticas que tenham em seu escopo a consolidação para o cidadão daquilo que o legislador constituinte elevou ao patamar de direito fundamental.

### **3.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS**

O Sistema Único de Saúde – SUS foi criado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), objetiva a operacionalização do direito à saúde. Através deste grandioso sistema, busca-se proporcionar a toda a população brasileira o premente acesso ao atendimento público de saúde.

No plano teórico, a criação do SUS teve grande repercussão na vida do cidadão brasileiro. Isso porque, antes do advento da nova ordem constitucional, em 1988, a assistência à saúde era obrigação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o que – por assim ser – era restrito aos contribuintes do regime da previdência social, ou seja, findava por não ser um direito de todos. Ao cidadão que não era inscrito no regime da previdência social e que não reunia as condições financeiras necessárias para custear o atendimento na rede privada de saúde, cabia tão somente recorrer às instituições filantrópicas.

Ainda que na prática a criação do SUS não tenha atingido, por ora, os objetivos do legislador constituinte, é fato que sensível mudança foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se passou a ter o direito à saúde como uma obrigação do Estado para com todos os cidadãos brasileiros, numa verdadeira consecução do princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, o artigo 198 da Constituição da República estatui as ações e os serviços públicos que deve integrar uma rede regionalizada e hierarquizada formando um sistema efetivamente único, com fundamento em diretrizes inarredáveis, tais quais: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, não olvidando os serviços assistenciais; e participação comunitária.

A Lei Federal nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS). Referido diploma legal se imbuí a estabelecer como deve funcionar o sistema único de saúde em todo o território nacional, definindo o gestor em cada esfera do governo. Restou, então, definido que o Ministro da Saúde é o gestor do SUS no

contexto nacional, o Secretário Estadual de Saúde é o gestor estadual, o Secretário de Saúde do DF é o gestor no âmbito do Distrito Federal/DF e o Secretário Municipal de Saúde, o gestor na esfera municipal, sendo legalmente definidas as competências e as responsabilidades de cada um deles na administração do SUS.

Na lição de Martins (2009, p. 504):

[...] estão incluídas no SUS as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar.

Destarte, lobriga-se que é intento e obrigação do SUS a promoção e proteção da saúde de todos os brasileiros e os que estiverem em território nacional, configurando-se pleno dever do Estado, de modo a proporcionar atenção contínua e com qualidade à coletividade.

A Constituição Federal e a Lei nº. 8.080/1990 (BRASIL, 1990) se detiveram a conferir ao SUS alguns princípios norteadores de sua gestão, de maneira a assegurar mais firmemente a consecução dos seus objetivos. Entre estes princípios, merecem destaque a universalidade, a integralidade, a equidade, a participação da comunidade, a descentralização, a regionalização e a hierarquização.

Pelo princípio da universalidade, busca-se garantir a todo e qualquer cidadão a devida atenção à saúde, com custeamento integral pelo Sistema. Não há ou, pelo menos, não deve haver distinção alguma no tocante à idade, local de residência, poderio financeiro ou qualquer outro parâmetro excludente, uma vez que a prestação deve ser deferida a todos que dela carecerem.

No tocante ao princípio da equidade, o qual faz clara alusão ao princípio da isonomia encartado na Constituição de 1988, o mesmo visa assegurar que o SUS trate os desiguais de forma diferenciada, de acordo com a necessidade apresentada. Tal premissa não significa privilegiar uns em detrimentos de outros, mas sim conferir àqueles que mais necessitam uma atenção à saúde maior, justamente em razão da necessidade apresentada naquele momento da vida.

Por seu passo, o princípio da integralidade exige que as necessidades dos cidadãos sejam plenamente atendidas pelos serviços de saúde, configurando uma atenção integral à demanda apresentada, sob pena de se desenvolver certas áreas da Saúde enquanto outras pereçam sem os devidos recursos.

Por seu turno, o princípio da descentralização implica num processo de redistribuição de poder, redefinindo funções e estabelecendo uma novel relação entre as três esferas do poder, sempre com um fito único, qual seja: obter uma direção única em cada âmbito.

Entrelaçam-se os princípios da hierarquização e da regionalização. Isso porque, ainda que autônomos, ambos buscam capacitar os serviços a serem ofertados à população, de maneira que fiquem atendidas todas as modalidades de assistência à saúde que possam surgir como demanda, garantindo o pleno acesso às tecnologias disponíveis. Tratam-se de verdadeiros princípios organizadores da distribuição do atendimento da população, tendo em mente que existem serviços consistentes em atendimento básico das necessidades, assim como atendimentos que carecem de um maior potencial resolutivo, com profissionais mais especializados e equipamentos mais complexos.

Por derradeiro, tem o princípio da participação, o qual consiste em verdadeiro meio democrático do processo de disponibilização da saúde à população, por meio do estímulo da comunidade civil no controle social da gestão do Sistema, como na participação em Conselhos e Conferências de Saúde. O debate é direcionado eminentemente para o trato conferido aos problemas da saúde pública, observando os recursos financeiros disponibilizados para a execução efetiva das políticas de saúde.

Necessário, ainda, destacar que a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação consubstanciada no direito à saúde é solidária entre União, Estados e Municípios, a teor do que dispõe o prefalado artigo 196 da Constituição Federal.

No mesmo sentido são as disposições do §1º, do artigo 198, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que determinam o financiamento do SUS dar-se-á com os recursos provenientes do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como de outras fontes. Se o sistema é único, a responsabilidade é solidária.

Ademais, a divisão de atribuições dada pela Lei nº. 8.080/90 (BRASIL, 1990), que constituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, não exime os entes federativos de suas responsabilidades garantidas pela Constituição Federal.

O fato é que, mesmo com suas mazelas e imperfeições, o Sistema Único de Saúde (SUS) é uma verdadeira conquista do cidadão brasileiro, estatuída na Constituição Cidadã. Conquista essa que se configura como meio de justiça social, ofertando – em especial aos mais necessitados – o acesso aos serviços de saúde e suas respectivas ações. Sabendo que essa parte da população não tem o mínimo acesso à rede particular de saúde, o SUS finda por minimizar a notória desigualdade social que o país vive, estendendo o que era um direito

apenas dos segurados do antigo INAMPS, enquanto segurados da previdência social, a toda a coletividade brasileira, de maneira irrestrita.

#### **4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Hodiernamente, é de inquestionável percepção o atuar do Estado na consolidação do bem-estar social, o que nota-se mediante a execução de políticas públicas em função da integração social e da diminuição das disparidades, tanto pessoais, quanto regionais, ainda que esse discurso soe – por muitas oportunidades – utópico. Não se pode negar que o Estado atua nesse sentido, ainda que deficitariamente. É a atuação do estado na promoção e na proteção dos direitos sociais esculpidos na Constituição de 1988.

Nesse contexto, surge o controle das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, conduzindo ao debate acerca da possibilidade do controle jurisdicional das mesmas. Assim, a judicialização do controle das políticas públicas encontra seu nascedouro na própria Constituição, a qual delineou um Estado protetor do cidadão quase que a todo custo, uma vez que proteger o cidadão é, numa visão ulterior, proteger o próprio texto constitucional, função maior do Poder Judiciário. Outro não é o entendimento de Cristóvam (2005), o qual defende que “ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja: garantir a prevalência da Constituição”.

Logo, a própria doutrina brasileira já firma posição favorável ao controle jurisdicional das políticas públicas, de modo que o Estado atuaria como verdadeiro protetor do mínimo necessário para assegurar ao indivíduo o conjunto de direito sem os quais não tem como se viver dignamente.

No entanto, há de se fazer um contrapeso na atuação do Poder Judiciário neste controle, uma vez que não se pode olvidar que o desenvolvimento das políticas públicas envolvem os outros Poderes do Estado, o Executivo e o Legislativo. Assim sendo, cumpre sopesar a legitimação e a competência do Judiciário para apreciar matérias claramente adstritas aos outros Poderes; a reserva do possível e a limitação orçamentária; e a separação dos poderes em si.

De início, percebe-se que para muitos doutrinadores é inadmissível a intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas, considerando tratar-se de uma verdadeira ingerência de um Poder no outro, de modo a olvidar que a cada um foi dada função precípua

pela Constituição Federal. O Legislativo aprova as leis orçamentárias respectivas e o Executivo promove a consequente execução.

Corroborando o entendimento de suposta ingerência de um Poder em outro, que a nosso ver, é equivocado, vislumbra-se que os próprios agentes dos Poderes Executivo e Legislativo teriam suas atribuições invadidas pelo Poder Judiciário, de modo que:

Somente os agentes teriam a legitimidade, conferida pelo voto popular, para realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua implementação, em respeito ao princípio da separação dos poderes. Para eles, permitir que o Poder Judiciário viesse a interferir em questões de execução política, seria uma afronta direta a tal princípio (CASTRO, 2008).

Ora, tal posicionamento é claramente equivocado, uma vez que – se assim fosse – o atendimento dos direitos fundamentais mediante políticas públicas estaria à margem do controle do Poder Judiciário, ficando ao alvitre dos condutores do Legislativo e do Executivo, de modo que – ainda que se lobrigasse forte desrespeito à Constituição – ainda assim o Poder Judiciário estaria de mãos atadas no tocante à sua atuação.

Ao permitir a atuação do Poder Judiciário nesse controle está se resguardando o texto constitucional em si, o qual – de maneira diversa – estaria sem proteção alguma, algo inadmitido no Estado Democrático de Direito.

Logo, observa-se que entender que o Poder Judiciário não reúne legitimidade e competência para promover intervenção protecionista no contexto das políticas públicas é *pari passu* entender que o Poder Guardião da Constituição não pode envidar esforços no sentido de protegê-la, olvidando que, quando os direitos fundamentais são desrespeitados ou simplesmente largados ao oblívio pelo Poder Público, somente o Judiciário se reveste das armas prementes para a promoção da respectiva defesa.

Obviamente que, como será melhor debatido adiante, a intervenção protecionista do Poder Judiciário não pode nem deve ultrapassar determinadas barreiras, como, por exemplo, adentrar na discussão do mérito da votação de uma lei orçamentária. No entanto, sua atuação será sempre necessária quando se vislumbrar que os direitos fundamentais (em primeiro plano) e a Constituição (num segundo plano) estejam sendo atacados. Trata-se, na verdade, de respeito à harmonia apregoada pela separação dos poderes, harmonia esta que não pode ser usada como escudo para desmandos e descabimentos com os direitos fundamentais do cidadão.

Outro ponto que merece debate é a reserva do possível, expressão da capacidade de disponibilização de recursos do Estado para consecução de suas planejadas políticas públicas.

A doutrina vem fortalecendo o entendimento de que a reserva do possível deve garantir o mínimo existencial do cidadão, de modo que seja protegida – pelo menos – aquela gama de direitos sem os quais não tem como viver-se dignamente.

É fato inquestionável que o Brasil ainda vive aquém daquilo que poderia ser tido como ideal para a sua população. A reserva do possível deveria fazer referência a um conjunto muito mais amplo de direitos do que o mínimo existencial, sempre com escopo no bem-estar social da população. No entanto, a realidade tupiniquim é outra. A busca pelos direitos mínimos, como saúde eficiente, educação com qualidade e trabalho para todos, ainda é duradoura e incessante, de modo que o Estado ainda deve se preocupar com uma quantidade enorme de prestações devidas à sociedade que, no momento atual, não tem como se deter mais fortemente à busca do bem-estar social em si. Depara-se aqui, com a casa em construção, na qual o proprietário não pode se dar ao luxo de pensar em qual tipo de piso irá usar, se faltam-lhe ainda os recursos prementes para construção das paredes. Ora, não pode o proprietário ocupar-se dos enfeites da estrutura, se a estrutura sequer está findada.

#### **4.1 O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

A União é dividida em três Poderes: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º (BRASIL, 1988), os quais são independentes entre si e ao mesmo tempo sintonizantes. O princípio da Separação dos Poderes constitui cláusula pétrea, não podendo ser modificado por emenda constitucional. Os referidos Poderes são autônomos, mas necessariamente harmônicos entre si, mantendo relação de colaboração e controle recíprocos, com o escopo de não permitir quaisquer tipos de distorções e desmandos.

Hodiernamente, no entanto, verifica-se que o princípio da Separação dos Poderes não pode ser entendido como absoluto, sob perigo de se permitir a ação desmedidamente equivocada de um Poder sem que os demais possam intervir em razão de direitos tolhidos, de modo que existe a alternativa de um Poder intervir na competência do outro, destacando-se os casos de omissão do dever, que redundarão na não efetivação de direitos fundamentais.

Atualmente, à intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas é dado o nome de judicialização, termo o qual foi bem definido pelo professor Barroso (2008, p.03). Veja-se tal definição:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Ainda nessa esteira, outra denominação de intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas é o ativismo judicial, o qual tem sua definição atrelada à ideia de judicialização, todavia estando associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Barroso, 2008, p. 06).

Barroso (2008, p. 06.) afirma que a judicialização e o ativismo judicial são primos, diferenciando entre si quanto à origem. O autor define muito bem o termo ativismo judicial:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A saúde é um direito público subjetivo, indisponível e fundamental, assegurado a todos e consagrado no art. 196, da Constituição Federal Brasileira de 1988. Segundo Amaral (citado por Fernanda de Souza, 2010, p.11), a saúde seria um problema do Poder Executivo, pois cabe a ele controlar as verbas; sendo assim, somente este Poder teria competência para resolução de problemas referentes à saúde, não obstante seja responsabilidade de todos os Poderes.

Dessa forma, compete ao Poder Judiciário atuar positivamente na correção de eventuais desigualdades consolidadas no direito postulado, lobrigando a insuficiência de políticas públicas ou até mesmo a sua ausência. No entanto, o citado Poder deveria atuar apenas de forma secundária, ou seja, inicialmente, permitindo o acesso do indivíduo à saúde pela via administrativa e, apenas com a negativa, é que deveria recorrer à via judicial, o que, de fato, não acontece de forma alguma.

## **5 A MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS**

O crescimento do processo de judicialização da saúde se baseia na norma inserta no artigo 196, da nossa Carta Magna, que considera a integralidade da saúde um direito da população e um dever do Estado, e a justiça brasileira tem acatado esse argumento de forma maciça (Medici, 2010, p. 03).

As inúmeras ações judiciais versando sobre esse tema vêm dificultando o uso de recursos por parte dos Governos Federal, Estadual e Municipal em virtude dos bloqueios de verbas públicas.

É importante ressaltar que o Poder Público não deve medir esforços para que o direito à saúde seja garantido de forma eficaz e eficiente. Todavia, tais medidas devem ser tomadas de forma mais justa e razoável.

Atualmente, o Estado é condenado a pagar grandes quantias pecuniárias para um tratamento, que muitas vezes é de forma experimental, para uma única pessoa, objetivando o tratamento de um único cidadão. Tal orçamento poderia ser utilizado, por exemplo, para tratar dezenas de pessoas em tratamento convencionais.

Uma solução plausível para evitar a buscar desenfreada do Poder Judiciário e diminuir as demandas para a efetivação do direito à saúde é a utilização da Medicina Baseada em Evidências – MBE, a qual é considerada como a ponderação entre a boa pesquisa científica e a prática clínica.

O Estado de Santa Catarina observou que, nos últimos 04 (quatro) anos, as demandas contra a Secretaria Municipal de Saúde de Florianópolis diminuíram bastante em virtude de um conjunto de ações, entre elas: a SMS organizou sua Relação Municipal de Medicamentos, aprovou no Conselho Municipal de Saúde, deu ampla divulgação ao Ministério Público e ao Poder Judiciário e instituiu um corpo técnico científico para exarar pareceres usando a Medicina Baseada em Evidência como balizamento, com auxílio das principais entidades científicas, nacionais e regionais.

A prática da medicina baseada em evidências significa integrar o paciente individualmente com as melhores experiências externas expostas pelas evidências clínicas de pesquisas sistemáticas (Saraiva, 2005, p.12).

A partir da prática da MBE pode-se saber se o tratamento indicado àquele paciente é de fato eficaz, se vale à pena o Estado custeá-lo, através de pesquisas científicas, em que se avalia criticamente a informação, adapta tal informação ao caso concreto e se aprecia – acima de tudo – o desempenho do tratamento.

A MBE exige uma interpretação crítica dos resultados dos estudos, considerando os conceitos de grau de evidências e de recomendações das quais determinam se o procedimento

ou tratamento é ou não benéfico, útil ou efetivo, observando opiniões sobre o assunto, ponderando evidências conflitantes ou divergentes. Além disso, a MBE sopesa o princípio da eficiência, ou seja, o alcance dos objetivos com racionalização dos recursos (Saraiva, 2005, p. 21-22).

A utilização da Medicina Baseada em Evidências – MBE serve como parâmetro da efetivação do direito à vida, tendo sua sustentação no princípio da razoabilidade.

A rigor, trata-se a MBE de louvado instrumento de avaliação da melhor solução para cada enfermidade, entendida como a mais adequada ao paciente cumulada com o mais otimizado aproveitamento de recursos financeiros, sob risco de – não sendo assim – expender vultosa quantia com tratamentos ineficazes ou pouco eficazes em favor de uma pessoa enquanto outros milhares perecem por falta de verba pra custear tratamento com êxito largamente reconhecido.

A prefalada busca do Poder Judiciário para consecução do direito à saúde, além de sobrecarregar este Poder, finda onerando o Estado e, para a diminuição desse conjunto de eventos, a solução não está nem nos extremos da aplicação do ativismo judicial, como forma de efetivação de direitos sociais, nem tampouco na inércia do Poder Público, com a justificativa da reserva do possível.

A solução plausível encontra-se na aplicação da MBE, que atuará como diretriz do ativismo judicial, informando ao Judiciário qual a melhor prática a ser adotada no caso concreto e sendo limitador da teoria da reserva do possível, o que geraria um equilíbrio entre o que o indivíduo necessita e o que o Poder Público dispõe.

## 5.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O nascedouro da famigerada Teoria da Reserva do Possível foi a Alemanha, onde é conhecida como *Vorbehalt des Möglichen*, por intermédio de decisão conhecida como *Numerus Clausus*. Nesse contexto, o próprio *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Alemão, decidiu que o direito debatido, seja qual fosse, estaria necessariamente submetido à reserva do possível, implicando em que o indivíduo pode esperar da sociedade (Souza, 2010, p.08).

A Teoria da Reserva do Possível relaciona-se não apenas única e exclusivamente com os orçamentos e recursos para a concretização do direito social, mas também com o princípio da razoabilidade.

Desse modo, a teoria da reserva do possível deve ser um prisma através do qual uma contenda judicial deve ser apreciada, de forma que se deve considerar o pleiteado, desejado pelo interessado, nos limites do financeiramente possível. No entanto, é corriqueiro o próprio Poder Público fazer menção à falada Teoria com o claro fito de se eximir do cumprimento de suas obrigações com a população; mas, para se sustentar nessa teoria, há de provar efetivamente que os recursos estão escassos ou até mesmo inexistentes, para que, assim, o Poder Judiciário possa apreciar a demanda sob a ótica da razoabilidade. O fato é que a Teoria da Reserva do Possível não pode em hipótese alguma ser escudo da má gestão pública.

Canotilho (2011, p.481) afirma que foi convencido da construção dogmática da reserva do possível “para traduzir a ideia de que direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.

O Superior Tribunal Federal, em julgamento com relatoria do Ministro Celso de Mello, se pronuncia adequadamente sobre o tema:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO:

... Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A Teoria da Reserva do Possível deve ser aplicada de modo que seja ponderado aquilo que o indivíduo precisa e aquilo que o Estado pode pagar.

Infelizmente, a aplicação dessa teoria por parte do Estado vem sendo utilizada de forma banalizada, tendo em vista que o Poder Público generaliza a aplicação da mesma, alegando que sempre falta recurso para a efetivação de tal direito. A teoria da reserva do possível – da maneira que é invocada – é um limitador para a efetivação do direito à saúde, devendo ser aplicada de forma consciente e razoável pela Administração Pública, sob pena de ter seus atos revistos e modificados pelo Poder Judiciário.

O direito à saúde é um direito subjetivo e fundamental, devendo ser garantido pelo Poder Público, respeitando o Mínimo Existencial. A teoria do mínimo existencial se confunde com mínimo para sobrevivência e isso bastaria para garantir o direito à vida. Todavia, o mínimo existencial frente ao direito à saúde pressupõe uma maior atuação do Poder Público, de modo que os indivíduos tenham acesso a medicamentos, tratamentos, etc., de maneira eficaz, não de qualquer forma.

É indiscutível que o mínimo existencial deve ser respeitado e utilizado pelo Poder Público, do mesmo modo que não se discute que a reserva do possível também deve ser aplicada nessas circunstâncias analisado o caso concreto, devendo ser as duas teorias confrontadas de modo a solucionar melhor o caso concreto, evidenciando o direito coletivo.

A aplicação da teoria da reserva do possível não deve ser uma forma de o Estado se eximir de cumprir as suas obrigações, mas uma maneira de permitir um acesso mais justo e ponderado dos indivíduos à saúde, tendo em vista que gastos exorbitantes para uma parcela pequena da população impede de certa forma a atuação do Estado nos casos mais simples que abarcam uma parcela maior da população. Daí a necessidade da utilização do princípio da razoabilidade para efetivação da saúde.

## **5.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

O princípio da razoabilidade não está previsto no nosso ordenamento jurídico, sendo consequência das atuações doutrinárias e jurisprudenciais.

Acerca do Princípio da Razoabilidade destaca Mello (2009, p. 108):

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

...

Deveras: se com a outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única - e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicada - é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.

A liberdade que a lei autoriza, no que diz respeito à edição do ato administrativo, permite que o administrador decida acerca da conveniência e da oportunidade de sua prática, por meio da escolha de seu objeto e da valoração de seus motivos, por se tratar de um ato administrativo discricionário, em que se permite que o administrador, frente a um caso concreto e dentro dos parâmetros legais, adote o ato administrativo que considerar mais oportuno e conveniente para satisfazer o interesse público.

Tal facilidade prevista em lei proporciona à Administração Pública subterfúgios para decidir o que é preponderante frente aos interesses públicos que, muitas vezes, não é feito pelo Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais, permanecendo inerte à espera de um posicionamento do Poder Judiciário.

Sabe-se que o Estado tem o discernimento de quando deve atuar para que direitos sejam efetivados sem a necessidade da atuação do Judiciário - muitas demandas poderiam ser solucionadas administrativamente - mas fica no aguardo do Judiciário para a efetivação de tais direitos.

O que se deve analisar são as condições do Estado para o financiamento da saúde nos casos em que a Administração gasta valores exorbitantes em tratamentos que nem sempre serão eficazes, são baseados - muitas vezes - em suposições para salvar apenas uma única vida, enquanto poderiam utilizar tais recursos para salvar outras vidas com tratamentos mais baratos e que de fato são eficazes e nenhum pouco duvidoso, ou seja, agindo com razoabilidade.

Na inércia do Poder Público para a efetivação do direito à saúde frente ao princípio da razoabilidade, cabe ao Judiciário quando se manifestar sobre o assunto nas inúmeras demandas agir com razoabilidade.

O Poder Judiciário deve ser razoável ao analisar uma demanda em que o pedido da ação, por exemplo, é um tratamento não totalmente seguro quanto a sua eficácia, a ser feito nos Estados Unidos da América, com o custo de R\$ 10 milhões de reais. Numa situação dessa, o Judiciário deve aferir se tal despesa é viável, tendo em vista que situações dessa natureza limitam o poder da Administração Pública no sentido de melhor aplicar as verbas públicas nos casos de saúde. Sem mencionar que casos como esse impedem o acesso à saúde de inúmeros brasileiros, uma vez que utilizando muitos recursos com poucos, obviamente ocasiona a falta para outros.

A partir desse pensamento é que surgiu a ideia de ter como solução a aplicação da MBE, a qual tem sustentação nesse princípio, a fim de ponderar tais circunstâncias de modo a informar qual o melhor e mais viável tratamento a ser aplicado ao paciente, através da boa pesquisa científica e prática clínica. A razoabilidade deve ser aplicada de modo que nem o Estado se sobrecarregue com demandas com custos muito elevados e com pouca eficácia, nem o indivíduo seja prejudicado ou desmerecido, tendo o seu direito à vida resguardado.

### **5.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

No tocante ao posicionamento da nossa jurisprudência, existe uma clara tendência das Cortes Pátrias a conceder os direitos pleiteados ao que concerne ao tratamento do cidadão, agindo indiscriminadamente, acatando os pleitos formulados através de análises perfunctórias que vão até o cabimento do direito à saúde, o qual é inquestionável. A postura adotada por tais Cortes pode ser comprovada pela seguinte decisão do Tribunal Regional da 5ª Região, a seguir reproduzida:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO DE TODOS À SAÚDE (ART. 196, CF/88). DEVER DO ESTADO. ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. DIREITO À VIDA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. "CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL." INCABIMENTO, NA ESPÉCIE. I. Superior

Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa de direito indisponível como é o direito à saúde de pessoa carente. Precedente: REsp 837591/RS, Relator: Min. JOSÉ DELGADO, DJ 11.09.2006) II. O art. 196 da Constituição Federal de 1988 estabelece ser à saúde direito de todos e dever do Estado lato sensu (União, Estados e Municípios), de modo que a este compete assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros, o acesso à medicação e ao tratamento indispensável à sua saúde. III. O Sistema Único de Saúde - SUS tem por objetivo a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade. Desse modo, restando comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. IV. No presente caso, a representada, hipossuficiente, sofre de moléstia grave (neoplasia maligna- tumor no cérebro). Assim, deve o Poder Público, através do SUS, realizar o tratamento necessário, com o fornecimento da medicação indicada pelo médico responsável pela paciente, a fim de que seja observado seu direito à vida. V. Inexistência, no caso concreto, de indébita invasão do Judiciário na seara do Executivo, já que a prestação jurisdicional foi precedida de largos esclarecimentos técnicos, passados por profissional da Medicina, tertius desinteressado, acerca da imprescindibilidade do uso do medicamento solicitado, para debelar a moléstia que acometeu a parte interessada. VI. Inaplicabilidade, ao caso em julgamento, da teoria da cláusula da reserva do possível, mercê das peculiaridades envolvidas e da razoabilidade dos termos da provisão jurisdicional. VII. AGRAVO RETIDO, REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDOS.

Não obstante esse seja o posicionamento mais comum dos nossos Tribunais, em que a efetivação do direito à saúde deve ser garantido de qualquer forma, há Tribunais que acreditam que o direito à saúde deva ser deferido a todo indivíduo de modo a garantir o mínimo existencial, preservando a dignidade da pessoa humana; todavia, acreditam que isso não precisa ser feito de forma indiscriminada, podendo ser feito de forma razoável, com a manutenção do equilíbrio entre a necessidade do cidadão e o orçamento disponível do Poder Público. O posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirma o pensamento delineado. Veja-se:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MORTE DA PARTE. CUSTEIO DE TRATAMENTO DE SAÚDE REALIZADO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE INTESTINO DELGADO. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. 1. A extinção do mandado de segurança pela morte da impetrante, teria como resultado o restabelecimento do status quo, implicando a devolução da quantia desembolsada. Não é a melhor solução, tendo em vista que houve desembolso de dinheiro em decorrência de determinação judicial e é necessário analisar se a decisão judicial foi correta ou não. 2. O direito à saúde é prerrogativa indisponível garantida pela Constituição, não podendo o Estado furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo desse

direito fundamental. O direito à saúde não deve ser considerado norma de caráter programático, cabendo ao Estado sua concretização para garantir a vida digna aos cidadãos. 3. Entretanto, a efetivação dos direitos sociais sofre limitações fáticas, questões de ordem financeira e orçamentária que reduzem as possibilidades do ente público concretizar, simultaneamente, as várias demandas da sociedade. Ao poder público reserva-se à prestação daquelas possíveis de ser realizadas, de acordo com a cláusula da reserva do possível. Não se trata de eximir o Estado de seus deveres, mas de aplicar a razoabilidade na satisfação dos direitos sociais. 4. Sabe-se que os recursos orçamentários destinados à saúde são restritos. Não é possível, ao SUS, fornecer todos os tipos de tratamento prescritos. A concessão judicial de todo e qualquer medicamento ou a determinação de realização de qualquer tratamento acabaria por inviabilizar as políticas públicas de saúde, destinadas à coletividade. Daí a importância de se verificar as circunstâncias do caso concreto, notadamente se há outro tratamento, se pode ser feito no país e se a despesa não é desmesurada e compatível com o fim pretendido 5. No caso concreto, as circunstâncias autorizam a despesa. O transplante de intestino era experimental no país, com duas pessoas transplantadas nos últimos anos e mortas logo após a cirurgia, o orçamento era compatível com a cirurgia no exterior, a equipe médica não cobrou honorários e o centro médico era de excelência, mas não o mais conhecido nos Estados Unidos. 6. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento, declarando, no entanto, que não são devidos valores não previstos inicialmente, já que o mandado de segurança não é ação de cobrança (Súmula 269 do STF).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também segue o pensamento da razoabilidade, todavia manifestando-se de forma inovadora: incentivando a aplicação da MBE como forma de ponderação entre a necessidade do paciente e os recursos públicos disponíveis. Observa-se:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MEDICO. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE. CIRURGIA ORTOPÉDICA. JÁ REALIZADA NO DECORRER DO PROCESSO.**

1. Reserva do possível não significa a impossibilidade de judicialização de direitos sociais, mas simplesmente que a carência de recursos, e os custos das demandas devem ser consideradas em um cotejo com as necessidades dos titulares dos direitos sociais.
2. A medicina baseada em evidências traz a lume uma posição teórica e moral de que os médicos devem aliar a sua experiência médica com os conhecimentos teóricos balizados pela literatura médica mais atual.
3. Apelação conhecida e desprovida.

Infelizmente, uma parcela minoritária dos Tribunais é a favor tanto da aplicação do princípio da razoabilidade na intervenção do Judiciário, de modo a respeitar o mínimo existencial e a reserva do possível, quanto da utilização da MBE no intuito de ponderar o que o indivíduo necessita com o que o Estado dispõe, procurando sempre o tratamento mais eficaz através da boa pesquisa científica e da prática clínica.

## 6 CONCLUSÃO

A judicialização da saúde vem ocorrendo nos últimos tempos em virtude da inércia do Poder Público bem como de falhas na operacionalização do SUS.

Além da intervenção do Judiciário em decorrência da inércia do Poder Público, também ocorre intervenção em face da banalização do uso da Teoria da Reserva do Possível, por parte do Estado como justificativa para a não efetivação de direitos fundamentais e sociais, como o direito à saúde.

Assim, o Judiciário é provocado para deliberar e decidir acerca de tudo aquilo que acredita, baseado apenas em duas circunstâncias: (i) a existência de verbas públicas para tanto e (ii) a existência do direito postulado, garantindo – pela via da força legal – o alcance do direito pleiteado.

Todavia, o Poder Judiciário deve atentar, no exercício de sua função, que tal comportamento gera, além de um esgotamento financeiro para o Estado, a mitigação do acesso de muitos cidadãos à saúde pública, uma vez que não há recursos para atender a todos, e poucos precisam de tratamentos muito caros, sendo esta uma parcela mínima da população.

Tal prática desmedida gera uma verdadeira bola de neve, uma vez que o Estado tem que manusear recursos para os tratamentos caros, que financia por determinação judicial, faltando recursos para comprar milhares de caixas de remédio para o tratamento de diabetes, por exemplo, que atinge um universo muito maior de necessitados. Ou seja, aquele indivíduo que precisa de uma caixa de remédio que custa R\$ 10,00 (dez reais), cujo não uso pode ocasionar a sua morte, é posto em segundo plano.

A partir desse pensamento é que o Judiciário deve agir de forma razoável, respeitando o mínimo existencial dos indivíduos e a reserva do possível. Depara-se, aqui, com dois prismas fundamentais para a apreciação das demandas envolvendo prestação de saúde pública: o prisma da razoabilidade e o da reserva do possível, através dos quais tanto o Poder Público (no exercício das suas funções precípuas), como o Poder Judiciário (quando provocado para tanto), devem analisar e decidir a respeito da adequada utilização dos recursos públicos para dispêndio de tratamentos de saúde, com o escopo de alcançar a maior gama possível de cidadãos, até que se atinja o ponto utópico de ter recursos disponíveis para atendimento de todas as demandas que venham a surgir.

A razoabilidade deve ser aplicada de modo a criar um equilíbrio entre a oneração do Estado e a necessidade apresentada pelo cidadão. Para isso, estudos científicos apontam para uma zelosa solução deste problema com a aplicação da Medicina Baseada em Evidências – MBE, a qual consiste na boa pesquisa científica frente à prática clínica na persecução das melhores e mais viáveis formas de tratamento.

A MBE não vai determinar o valor da vida, mas qual tratamento vale à pena ser subsidiado pelo Estado, através da análise criteriosa dos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Alemã de 23 de maio de 1949**. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 19 out 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://theolucas.sites.uol.com.br/Direito/OficinaSTF/ativismojudicial\\_barroso.pdf](http://theolucas.sites.uol.com.br/Direito/OficinaSTF/ativismojudicial_barroso.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Decreto nº 2 de 17 de março de 1992. Aprova o texto da Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, adotada em Genebra, em 1981, durante a 67ª Seção da Conferência Internacional do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 de mar 1992. Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit155.htm>> Acesso em 24 out 2011.

BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso em 24 out 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A Questão da Legitimidade Constitucional do controle e da Intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de Políticas Públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão Política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do Arbítrio Estatal à Efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter Relativo da liberdade de conformação do

legislador. Considerações em torno da cláusula da "Reserva do Possível". Necessidade de Preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e Da intangibilidade do Núcleo consubstanciador do "Mínimo Existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração). Novel entendimento da segunda turma. ADPF, 45/2004 DF. Partes: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Data da Publicação 04/05/2004. **Diário de Justiça**, Brasília, p. 00012. 04 maio 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ementa: EMENTA: Paciente com HIV/AIDS - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - fornecimento gratuito de medicamentos - dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196)- precedentes (STF) - Recurso de Agravo Improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Novel entendimento da e. segunda turma. RE-AgR 271286 RS. Partes: Município de Porto Alegre, Cândida Silveira Saibert, Diná Rosa Vieira, Eduardo Von Mühlen e outros, Luís Maximiliano Leal Telesca Mota e outros. Rel. Min. Celso de Mello. Data da publicação 24/11/2000. **Diário de Justiça**, Brasília, v. 02013-07, pp. 01409. 24 nov 2000.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. EMENTA: Constitucional E Processual Civil. Morte Da Parte. Custeio De Tratamento De Saúde Realizado No Exterior. Transplante De Intestino Delgado. Possibilidade. Direito À Saúde. Art. 196 Da Constituição. AMS 200534000011739 DF. Partes: Natália Lira Vieira, União Federal. Rel. Des. Federal João Batista Moreira. Rel. Conv. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves. Data da publicação: 29/07/2011. **Diário de Justiça**, Brasília, p. 096.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EMENTA: Constitucional. Direito À Saúde. Tratamento Medico. Prestação Do Serviço De Saúde. Cirurgia Ortopédica. Já Realizada No Decorrer Do Processo. Novel entendimento da e. terceira turma. AC 2008.72.00.012395-4/SC. Partes: Iracina Lopes de Amorim, União Federal. Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Data da publicação: 03/02/2010. **Diário de Justiça**, Santa Catarina.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. EMENTA: Constitucional. Administrativo. Fornecimento De Medicamento. Direito De Todos À Saúde (Art. 196, Cf/88). Dever Do Estado. Abrangência Das Três Esferas Da Federação. Solidariedade. Direito À Vida. Legitimidade Ativa Do Ministério Público Federal. Legitimidade Passiva Da União Federal. "Cláusula De Reserva Do Possível." Incabimento, Na Espécie. Novel entendimento da e. quarta turma. APELREEX 200883000107670. Partes: União Federal. Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho. Data da publicação: 18/06/2009. **Diário de Justiça**, Pernambuco, p. 212.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.. Portugal: Almedina, 2011.

CASTRO, A. V. **O controle judicial das políticas públicas como garantia de efetividade dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[www.r2learning.com.br](http://www.r2learning.com.br)>. Acesso em: 28 out 2011.

CRISTÓVAM, J. S. S. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 25 out 2008.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 227, 20 fev. 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDICI, André Cézar. **Judicialização, integralidade e financiamento da saúde**. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a81-87.pdf>>. Acesso em 20 out 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 19 out 2011.

RODRIGUES, Cynthia Alves. DIA, Juliana Ferreira. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade como valores que ensejam o controle da discricionariedade na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.feb.br/revistafebre/Osprincipiosdarazoabilidade.pdf>>. Acesso em 01 nov 2011.

SAERLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista: Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARAIVA, Renato Schuck. **A medicina Baseada em Evidências com ferramenta de gestão e mediadora de conflitos de interesse entre operadoras de saúde, médicos e organizações assistenciais**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/12352/000480800.pdf?sequence=1>> Acesso em 18 out 2011.

SILVA, João José Cândido da. **Tutelas de Urgência na Área do Direito à Saúde: Será que já estamos Caminhando para a Judicialização do Direito à Saúde?** Disponível em: <[www.trf4.jus.br/trf4/upload/.../apg\\_SAUDE\\_JJ\\_Candido\\_da\\_Silva.ppt](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/.../apg_SAUDE_JJ_Candido_da_Silva.ppt)>. Acesso em 07 nov 2011.

SOUZA, Fernanda Oliveira. **A intervenção judicial na garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso nos medicamentos**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/fernanda\\_souza.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf)>. Acesso em 26 maio 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica para construção do Direito. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1999.