

**A TUTELA JURISDICIONAL DA SAÚDE**  
**SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

JURISDICTIONAL PROTECTION OF HEALTH IN THE FOCUS OF THE PRINCIPLE  
OF EQUALITY

**Vivianne Rigoldi\***  
**Edinilson Donisete Machado\*\***

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo o enfrentamento das questões jurídicas e políticas que envolvem a tutela jurisdicional quando esta passa a ser provedora, em âmbito individual, do direito fundamental à saúde. O estudo é descritivo e utiliza-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. São abordadas questões relativas à compatibilidade das medidas satisfativas de efetivação do direito à saúde, com os valores de igualdade e universalidade preconizados pela Constituição Federal brasileira. Analisa-se a questão da tendência de respeito aos precedentes judiciais que, neste contexto, pode representar a garantia da igualdade nas decisões judiciais, mas ao mesmo tempo um insustentável gravame na escassez de recursos públicos. Inicialmente, aborda-se o desenvolvimento do direito à saúde e a previsão constitucional do princípio da igualdade como valor fundamental do Estado Democrático brasileiro. O problema concentra-se na substituição sistemática das decisões políticas fundamentais de efetivação dos direitos sociais por decisões judiciais em âmbito individual, em razão da administração pública, não raras vezes, deixar de alocar recursos de maneira a viabilizar o cumprimento e a efetividade do direito à saúde. Considera-se finalmente, que esta substituição das políticas públicas de acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde pelas decisões judiciais, em âmbito individual, habitualmente o fazem sem a observância necessária dos princípios balizadores do Estado democrático, dentre eles o princípio da igualdade. Aponta-se, em conclusão, a tutela coletiva promovida pelos legitimados e por meio dos instrumentos constitucionalmente previstos para readequação das políticas públicas, como o mais igualitário caminho a ser seguido de respeito à igualdade na prestação estatal, também pelo acesso igualitário à justiça, de maneira mais equilibrada e certamente com maior e mais efetiva contribuição para a melhoria da saúde no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela jurisdicional; Direito à saúde; Igualdade; Precedentes; Justiça.

---

\*Doutoranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru; mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP; mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”- UNESP/Marília; professora universitária, titular da disciplina de Direito Constitucional e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/SP.

\*\*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica –PUC/SP; mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” UNESP/Franca; professor da graduação e dos Programas de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM/SP e da Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP/Jacarézindo/PR.

## **ABSTRACT**

This article aims to confront the legal and political issues surrounding judicial review when it becomes the provider, on an individual level, the fundamental right to health. The study is descriptive and uses of literature and jurisprudence research. Questions concerning the compatibility of satisfativas measures ensuring the right to health, with the values of equality and universality recognized by the Brazilian Federal Constitution are addressed. We analyze the question trend of respecting judicial precedents in this context, may represent a guarantee of equality in judicial decisions, but at the same time an unsustainable lien on scarce public resources. Initially, discusses the development of the right to health and the constitutional provision of the principle of equality as a fundamental value of the Brazilian Democratic State. The problem focuses on the systematic replacement of key policy decisions fulfillment of social rights by judicial decisions at the individual level, because of the public administration, often fail to allocate resources so as to facilitate compliance and the effectiveness of the right to health. Finally it is considered that this substitution of public policies on equal and universal access to health actions and services by judicial decisions in individual issues usually do so without the necessary observance of the hallmarks principles of the democratic state, including the principle of equal. It is pointed out, in conclusion, the collective protection promoted by the legitimate and constitutionally through the instruments provided for readjustment of public policies, as the most equitable way forward in regard to equality in state service, also for equal access to justice, more balanced and certainly with greater and more effective contribution to improving health in Brazil manner.

**KEYWORDS:** Jurisdictional Protection; Right to Health; Equality; Precedents; Justice.

## INTRODUÇÃO

No último dia 27 de maio, o Desembargador Federal Márcio Moraes, que compõe a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) negou provimento ao pedido da União e manteve decisão de primeira instância que, em sede de agravo de instrumento, concedeu tutela antecipada e determinou que, em 15 dias, a União procedesse à transferência e internação para tratamento de uma menina de seis meses de idade, portadora da Síndrome de Berdon no Jackson Memorial Hospital, em Miami, nos Estados Unidos. Antes, a Justiça já havia determinado ao Ministério da Saúde que depositasse R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais) arcando integralmente com o tratamento da anomalia congênita que afeta o aparelho digestivo e impede a menina de se alimentar por via oral. A menina embarcou com os pais para Miami no dia 2 de julho e está internada a espera de doadores para o transplante multivisceral.<sup>1</sup>

Por unanimidade, os desembargadores da 2ª Câmara Cível do Mato Grosso do Sul condenaram o Estado a fornecer a um portador de hepatocarcinoma o medicamento Sorafenid. O autor alega falta de condições financeiras para custear o tratamento, de aproximadamente R\$ 7.000,00 (sete mil reais). O laudo médico informa ainda que o autor é portador de cirrose hepática em grau avançado, com contra indicação de transplante hepático ou ressecção cirúrgica. O tratamento é de, no mínimo, seis meses, não podendo o referido medicamento ser substituído por outro fármaco.<sup>2</sup>

Os dois casos assinalados são exemplos da avalanche de ações que a União tem sofrido na Justiça para financiamento de tratamentos de saúde, aquisição de aparelhos e medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

Em 2012, o governo federal despendeu aproximadamente R\$ 356 milhões para cumprir 13.051 ordens judiciais, o que representou o maior desembolso dos últimos oito anos. Em 2013, de acordo com a Advocacia-Geral da União (AGU), em todo o país foram proferidas aproximadamente 18 mil decisões que têm como parte o governo federal. Em 40% dos processos judiciais, a busca é por medicamentos de última geração, muitos dos quais ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e o restante por tratamentos e aparelhos médicos.

---

<sup>1</sup> Agravo de Instrumento nº 0008474-47.2014.4.03.0000. TRF3. Des. rel. Márcio Moraes.

<sup>2</sup> Processo nº 0802218-04.2013.8.12.0001. 2ª Câmara Cível MS. Des. rel. Atapoã da Costa Feliz. DOU 17.06.2014.

Considerando-se somente o governo federal, o impacto de uma derrota em todos os processos, atualmente em andamento, seria de R\$ 3,93 bilhões - o equivalente a 4% do orçamento deste ano do Ministério da Saúde (cerca de R\$ 106 bilhões). O valor está no anexo "Riscos Fiscais" da Lei de Diretrizes Orçamentárias - Lei nº 12.919, de dezembro de 2013.<sup>3</sup>

As demandas por tratamentos médicos e concessão de fármacos encontram poucos critérios estabelecidos em decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em 18 de setembro de 2009 pelo Ministro Gilmar Mendes, no tocante à obrigatoriedade da concessão de medicamentos e tratamentos pelo Estado, sempre que estes não estiverem disponíveis na rede pública de saúde. Outras análises circunstanciais ficam a critério de cada julgador e seus respectivos tribunais.

Por estas razões, as decisões descritas representam casos difíceis e servem de paradigma para se desenvolver o objetivo deste trabalho, que é o de enfrentamento das questões jurídicas e políticas que envolvem a tutela jurisdicional quando esta passa a ser provedora, em âmbito individual, do direito fundamental à saúde. Pergunta-se: tais decisões são compatíveis com os valores de igualdade e universalidade preconizados pela Constituição Federal brasileira, especialmente no tocante ao direito à saúde? Considerando o respeito aos precedentes judiciais e os já limitados recursos públicos, é possível garantir a igualdade nas decisões judiciais desta natureza?

Para o desenvolvimento do presente artigo realiza-se um estudo descritivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A transcrição das decisões neste intróito tem, portanto, apenas caráter qualitativo.

## **1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Durante a Idade Média a saúde do homem era considerada uma dádiva de Deus, sendo a doença um castigo divino. Tal entendimento obstaculizava qualquer forma de proteção, uma vez que cabia a Deus determinar quem seria saudável ou não. As doenças somente poderiam ser tratadas por meio dos milagres realizados pelos ministros religiosos, aos quais era atribuído o poder divino da cura.

---

<sup>3</sup> Dados disponíveis em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/.../Lei/L12919.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/.../Lei/L12919.htm).

Somente no século XIII o hospital medieval começou a sair da administração dos ministros religiosos, passando para a jurisdição secular principalmente nas cidades.

Embora os padres não tenham abandonado por completo os rituais divinos de cura, é certo que este processo de secularização representou significativo avanço na saúde pública. Por outro lado, no entanto, a única forma de tratar o doente era pelo isolamento, cabendo à comunidade local gerir os hospitais; sem as condições mínimas para sua organização e manutenção, os hospitais não eram considerados um lugar adequado para o desenvolvimento de uma saúde digna. Não se vislumbrava ainda, portanto, um direito à saúde.

O direito à saúde ganha relevância com a Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra, quando os industriais passaram a se preocupar em manter a saúde dos operários para que estes pudessem exercer suas funções laborativas de produção; os operários foram conscientizados e passaram a buscar melhorias nas condições de trabalho, tendo sido incorporado aos direitos fundamentais entre o movimento do constitucionalismo moderno-social e o início do contemporâneo.

Surgidos na passagem do século XIX para o século XX, com a exigência de igualdade concreta em contrapartida ao formalismo jurídico característico dos direitos civis e políticos oriundos do constitucionalismo moderno-liberal, os direitos econômicos, sociais e culturais resultam positivados face os imperativos de justiça social.

Na segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais ampliam o rol dos direitos voltados para a dimensão social do ser humano, implicando ações estatais para a garantia de condições materiais de sobrevivência. Os maiores efeitos foram sentidos nos países denominados de 'primeiro mundo' em razão de, nestes, ter-se introduzido de forma mais efetiva e programática o princípio igualitário. Marcaram este período a Constituição do México de 1917 e a da República de Weimar de 1919.

Em 1946 o direito à saúde avança ao ganhar destaque no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) que proclama: saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos.

O século XX abriga o constitucionalismo contemporâneo; nascem os direitos coletivos, de solidariedade, normas constitucionais programáticas de forte conteúdo social, metas a serem alcançadas pelo Estado por meio de programas de governo, sendo também o momento em que predomina a tendência à internacionalização dos direitos humanos (SARLET, 2002, p.58).

Antônio Carlos Wolkmer (2003, p.09), a respeito dos direitos de terceira dimensão, esclarece que “são direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses ‘novos’ direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (...) dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação)”.

Marcadamente o século XXI desenvolve o movimento do neoconstitucionalismo, onde se consolida a superioridade constitucional, a efetivação social das premissas expressas nos textos programáticos, a onipresença dos princípios e das regras, as inovações hermenêuticas, a densificação da força normativa do Estado e o desenvolvimento da justiça distributiva, a partir de um modelo normativo axiológico, o que reflete sobremaneira na garantia de efetividade do direito fundamental à saúde.

Esclarece a doutrina mexicana de Paolo Biscaretti Di Ruffia (1996, p.60-61), que esta fase possui três ciclos: o ciclo das constituições da democracia social, que tem como característica a atualização no âmbito dos direitos sociais e a racionalização do sistema parlamentar; o ciclo das constituições socialistas, que adotam em sua estrutura o socialismo/comunismo como modo de organização estatal. Países localizados na Europa Centro-Oriental como Polônia, Hungria e Tchecoslováquia, além de China e Cuba, na Ásia e América são exemplos deste ciclo.

E finalmente, o terceiro ciclo, representado pelas constituições de países de terceiro mundo ou em desenvolvimento (emergentes), que se caracterizam por constituições inspiradas nas constituições de democracia social e que revelam divergência entre o texto e a realidade constitucional, sobretudo em relação aos direitos sociais.

Bem sintetiza Norberto Bobbio (2004, p.80) ao afirmar que os direitos sociais são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Assim, os direitos de primeira dimensão são mais fáceis de se garantir que os de segunda e os direitos de segunda dimensão são mais fáceis de se garantir do que os de terceira.

De fato, nesta fase, a concretização das premissas expressas nos textos programáticos torna-se o grande problema, na medida em que as pretensões aumentam e sua satisfação torna-se cada vez mais difícil.

## 2 O DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No tocante aos direitos sociais, a Constituição brasileira de 1934 marcou o Estado Social de Direito, tendo sido elaborada pela Assembléia Constituinte instalada em 1933, manteve-se em vigor por pouco mais que três anos (SILVA, 2011, p.35). Foi a primeira Constituição brasileira a prever o direito à saúde, mas sem atribuir-lhe o status de direito fundamental, o que somente ocorreu em 1988.

No entanto, o problema da efetividade dos direitos sociais sempre circundou o tema, desde suas origens.

Note-se que muitos dos direitos sociais proclamados desde a década de 30 não foram amplamente implementados, e já se falava em flexibilizá-los. As sucessivas crises econômicas que abateram o Brasil, ao longo da década de oitenta e início da de noventa, juntamente com as posturas neoliberais adotadas pelo Estado, agravaram ainda mais a precariedade dos direitos sociais (ALVES; BREGA FILHO, 2012, p.128).

No âmbito das Constituições programáticas, a Constituição brasileira de 1988 é marcada por forte cunho social. No Brasil, somente com o início do processo de democratização do país, a partir de 1985, é que o Estado passa a recepcionar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. Sob a égide da Constituição brasileira de 1988 e seu primado de prevalência dos direitos humanos como norteador das relações internacionais, inúmeros instrumentos supranacionais de direitos humanos foram incorporados pelo Direito Brasileiro.

O direito à saúde está previsto no rol dos direitos sociais, no artigo 6º, Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II ('Dos Direitos Fundamentais') da atual Constituição Federal Brasileira.<sup>4</sup>

Os direitos sociais são direitos prestacionais destinados aos socialmente menos favorecidos, ou hipossuficientes, e se efetivam por meio de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado. Têm como finalidade proporcionar condições de vida digna e garantir que certas situações agregadas ao patrimônio humano sejam preservadas, como é o caso do direito à saúde.

---

<sup>4</sup> Art. 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

O artigo 196 da Constituição assevera a universalidade e fruição igualitária do acesso às ações e serviços de saúde, como princípio e critério para concretização do direito à saúde, direito de todos e dever do Estado brasileiro.<sup>5</sup>

Neste sentido, ainda, o artigo 196 ao definir a saúde como direito de todos e dever do Estado, conjugado com os artigos 194 e 198 da Constituição, permite a definição dos princípios informadores da saúde pública, quais sejam: 1- universalidade, como dito alhures: o direito à saúde como direito de todos, sem qualquer requisito para fruição, devendo ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde; 2-caráter descentralizado e democrático da administração (municipalização da saúde); 3-atendimento integral: prevenção, promoção e recuperação, ou seja, saneamento, atendimento médico, tratamento e reabilitação de doentes; 4-regionalização e hierarquização que viabilize a distribuição espacial dos serviços, suporte técnico e recursos humanos.

No entanto, a distância que afasta a positivação do direito à saúde de sua concretização factual é marcada por um imenso precipício de contrastes entre a magnitude das promessas e a limitação das realizações.

Bem assevera a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p.103), segundo a qual

(...) verifica-se que é particularmente nesta esfera que o dilema representado pela simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, de uma constante adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade socioeconômica cambiante e tendencialmente desfavorável se manifesta com particular agudeza. Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança jurídica e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.

Se considerada a definição de saúde conforme constitucionalizada como direito fundamental, tem-se que todos os cidadãos brasileiros podem dela usufruir, como direito público subjetivo sem restrições de qualquer natureza. E ainda, em sua dimensão objetiva, como valor ou bem jurídico, deve ser objeto de proteção pelo Estado e pela sociedade.

---

<sup>5</sup> Artigo 196 “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” *grifo nosso* (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Resta, portanto, a garantia do direito à saúde no plano fático, no sentido de uma maior conscientização e um maior comprometimento das instituições nacionais na busca do modo mais seguro e eficaz de garantir a saúde pública no Brasil, contribuindo para o aumento da consciência dos obstáculos a superar. Imprescindível incrementar ações e mecanismos que permitam ampliar a participação ativa de agentes públicos e sociais, por meio de propostas concretas de políticas públicas que permitam o acesso material ao gozo do direito fundamental à saúde em todas as suas vertentes.

As políticas públicas são, como visto, meios necessários para a efetivação social do direito à saúde, de nada valendo o mero reconhecimento formal de direitos sem os instrumentos necessários para sua concretização. O processo de formulação das políticas públicas normalmente é impulsionado pela elaboração de projetos de lei por parte, na maioria das vezes, do Poder Executivo e levados para aprovação do Poder Legislativo.

Nestes termos elucidada o Supremo Tribunal Federal no julgamento de 17 de dezembro de 2013 do AI 759.543, Ministro relator Celso de Mello:

Ampliação e melhoria no atendimento à população no Hospital Municipal Souza Aguiar. Dever estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional. Obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Municípios. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município do Rio de Janeiro/RJ. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal. Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (*RTJ 185/794-796*).

No entanto, em qualquer processo de elaboração de políticas públicas, é de suma importância que, tanto o legislador quanto o administrador, ao formular ou regulamentar uma política, observe os aspectos do problema a ser solucionado, colha informações precisas das circunstâncias envolvidas, da situação fática a ser alcançada, e, especialmente, realize uma previsão dos recursos econômicos necessários e suficientes para sua concretização.

Quando as políticas públicas tornam-se uma carta de promessas insustentáveis, boas intenções que nunca saem do papel, inócuas e frustrantes, que por diferentes razões não alcançam os fins sociais para os quais foram criadas, ou ainda, nunca chegam à fase de execução, é que a judicialização e o ativismo judicial ganham força na efetivação do direito fundamental à saúde.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Anote-se a diferença entre ativismo judicial e judicialização do direito. A judicialização é o acesso ao judiciário para prestação da tutela jurisdicional, permitido a todos. O ativismo judicial pode ser considerado uma forma de interferência do judiciário noutra esfera do poder público.

Exatamente por esta razão é que o Supremo Tribunal Federal tende a robustecer as decisões dos juízes de primeiro grau que por meio de medidas satisfativas, muitas vezes em antecipação de tutela, classificadas como de ativismo judicial, conferem efetividade às normas constitucionais relegadas pelos poderes competentes em sede de políticas públicas.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 278, ressaltou a justiça distributiva como critério para que o Poder Público realize escolhas para distribuição dos recursos públicos.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc.

Assim, após audiência pública, realizada em 5 de março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, concluiu ser necessário redimensionar a judicialização da saúde, segundo alguns critérios: 1- Existindo política estatal que envolva o pedido da parte, o Judiciário estará apenas determinando o seu cumprimento; 2- Não havendo política estatal, deve-se analisar se a ausência decorre de omissão legislativa ou de decisão administrativa; 3- Em casos de solicitação de fármacos, é necessário o registro na ANVISA, bem como exame judicial acerca das razões pelas quais o Sistema Único de Saúde (SUS) não o fornece; 4- Deve ser dada preferência ao tratamento oferecido pelo SUS, salvo se provado que o tratamento oferecido pelo SUS não é eficaz ao caso.

Denota-se, finalmente, a necessidade da Administração Pública comprovar lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, de modo a justificar o não fornecimento da prestação pleiteada. Neste sentido, cabe trazer à colação o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa da ementa do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175.

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

No tocante ao fornecimento de medicamentos, depreende-se do julgado, também, que restou pacificada a questão da competência para o fornecimento de medicamentos, sendo, portanto, solidária a responsabilidade dos entes da Federação: União, Estados e Municípios.

Em síntese, o direito à saúde vincula os poderes do Estado, no desempenho de suas funções, sendo-lhes vedadas medidas contrárias à sua promoção e respeito. Neste sentido, o direito à saúde deve ser empregado considerando-se os demais fundamentos democráticos, para se aferir a constitucionalidade e legalidade da restrição de outros preceitos constitucionais como a igualdade e a justiça.

### **3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO À SAÚDE**

Dispositivos constitucionais fundamentais revelam a preocupação do constituinte pela concepção de liberdade, igualdade e novos valores ligados a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 é um conjunto de princípios e regras destinadas à realização de um sistema aberto de valores. Dentre eles está o princípio da dignidade da pessoa humana que se relaciona tanto com valores do espírito, como com condições materiais de subsistência. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais e envolve aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais.

Especialmente criando condições de exercício e fruição da dignidade, “como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade” (SARLET, 2002, p. 48).

Neste ponto, nem mesmo a positivação constitucional da dignidade em princípio fundamental tem tido força suficiente para promover sua efetivação real e tão pouco impedir violações concretas à dignidade das pessoas (VIEIRA, 2006, p.285).

Cumprido ressaltar que, o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana somente se realiza vinculado à realização dos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição de 1988, é fundamental para a compreensão da relação entre a efetividade do direito à saúde, a interferência jurisdicional na concretização dos direitos sociais e o respeito ao princípio da igualdade.

Isto porque, o Poder Judiciário brasileiro tem sido instado cada vez mais a suprir as deficiências políticas na realização das promessas constitucionais não cumpridas pelo Executivo e posteriormente, efetivadas por meio das decisões judiciais. E ainda, porque a leitura de um sistema constitucional aberto faz com que as decisões judiciais passem a depender de princípios de vasto caráter axiológico, o que pode abalar a segurança jurídica.

A Ministra Carmem Lúcia (2005, p.168), sobre a segurança jurídica, preleciona:

Segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário. Mas a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento. Ele pode se produzir no sentido do incerto, o que é contrário ao direito, gerando desconforto e instabilidade para as pessoas.

Não raras vezes, as decisões judiciais em termos de efetivação do direito à saúde, ao substituírem as políticas públicas de acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde, habitualmente o fazem sem a observância necessária dos princípios balizadores do Estado democrático, dentre eles o princípio da igualdade, como se verá a seguir.

A Constituição brasileira de 1988 reza em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei”. Entende-se que o princípio, além de nivelar os indivíduos diante da norma legal, determina que a própria lei não possa ser editada em desconformidade com a isonomia (MELLO, 2009, p.10).

A “igualdade perante a lei” tem matriz liberal e pode ser entendida também como ‘igualdade de direito’ ou ‘igualdade como imparcialidade’, não só compatível com a liberdade, mas a ela inerente. Assim, não se rompe o princípio da igualdade quando a norma jurídica diferencia pessoas e situações, dando tratamento distinto a cada uma delas ou grupo delas, mas é certo que o papel do princípio da igualdade é vedar diferenciações desprovidas de razão legítima que as justifique.

Além da “igualdade perante a lei”, de função formal, voltada a impor ao sistema jurídico a obrigação de tratamento imparcial a todos, o texto constitucional de 1988 reconhece o “direito a igualdade”, por meio do qual o constituinte buscou impor a criação de condições materiais de igualdade entre os indivíduos. Esta igualdade, de matriz mais social é batizada de ‘igualdade distributiva’, ou na linguagem constitucionalista formal, ‘igualdade de fato’. Para tanto é relevante entender-se que a igualdade indica uma relação, um ser social que deve estar numa relação de igualdade com os demais indivíduos sociais.

Diferentemente da clara distinção entre a igualdade e a liberdade, não raro a igualdade vem substituída por outra expressão utilizada como seu equivalente, a justiça. Isto porque, a igualdade entre as partes deve ser instaurada acompanhada do respeito à legalidade para a instituição e conservação da ordem e da harmonia como um todo. Essas duas condições por sua vez, igualdade e legalidade, são indissociáveis para a realização da justiça.

Cumprir dizer, a alteração das relações de igualdade podem introduzir injustiça, quando não observadas as leis, assim como a não observância das leis é uma ruptura do princípio de igualdade no qual a lei se inspira. Este, aliás, é o clássico ensinamento de Aristóteles segundo o qual “evidentemente todos os atos conforme a lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei e dizemos que cada um deles é justo”(ARISTOTELES, 2006, p.104).

A igualdade é uma meta buscada na medida em que considerada um ideal de harmonia entre os indivíduos em situações semelhantes na vida social, ou seja, representa justiça porquanto iguais são tratados igualitariamente na medida de suas semelhanças e necessidades. A fim de que a igualdade entre dois indivíduos seja considerada justa é que surgem critérios de justiça que pretendem estabelecer em que duas pessoas devem ser iguais.

Segundo Vieira (2006, p. 287) a ‘igualdade distributiva’ remete à pergunta: “qual o critério de distribuição de direitos ou recursos adotados pela Constituição de 1988?”. Especialmente no tocante aos recursos econômicos individualmente destinados a tratamento

médico, o problema central da distribuição, na perspectiva da igualdade, é como encontrar um critério justo para distribuir recursos escassos entre os membros de uma sociedade?

Conforme já exposto, o artigo 196 da Constituição brasileira incorporou o *critério da universalização* dos recursos públicos destinados à saúde. Nestes casos, não importa se há diferenças, todos, sem exceção, têm direito à saúde, garantido como dever do Estado.

Além do critério da universalização, o constituinte incorporou o *critério da necessidade*, que determina que seja dado a cada um em conformidade com sua necessidade. No critério da necessidade as pessoas com algum tipo de doença encontram respaldo para a oferta diferenciada de recursos para o tratamento de sua enfermidade.

Neste ponto cumpre frisar que os esforços estatais na efetivação do direito à saúde, devem ser aplicados respeitando duas vertentes de igualdade: a igualdade entre as pessoas saudáveis, a igualdade entre os enfermos e a diversidade justificada entre pessoas saudáveis e pessoas enfermas. Em outras palavras, o critério da necessidade confirma a igualdade entre as pessoas saudáveis, a igualdade entre os enfermos (igualmente necessitados) e a diversidade justificada entre pessoas saudáveis e pessoas enfermas.

Cumpre ressaltar, no entanto, que o critério da necessidade vincula a efetivação de prioridade aos igualmente necessitados de acordo com a disponibilidade de recursos na sociedade, ou seja, há o reconhecimento da necessidade, mas a efetivação do direito especial pode ficar obstaculizada por ausência de condições de implementação. Assim, pelo critério da necessidade uma pessoa enferma pode fazer *jus* a tratamento diferenciado sem que isto venha ferir o princípio da igualdade, mas por outro lado, não é concebível que duas pessoas igualmente enfermas recebam tratamento diferenciado em situações semelhantes sem que o critério da universalização do direito à saúde e o princípio da igualdade sejam rompidos.

Relevante também, para o presente estudo, o entendimento a respeito da igualdade nos direitos e igualdade de direito pertinentes ao direito à saúde. A *igualdade nos direitos* significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Neste sentido é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) ao proclamar que ‘todos os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos’. Compreende, além do direito de igualdade perante a lei, todos os demais direitos fundamentais, como o direito à saúde.

Já a *igualdade de direito*, também chamada de igualdade jurídica é aquela que está em contraposição à igualdade de fato. É a igualdade que faz de todo indivíduo um sujeito de

direito, um sujeito jurídico, mesmo os relativa ou absolutamente incapazes.

Também conhecida como igualdade material ou substancial, foi da igualdade de fato ou distributiva que nasceram as respostas a cada um segundo suas necessidades, o critério da universalização, o critério do merecimento, a cada um na proporção de, a cada um em partes iguais, dentre outras tantas que serviram e servem até hoje de fundamento para diferentes ideologias de respeito à igualdade.

Cumpra reprimir que, ainda que o fundamento das doutrinas igualitárias seja a natureza comum de todos os homens, isto por si só não é suficiente para justificar o princípio fundamental do igualitarismo, ou seja, igualdade em razão da igualdade de *genus*, mas sim do juízo de valor segundo o qual a maior igualdade possível entre os homens é desejável.

Por isso, não se pode olvidar que, a Constituição Federal Brasileira de 1988 introduziu a igualdade como um princípio fundamental de nossa ordem jurídica, com o reconhecimento normativo do direito à igualdade e os critérios a serem utilizados em sua aplicação alcançam suma importância para o deslinde das reflexões a respeito do direito fundamental à saúde, principalmente quando este é levado ao Poder Judiciário. Especialmente o desrespeito à igualdade tem sido visto como repulsivo e injusto.

Isto porque, a regra de justiça intervém para determinar que sejam tratados do mesmo modo os indivíduos que se encontrem em uma mesma categoria, no caso os acometidos de doença grave. Em outros termos, primeiro estabelece-se como um determinado indivíduo enfermo deve ser tratado para o ser de forma justa e somente depois de se estabelecer o tratamento justo, em um segundo momento, surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja reservado a todos os indivíduos que se encontrem em situação semelhante de enfermidade, ou seja, decisões judiciais semelhantes para casos semelhantes. Este segundo momento é chamado de justiça na aplicação.

Aristóteles (2006, Livro V) apresenta a Justiça em três faces: comutativa, distributiva e social. Em síntese, na *Justiça comutativa* as Partes têm deveres entre si e ambas têm, reciprocamente, direitos entre si, na *Justiça distributiva* o Todo tem deveres para com as Partes e na *Justiça social* as Partes têm deveres para com o Todo, por iniciativa solidária ou dispositivo de lei.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Partes ou particulares devem ser entendidas as pessoas físicas ou 'naturais', numa relação de indivíduo com indivíduo, mas também as instituições privadas: associações, sociedades comerciais ou civis, fundações e outras pessoas jurídicas de direito privado. Todo, entendido como o Estado ou comunidade política. (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.194).

Vale lembrar que, a teoria aristotélica de justiça assevera que o indivíduo justo é ponderado, sendo capaz de agir entre o mais e o menos: a justiça surge daí como um equilíbrio. Assim, o homem é justo porque age com justiça, é ponderado, delibera de forma equilibrada, age a partir dessa deliberação racional (NUNES, 2007, p.128).

Portanto, as teorias de justiça que buscam fundamentações na dicotomia ‘igualdade-desigualdade’ o fazem, na maior parte das vezes, na concepção aristotélica de justiça distributiva, cuja concepção é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Em síntese, uma decisão judicial que se pretenda justa deve impreterivelmente observar os princípios fundamentais de um sistema, posto que representam verdadeiros alicerces de uma organização democrática, garantia dos direitos fundamentais e da segurança jurídica, pois decorrem de opções previamente estabelecidas.

Finalmente, a avaliação das decisões lançadas no intróito deste artigo deve valer-se das mesmas premissas que determinam que, as políticas públicas devem estar respaldadas pelo princípio da igualdade, quer pela visão tradicional exposta, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, quer pelos critérios contemporâneos de universalidade, necessidade e diferença, atribuindo-se a mesma parcela a todos os cidadãos, no sentido da universalidade dos recursos públicos, de sorte que cabe questionar se o princípio da igualdade foi observado pelas respectivas decisões judiciais (MACHADO, 2012, p.121).

Inegável que a decisão judicial que concedeu tutela antecipada, mantida pelo TRF da 1ª Região, ao determinar ao Ministério da Saúde o depósito de, frise-se, mais de dois milhões de reais para transferência e tratamento de uma criança acometida de doença grave para o Jackson Memorial Hospital, em Miami, nos Estados Unidos, representa a atribuição de um direito subjetivo a uma determinada pessoa, em prejuízo de outras, na mesma situação de fato e de direito, resguardadas pela política de universalização dos direitos sociais.

Evidente, portanto, o rompimento da decisão judicial com o princípio da igualdade, posto que ao decidir sobre questões de direitos sociais, efetivando o direito à saúde em âmbito individual, retira o caráter da igualdade dos direitos sociais e provoca, no caso concreto, injustiça e distribuição desigual de recursos públicos entre tantas outras pessoas também acometidas de doenças graves.

A “justiça distributiva” preconizada por Aristóteles, se aplicada de forma equivocada, terá o condão somente de romper com o princípio da igualdade entre os cidadãos, impondo a muitos a má-sorte de não estarem judicialmente representados.

Anote-se que os medicamentos e os tratamentos médicos têm alto custo, e os recursos são escassos; ao final, é inegável que haverá um racionamento das verbas que prejudicará os menos afortunados na sociedade.

O aumento e a repetição de situações desta natureza não contribuem em nada para a melhoria da saúde no Brasil e ainda, se não forem responsabilmente contidas, tornarão ainda mais escassos os recursos financeiros reservados pelo Estado à fruição das ações e serviços de saúde, de forma universal e igualitária, conforme determina a Constituição brasileira.

#### **4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O RESPEITO À IGUALDADE**

O aumento e a repetição das decisões judiciais de efetivação do direito à saúde, em âmbito individual, representam uma grande preocupação se considerar-se a tendência atual de respeito aos precedentes judiciais. A legislação processual brasileira tem caminhado para a valorização cada vez maior dos precedentes judiciais com o escopo de assegurar a garantia da segurança jurídica a partir da estabilidade e da igualdade nas decisões judiciais.

Bem adverte a doutrina de Tereza Arruda Alvin Wambier (2009, p.131), segundo a qual a abertura do sistema brasileiro proporciona certa margem de liberdade ao juiz, para que decida de forma mais rente e adaptada aos casos concretos; sendo assim, é imperioso que, uma vez delineada a regra, haja um movimento da jurisprudência no sentido de segui-la. Somente desta forma se preserva a igualdade, criando-se estabilidade e previsibilidade.

De fato, não se pode mais aceitar um juiz que se suponha desvinculado de decisões do passado e diuturnamente prolate decisões em sentidos diferentes. Cada vez mais o papel do juiz do *civil law* se aproxima do papel do juiz do *common law* na medida em que os precedentes passam a ser respeitados também no *civil law* como pretende e determina o projeto do novo Código de Processo Civil.

No Estado Democrático de Direito, a isonomia firma-se diante da jurisdição como a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso, a igualdade ao procedimento e à técnica processual e também a igualdade diante das decisões judiciais.

Notadamente o professor Luiz Guilherme Marinoni (2014, p.142) adverte:

Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só têm sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal este é o objetivo do Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.

Portanto, a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diferentes para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Não se pode negar quão incoerente é para um Estado democrático oferecer decisões desiguais para casos iguais. Apesar da afirmação do *civil law* da igualdade perante a lei, diuturnamente as decisões judiciais no Brasil diferem de uma Turma recursal para outra em casos iguais, o que o respeito aos precedentes pela ordem processual pode obstaculizar.

Por essas razões, o projeto do novo Código de Processo Civil, com redação aprovada em março deste ano pela Câmara dos Deputados, neste sentido manteve as diretrizes do projeto original do Senado Federal estabelecendo no artigo 520 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável” determinando ainda, que “na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante”.

E prossegue no artigo 521, determinando que “para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia”, os precedentes judiciais devem ser respeitados na forma como dispostos nos incisos seguintes do referido artigo.

No Estado constitucional, não há Poder que não tenha responsabilidade pelas suas decisões. O neoconstitucionalismo traça um novo significado para a função judicial e o juiz deixa de ser *bouche de la loi*. Percebe-se que a lei é interpretada de diversas formas e que o sistema do *civil law* não pode mais postular a igualdade somente na idéia de ‘estrita aplicação da lei’.

Assim, não há como justificar de forma plausível uma decisão diferente em um caso semelhante, sob pena de afronta irremediável aos valores da igualdade e da segurança jurídica, imprescindíveis para a proteção aos direitos fundamentais.

O precedente visto em relação ao futuro traz ao juiz maior responsabilidade. O magistrado conscientiza-se que sua decisão deverá ser respeitada pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas no presente e futuro. No precedente a decisão não apenas considera o passado como serve de guia para o futuro (MARINONI, 2014, p. 107).

O precedente está intimamente ligado ao poder e ao respeito ao passado na medida em que uma decisão que emana de autoridade e interfere na vida particular das pessoas cria um precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem irá decidir caso futuro semelhante. Assim, é legítima a expectativa do jurisdicionado de que em situação similar, a mesma sorte será a sua em relação ao caso anterior, não sendo surpreendido por decisão divergente.

Neste sentido, poderia suportar o erário público a destinação reincidente de altas quantias de dinheiro público para a efetivação de direitos sociais em âmbito individual?

Não suportaria.

As decisões judiciais que destinam vultuosos numerários públicos para a concretização do direito à saúde em âmbito individual, desestruturam as opções políticas adotadas pelo Executivo, que escolhe uma entre as variantes que possui para realizar, em detrimento de outras tantas, que, pela escassez de recursos não pode fazê-lo (MACHADO, 2012, p.138).

Afirmou o Supremo Tribunal Federal, em decisão acerca da obrigatoriedade de concessão de medicamentos pelo Estado que, prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes em 18 de setembro de 2009, que, se por um lado a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os administradores públicos que se vêm compelidos a concretizar direitos sociais dos mais diversos, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelo governo para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Bem salienta Walter Claudius Rothenburg (2014, p.82) que a exigibilidade dos direitos sociais é um processo em vias de construção. Devem ser adotados alguns parâmetros para a solução judicial adequada de demandas que envolvem direitos sociais, tais como a reserva do possível ('fática') em relação com a universalização da prestação exigida, bem

como os aspectos técnicos de políticas públicas que recomendam cautela e reverência em relação às decisões dos demais poderes.<sup>8</sup>

A 'reserva do possível' é caracterizada pela inexistência de meios de realização de um direito fundamental. Este não é negado no plano da validade, nem é alegada sua inaplicabilidade imediata, porém não existem condições de fato para a aplicação. A admissão de tal impossibilidade material de cumprimento de um direito fundamental deve ser tida como uma exceção, que não se presume (...) trata-se de circunstância que pode acontecer a qualquer direito fundamental, seja ele de defesa ou prestacional (ROTHENBURG, 2014, p.83).

O crescente aumento das medidas satisfativas tem obrigado o poder público a realocar os recursos já destinados aos pacientes do sistema público de saúde, os quais padecerão anonimamente pela ausência de assistência adequada. Obriga-se a União a adquirir medicamentos de última geração a custos elevados, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros.

Em síntese, o Judiciário tem adotado uma postura ativista, e deste modo, concretiza o direito à saúde fazendo derivar do artigo 6º da Constituição obrigações concretas que comprometem a administração pública, a qual está atrelada à Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso Nacional no ano anterior. É certo que, da forma como a proteção ao direito à saúde tem se dado, despesas não previstas na Lei Orçamentária são geradas sem que tenham sido previstas na Lei Orçamentária anual, de maneira que recursos da saúde, já previamente existentes, terão de ser realocados em favor desta nova despesa.

Na ponderação dos valores de dignidade, direito à vida, equidade na aplicação de recursos públicos, mesmo em face das decisões judiciais de concretização do direito à saúde, há que se respeitar o princípio da igualdade, que em casos difíceis afigura-se incompatível, uma vez que tais pretensões, se deferidas individualmente, resultarão em prejuízo às ações escolhidas e implantadas pelo processo democrático estabelecido na Constituição, tornando mais escassos os recursos financeiros reservados pelo Estado à fruição das ações e serviços de saúde, de forma universal e igualitária, conforme preconiza a Constituição brasileira.

---

<sup>8</sup> A doutrina denomina *reserva do possível fática* o contingenciamento financeiro que submete os direitos prestacionais. *Reserva do possível jurídica* diz respeito aos recursos financeiros existentes, ausente a previsão orçamentária que os submeta à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de medicamentos ou custeio de tratamentos médicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ficou demonstrado, as decisões judiciais aqui tratadas têm por resultado uma opção política e não estritamente jurídica, o quê demonstra o aumento do espaço interpretativo do julgador em detrimento das ações administrativas. Neste sentido, quando as demandas judiciais envolvem a efetivação individual do direito à saúde, despendem custos altos aos cofres públicos e, em última análise implicam prejuízos às políticas públicas voltadas para a fruição do acesso a serviços e tratamentos médicos em âmbito coletivo, desrespeitando desta forma o princípio da igualdade.

Certamente, por vezes, a administração pública deixa de alocar recursos de maneira a viabilizar o cumprimento e a efetividade do direito à saúde, mas a substituição sistemática das decisões políticas fundamentais de efetivação dos direitos sociais por decisões judiciais sem observância dos fundamentos principiológicos contidos na Constituição, em desrespeito constante aos princípios constitucionais e democráticos, somente irá ampliar o vácuo de concretização dos direitos fundamentais.

Não se trata de negar a sobrevivência ao enfermo que dependa deste ou daquele tratamento médico para manter-se vivo, mas atentar-se para um eminente colapso orçamentário caso a efetivação do direito à saúde continue a se resolver em alta escala pelas decisões judiciais que, em âmbito individual, destinam recursos públicos significativos a particulares e não sanam, senão aparentemente, o problema da fragilidade da saúde no Brasil.

Inegável que, a aquisição de medicamentos de alto custo (em média cinco vezes mais caros que os adquiridos por licitação) e o custeio de tratamentos médicos, no âmbito individual, atinge negativamente outro indeterminado número de enfermos, outros tantos que serão prejudicados fatalmente, com evidente quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos brasileiros em situação de semelhança.

E ainda, considerando-se o respeito aos precedentes judiciais expresso no projeto do novo Código de Processo Civil, estando o precedente intimamente ligado ao respeito ao passado e devendo ser seguido por quem o produziu e por quem irá decidir caso semelhante, torna-se previsível um significativo aumento nas demandas individuais de tutela da saúde. Na medida em que uma decisão emana de autoridade e interfere na vida particular das pessoas, cria um precedente que legitima a expectativa do jurisdicionado de que em situação similar, a mesma sorte será a sua em relação ao caso anterior, sucessivamente.

Desta forma, ainda que se reconheça a excepcionalidade e a relatividade da ‘reserva do possível’ como limitação das possibilidades financeiras do Estado na efetivação dos direitos sociais, da forma desenfreada como vêm crescendo as demandas de proteção do direito à saúde e a tendência de garantia da igualdade nas decisões pelo respeito aos precedentes, tornar-se-á inegável um insustentável comprometimento dos recursos orçamentários face o dispêndio perpetrado.

Por estas razões, sempre que em sede de tutela jurisdicional à saúde, em âmbito individual, o Judiciário identificar a ineficiência de determinada política pública, além de garantir o direito à saúde na circunstância vida ou morte (o que se admite como medida de curto prazo), deve impreterivelmente tomar todas as medidas cabíveis, como comunicar o fato ao Ministério Público e à Defensoria Pública, para que os legitimados utilizem-se dos instrumentos constitucionais previstos para modificação desta e de outras políticas públicas, garantindo assim, de fato, o respeito ao princípio da igualdade para todas as pessoas em situação de enfermidade que serão beneficiadas pela readequação de uma política pública ineficiente, ainda que em médio prazo.

Neste sentido, a tutela jurisdicional coletiva não pode ser deixada em segundo plano na proteção do direito à saúde, posto que, valioso instrumento de efetivação dos direitos sociais em razão do seu maior alcance, capaz inclusive de inferir diretamente nos cofres públicos, especialmente no que se refere à saúde, com a possibilidade concreta de garantir a igualdade da prestação estatal, também pelo acesso igualitário à justiça, de maneira muito mais viável, equilibrada e harmônica, certamente com maior e mais efetiva contribuição para a melhoria da saúde no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Sociais e Igualdade: o papel do Poder Judiciário. *In*: SIMÕES. Alexandre Gazetta (Org.). **Ensaio sobre a história e a teoria do direito social**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p.123-141.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 231p. Título original: L'età dei Diritti.

BRASIL. 2ª Câmara Cível do MS. Processo nº **0802218-04.2013.8.12.0001**. Des. rel. Atapôã da Costa Feliz. DOU 17.06.2014. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71886398/djms-17-06-2014>. Acesso em 2 de julho 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. **AI 759.543-AgR. RJ**. Julgamento em 17/12/2013. DJE de 12/2/2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob\\_o\\_numero\\_5112209](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_5112209). Acesso em 01 julho 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **STA 175 CE**. DJE de 29/4/2010. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br/.../suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em 01 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **STA 278 AL**. Julgamento em 22/10/2008. Disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/Stf/anexo/STA278.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº **0008474-47.2014.4.03.0000**. TRF3. Des. rel. Márcio Moraes. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual?NumeroProcesso=000847447201440300>. Acesso em 15 de junho de 2014.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Trad. Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade**. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>. Acesso em 5 de julho de 2014.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Ed. RT, 2005.

NUNES, Rizzatto. A Dignidade da Pessoa Humana e o Papel do Julgador. In: Revista do Advogado. **Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: AASP, 2007. p. 119-135.

RIGOLDI, Vivianne. Atendimento Educacional Especializado: do direito à educação especial à educação inclusiva. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi. **Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Editora Boreal, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Minas Gerais: Ed. Fórum, 2005, p.164-191.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Minas Gerais: Ed. Fórum, 2005, p.85-129.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2002.

SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. São Paulo: Lemos, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 172, jun. 2009, p.121-174.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. In: Wolkmer, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os ‘novos’ direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-30.