

RESPONSABILIDADE ESTATAL FRENTE AO DIREITO À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E A ATUAÇÃO DOS PODERES FACE A TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS

Gabriel Santos Dalla Costa
Vicente Ferreira do Nascimento Neto
Wellenir Pereira de Souza

RESUMO: O presente trabalho partiu da premissa de que todo e qualquer cidadão, de forma universal, equitativa e integral tem direito a Saúde, de modo a nortear as decisões no mundo administrativo, sem esquecer-se do organograma de decisões do mundo jurídico que atua com determinada assiduidade nos tempos contemporâneos, justificadamente para garantir a execução de políticas públicas, o que leva a compreender melhor os diversos métodos de organização do Sistema Único de Saúde e a forma que o Estado o financia, assim como o fenômeno da judicialização da saúde. Deteve por finalidade analisar a importância da aplicação dos princípios administrativos principalmente para balizar as decisões judiciais, que atualmente é inaplicado, ignoradas de forma maçante pela maioria dominante das sentenças judiciais, deste modo manifestando o enorme arcabouço de portarias, decretos e legislações a cerca do tema, todos a fim de regulamentar e organizar o SUS. Vindo também a compreender que os dispositivos legais são de difícil aplicação, em que este fenômeno de judicializações pode levar ao congestionamento do sistema, indicando a pluralidade de decisões deferindo inclusive medicamentos ou procedimentos fora dos protocolos atuais cobertos pelo sistema único de saúde, que não integram os disponibilizados, visto que, estes não detêm a eficácia comprovada ou é igualmente funcional aos distribuídos gratuitamente, ignorando e inferiorizando os estudos técnicos e científicos elaborados pelo Ministério da Saúde. Verificou-se que estes efeitos afetam principalmente os municípios devido ao envolvimento solidário dos entes públicos, que acabam por sofrer prejuízos financeiros severos frente a inércia dos demais entes, identificaram-se os problemas gerados a partir da imensa gama e demanda de decisões judiciais prolatadas em desfavor do ente público municipal, demonstrou que esse fenômeno se dá visto a ausência dos poderes e isso tem levado a demasiados entraves judiciais, que frente à omissão obriga frontalmente o judiciário a agir, indicando a teoria dos freios e contrapesos. Visto o conjunto da problemática levantada, a pesquisa identificou como condição de solução, à eficácia do poder público na aplicação de dispositivos legais impostos na carta magna de 1988 (artigo 196, 197 e 198), dentre os inúmeros decretos e portarias como a Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998 que fundamentou a RENAME. Aqui demonstra-se a justificativa fundamental do trabalho, a necessidade dos poderes atuarem conjuntamente, para a garantia da funcionalidade das regulamentações já consolidadas e inaplicadas. Foi aplicado no presente trabalho o método hipotético dedutivo com revisão literária, à medida que se buscou interpretar a importância do direito a saúde e os problemas gerados pela judicialização, o método foi escolhido visto à sua abordagem frente ao problema, justifica-se, sobretudo, por proceder de um problema geral para o particular, através de uma lógica, aplicável. O objetivo do trabalho então foi analisar a importância da aplicabilidade dos princípios administrativos como um pressuposto de compreensão no direito, assim buscou-se as mudanças possíveis e a efetividade da lei enquanto atriz principal na solução dos conflitos.

Palavras-chave: Direito a Saúde; Freios e contrapesos; Mínimo existencial; Reserva do possível.

**STATE RESPONSIBILITY FOR THE RIGHT TO HEALTH: A DISCUSSION
ABOUT FROM RESERVATION POSSIBLE, MINIMUM
EXISTENTIAL AND INTERACTION OF POWERS FRONT THE CHECKS AND
BALANCES THEORY**

ABSTRACT: The present work was based on the premise that every citizen, universally, equitably and integrally, has the right to Health, so as to guide decisions in the administrative world, without forgetting the decisions of the legal world that acts. with certain assiduity in contemporary times, justifiably to ensure the implementation of public policies, which leads to better understand the various methods of organization of the Unified Health System and the way that the state finances it, as well as the phenomenon of judicialization of health. Its purpose was to analyze the importance of the application of administrative principles mainly to guide judicial decisions, which are currently inapplicated, ignored in a dull way by the dominant majority of judicial judgments, thus manifesting the enormous framework of ordinances, decrees and laws on the subject. , all in order to regulate and organize the SUS. It also comes to understand that legal provisions are difficult to apply, where this phenomenon of judicialization can lead to system congestion, indicating the plurality of decisions including deferral of drugs or procedures outside the current protocols covered by the single health system, which do not integrate the available ones, since they do not have the proven efficacy or are equally functional to those distributed free of charge, ignoring and lowering the technical and scientific studies prepared by the Ministry of Health. It was found that these effects mainly affect the municipalities due to the solidary involvement of the entities. which end up suffering severe financial losses due to the inertia of other entities, identified the problems generated from the immense range and demand of court decisions rendered at the expense of the municipal public entity, demonstrated that this phenomenon is due to the absence of can and this has led to too many judicial obstacles, which in the face of omission obliges the judiciary to act directly, indicating the theory of checks and balances. Given the set of issues raised, the research identified as a condition of solution, the effectiveness of the public power in the application of legal provisions imposed in the charter of 1988 (article 196, 197 and 198), among the many decrees and ordinances such as Ordinance no. 3,916, of October 30, 1998, which substantiated RENAME. This demonstrates the fundamental justification of the work, the need for the powers to act jointly, to ensure the functionality of already consolidated and unenforced regulations. The deductive hypothetical method with literary revision was applied in the present work, as it was tried to interpret the importance of the right to health and the problems generated by the judicialization, the method was chosen because of its approach to the problem. it proceeds from a general problem to the particular, through logic, applicable. The objective of the paper was then to analyze the importance of the applicability of administrative principles as a presupposition of understanding in the law, so we sought the possible changes and the effectiveness of the law as a leading actress in the resolution of conflicts.

Keywords: Right to Health; Brakes and counterweights; Existential minimum; Reservation of the possible.

INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a responsabilidade do Estado frente ao direito à saúde, considerando os princípios a reserva do possível, mínimo existencial e a atuação dos poderes frente e a interferência judicial como freios e contrapesos (*checks and balances*).

Atualmente o judiciário aplica diretamente sérias interferências no poder executivo para a aplicação de políticas relacionadas a saúde, com isto, as intervenções fazem com que a administração pública sofra frontalmente com problemas para executar os próprios protocolos criados para planejamento e efetivação de seus ritos para integralidade da saúde.

Estas intromissões geram um conflito pondo em risco o próprio direito de receber a saúde, visto que, produzem diversos problemas relacionados ao financiamento e o poder de oferta de serviços do setor público, os problemas nascem a partir das decisões que muitas vezes pulam até mesmo pacientes da própria fila de espera, sem critérios de avaliação com base na fila já imposta, que são firmados com base em ritos de prioridades e procedimentos.

O Estado busca atender de maneira universal, isonômica e integral através de sistemas de classificações e fluxogramas para o atendimento de pacientes que demandam de atendimento mais rápido e assim efetivar de modo isonômico o atendimento das pessoa, evitando o que as decisões proferidas fazem ao ferir diretamente o princípio da igualdade e as políticas de saúde existentes no ordenamento jurídico e criados pela equipe técnica do Sistema Único de Saúde (SUS).

O problema parte principalmente da falta de comunicação entre os poderes, judiciário, executivo e legislativo, assim como a falta de concessão de estudos sobre o conflito, e conhecimento da realidade do SUS por meio do judiciário, que ocasionam muitos mandados judiciais que desconsideram as políticas de saúde adotadas, trazendo gastos adicionais para benefícios individualizados, além de também desconsiderar o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

Muitas decisões atribuem a responsabilidade solidária de ofertar o serviço de saúde ao município mesmo que sejam pactuados para outros entes federativos a oferta, sem levar em consideração a disponibilidade, complexidade e custo para o município proporcionar o serviço.

Será aplicado no presente trabalho o método hipotético dedutivo com revisão literária, à medida que se busca interpretar a importância do direito a saúde e os problemas gerados pela judicialização, o método foi escolhido visto à sua abordagem frente ao problema,

justifica-se, sobretudo, por proceder de um problema geral para o particular, através de uma lógica, aplicável.

1 NORMALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Brasil é um país dotado de uma enorme quantidade de legislações acerca de cada tópico, herança do modelo jurisdicional romano-germânico *Civil Law*, incluindo deste modo o direito à saúde. (SANTOS E ARAÚJO, 2011)

Desta maneira, respeitando a indicação de Melo (2007, p. 29 e 30), o sistema brasileiro regulamenta de diversas formas o direito a saúde e conseqüentemente art. 196 da Constituição Federal, que inicialmente propõem uma norma de caráter programática, sem caracteriza-la unicamente como uma projeção futura, estabelecendo programas e tarefas para o Estado executa-la.

Em análise histórica produzida por Mercadante *et al.* (2002, p. 237), o direito a saúde anteriormente ao diploma legal de 1988 era demasiadamente segmentado, com ordem quase que exclusivamente previdenciária e regulada pelo Decreto Lei Nº 4.682, De 24 De Janeiro De 1923, que dispusera sobre direitos de trabalhadores e instituía o CREA – Caixa de Aposentadoria e Pensões para os respectivos empregados que inicialmente se encontravam nos ferroviários e mais adiante aos marítimos e estivadores, tal decreto aduzia em seu art. 9º:

Art. 9º Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito: 1º, a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto e sob a mesma economia; 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração. (BRASIL, Decreto Lei Nº 4.682, De 24 De Janeiro De 1923)

Ou seja, ainda neste sentido demonstra Mercadante *et al.* (2002, p. 237 e 238), que somente trabalhadores efetivos em determinados ramos como o ferroviário teriam direito a assistência médica, que se encontrava ainda em fase precária, e com uma cobertura excepcionalmente irrisória, vale ressaltar ainda que, como supradito no artigo citado, as pessoas trabalhadoras detinham o direito apenas a um desconto nos valores de medicamentos, muito diferente do novo diploma legal, que com a evolução das políticas públicas correlacionadas, possibilita desde a entrega gratuita de medicamentos a tratamentos custosos como de câncer ou transplantes de órgãos.

Desse modo é narrada em relatório da Organização Mundial da Saúde (2018, p. 10), que nasce conjuntamente e inclusa na constituição federal de 1988, uma responsabilidade

idealizadora, que direciona ao Estado o dever de propiciar a todos de maneira integral, universal e equitativa, a saúde, responsabilidade que ocasionou no surgimento do Sistema Único de Saúde, incluído no relatório, “30 trinta anos de SUS – que SUS para 2030? - OMS”, como um dos maiores avanços sociais já obtidos por meio da carta magna e um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo considerada um título de pré-requisito para condição mínima de exercício da cidadania.

Portanto entende-se que além do direito fundamental a Saúde, o dispositivo constitucional traz ainda o dever fundamental do Estado de promover Saúde através de políticas públicas que tem finalidade de reduzir doenças, promover, proteger e recuperar saúde. Para atender as finalidades expostas neste parágrafo, o texto constitucional formaliza o Sistema Único de Saúde (SUS) organizado por descentralização com atribuições e competências para cada uma das esferas de governo, realizando ações e serviços públicos de saúde de forma hierarquizada e regionalizada buscando o atendimento integral, priorizando a prevenção não deixando faltar os serviços essenciais. (MENDES e BRANCO, 2019, p 730-732)

O Direito a saúde descrito na Constituição Federal de 1988 abarca o direito ao acesso de todos, também caracteriza como um direito social (artigo 6º), e como já descrito anterior a competência entre os entes da federação de ofertar a todas pessoas que necessitem. O problema é que ao mesmo tempo que avança o fenômeno da judicialização no Brasil aumenta as discussões nos tribunais de justiça brasileiros, e na maioria das vezes as decisões culminam em desfavor de um dos entes da federação, sendo este o município, onde muitas vezes as decisões ferem o princípio da isonomia e da reserva do possível. (LIMA; MALUF, 2018, p. 175)

Com o aumento da globalização e a democratização o acesso à justiça e consequentemente ao judiciário vem se tornando mais fácil, elevando as ações judiciais contra a administração pública, que ocasiona em vários conflitos quanto a responsabilidade do Estado frente ao fornecimento de serviços e insumos de saúde, contudo deve ser considerado os princípios instituídos na própria Constituição Federal quanto a integralidade, isonomia e universalidade e ainda princípios administrativos como de eficiência, economicidade, razoabilidade, intensidade, legalidade e entre outros.

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 estabelece o direito saúde como um direito social e fundamental, sendo direito de todos e dever do Estado, e estabelece a prestação de serviços públicos de saúde através de rede regionalizada e hierarquizada. (MELO, 2007, p. 50)

De acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 a saúde é um direito de todos e dever do Estado:

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

O direito a saúde não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição Federal, mas também um direito fundamental, posto que a saúde é essencial ao direito de viver com dignidade. (SLAIBI, 2010, *n.p.*)

O direito à saúde deve ser garantido através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos cidadãos, observados critérios racionais de aplicação. (LIMA, 2006, p. 131)

Diante da garantia desse direito fundamental, surge a questão da contradição entre a garantia individualizada de serviços na área de saúde e a possibilidade de universalização desse acesso em caráter igualitário. (LIMA, 2006, p. 131)

A leitura do artigo 6º da Constituição Federal combinada com os artigos 194, 196 e 198 da Constituição Federal, permite a definição dos princípios informadores da política pública de saúde, as quais sejam: a universalidade, caráter democrático da administração, a regionalização e hierarquização. (LIPPEL, 2004, *n.p.*)

Segundo Slaibi (2010) a Constituição Federal consagrou à saúde pública, de tal modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios, tanto é que, em seu art. 198, previu o legislador a criação de um sistema único de saúde e em seu § 1º, dispôs que o financiamento ocorreria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - Participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Com a definição da saúde como direito fundamental e social abriu-se o caminho para que todos os cidadãos brasileiros possam usufruir, tendo em vista que a saúde passou a constituir um direito público subjetivo, garantido pela existência do Sistema Único de Saúde (SUS).” (LIPPEL,2004, *n.p.*)

Assim, o artigo 196 da Constituição Federal garante o acesso universal e igualitário, e exige do Estado que preste serviços públicos curativos e preventivos aos cidadãos, os quais são prestados pelos entes que compõem o SUS. (SANTOS, 2006, *n.p.*)

O problema surge quando se questiona como se dará a efetividade e aplicação imediata à norma que garante o direito à saúde, no contexto de um Estado comprometido com a justiça social. (LIMA, 2006, p. 116). Ainda que garantido de forma absoluta e universal pela Constituição Federal, não é garantido plenamente na prática, mesmo com o SUS, se configurar uma política consistente, não conseguindo ofertar a todos os cidadãos os cuidados integrais e universais de saúde. (DE SOUZA MACHADO, 2008, p. 90)

Segundo Gontijo (2010, p. 610) a Constituição da República de 1988, conferiu relevo às garantias à saúde, como direitos fundamentais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Apesar da expansão dos serviços públicos, o Brasil ainda apresenta acentuada heterogeneidade interna em relação a assistência à saúde. Embora o direito à saúde preceitue o acesso universal e integral, deve-se ponderar que a implementação de políticas públicas vincula-se a prestações materiais submetidas à dotação orçamentária dos entes federativos, bem como deve-se propiciar mais eficácia às decisões políticas, salvaguardando, primeiramente, as necessidades coletivas.

O Decreto Federal nº 7.508/2011, estabelece a atenção básica como a principal porta de entrada a rede atenção do SUS tornando a atenção básica de ordenadora do sistema. A regulação faz o acesso entre atenção básica a atenção especializada (acesso aos médicos especialistas) através de um sistema organizado atendendo a integralidade do paciente.

Segundo Aguiar (2018, p. 12 e 13), o SUS possui a organização de níveis de atenção em: atenção básica, atenção especializada, atenção hospitalar e atenção nas urgências e emergências. É modelo necessário para o cumprimento da hierarquização do SUS, utilizando o sistema de regulação que funciona como um elo organizativo, implementando fluxos e referências aos serviços, garantindo a universalidade, equidade e integralidade do SUS.

É necessário considerar que a demanda para o SUS se modifica constantemente dependendo de fatores externo e internos ao país, como patologias trazidas por turistas ou imigrantes, mutação de agentes biológicos e descobertas de novas patologias, sendo impossível prever todas moléstias que a afetará a população e por esse motivo o SUS sempre estará se moldando para alcançar a melhor chance de cura da população. E por este motivo o SUS se organiza em redes lógicas de acessos, procurando identificar e parametrizar a enfermidade individualizada e desenvolvendo um panorama coletivo para tomar suas decisões.

3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO PARA PROMOVER UNIVERSALIDADE, ISONOMIA E INTEGRALIDADE

A primeira parte do artigo 196 da Constituição Federal a articulação pode ser de norma programática, em que na primeira consta os fatores que condicionam à saúde e segunda expressa ao acesso universal, de acordo com Santos (2006, *n. p.*):

A dicção da primeira parte do art. 196 é norma programática que deve contaminar toda política pública, exigindo, de forma indireta, a melhoria dos fatores que condicionam a saúde, como alimentação, moradia, meio ambiente, trabalho, renda, lazer, educação e outros, conforme expresso no art. 3º, da Lei n. 8:080/90. Somente a segunda parte do art. 196 - que garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde exige do Estado a prestação de serviços públicos curativos e preventivos, os quais devem ser prestados pelos órgãos e entes que compõem o SUS, e ele não autoriza interpretação de que todos têm irrestrito direito a tudo na saúde. Além de não ter esse elástico, não pode ser interpretado isoladamente dos arts. 198 e 200 e de outras leis que o regulamentam.

Segundo Lima e Maluf (2018, p. 188) é necessário ressaltar que o direito a saúde refere-se em regras constitucionais que trata-se transversalmente, deve-se atentar para o grau de responsabilidade de cada Ente, observando-se que os Municípios são os que possuem a parcela de recursos financeiros mais parca e o financiamento recebido do SUS é insuficiente, não sendo capaz de atender a grande demanda da sociedade.

A interpretação do direito à saúde deve estar concentrada nos princípios de equidade e universalidade, entendidos como a igualdade de acesso aos serviços, exigindo-se mais do princípio da equidade para que os recursos sejam distribuídos de forma igualitária. (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 246)

O que implica no atendimento das prestações a saúde implica no custo para o Estado, “[...] os quais os recursos estão desprovidos para os meios necessários para todo o coletivo. A realização desses direitos estaria sujeita à ‘reserva do possível’, o que reforça o papel do legislador e do executor na definição de prioridades diante de recursos escassos”. (LIPPEL, 2004, p. 5)

Logo, o sistema de política pública de saúde sem organização, protocolos de conduta, regulamentos técnicos e parâmetros de gastos, não dará conta de atender a demanda ofertada na sociedade, que cresce a cada dia. (SANTOS, 2006, *n.p.*)

É evidente que os órgãos responsáveis pela política pública de saúde podem criar padrões de atendimento, objetivando não só a economia de recursos, como também o aperfeiçoamento das modalidades de prestações de serviços a saúde. (DALLARI, 2010, p. 89)

De acordo De Moura (2013) ainda que tenha avanços perceptíveis no direito à saúde conforme preconizado no artigo 196 da Constituição Federal, “[...] o caminho para a efetivação desse direito constitucional é longo, o setor de gestão pública precisa aperfeiçoar a administração dos recursos materiais e financeiro, para que possa investir no SUS, podendo atender a demanda de forma igualitária. (DE MOURA, 2013, p. 9)

Nas palavras de SANTOS e AMARANTES (2010, p. 72):

A abrangência do direito à saúde na dicção da primeira parte do artigo 196 é conceito-guia, ‘valor que deve conformar as políticas públicas do Estado’ brasileiro que deve operar visando garantir qualidade de vida, que por sua vez corresponde, no campo da saúde, a ‘suprimir ou evitar riscos de agravo à saúde’. A segunda parte do mesmo artigo expressa o dever do Estado na garantia de serviços de assistência à saúde, englobando promoção, prevenção e recuperação, função imposta aos órgãos e entes que compõem o SUS.

Aguiar (2018, p.13) descreve que a operacionalização, monitoração e avaliação para o acesso de procedimentos especializados são partes do processo regulatórios das políticas públicas de saúde, em que a avaliação solicitação é realizada com classificações de riscos e pelo protocolo de regulação para qualificar o acesso para atenção especializada (que detém um custo mais elevado) através da necessidade do paciente.

A melhoria nas prestações de serviços públicos de saúde não passa unicamente pelo aumento de uma melhor distribuição orçamentaria, mas também envolve a racionalidade na gestão desses serviços, a fiscalização na aplicação e gerenciamento dos recursos, abrange do compromisso dos governos e administradores. (MELO, 2007, p. 167)

Para que seja possível garantir a universalidade das prestações dos serviços de saúde, é preciso que se faça respeitar a Constituição, pois é esta quem determina que a garantia do direito à saúde seja plenamente realizada por políticas sociais e

econômicas, conforme orientação do art. 196. Assim, para que a própria existência do Sistema Único de Saúde não seja, em médio prazo, comprometida, é preciso entender e respeitar as ações determinadas pelo Poder Legislativo como dotadas de presunção de legitimidade e correção. (JUNIOR; PAVANI, 2013, p. 93)

Porém, como descreve Aguiar (2018, p. 13), o SUS possui um problema grande que é quantidade de procura maior que a capacidade de oferta gerando listas e tempos de espera, que em contrapartida pode ser uma grande ferramenta para planejamento e organização para tomadas de decisão, a Portaria n° 4279 de 30 de dezembro de 2010, do Ministério da Saúde, define a lista de espera como uma tecnologia para normatização do uso de serviços através de critérios para classificação de necessidade e risco, de cada área da atenção em saúde, promovendo transparência em procedimentos com desequilíbrio de demanda e oferta. Aguiar (2018, p. 13) em seu trabalho conclui que a fila de espera é um instrumento para sua própria redução em que o gestor deve monitorar e tomar decisões para a reduzir do tempo de espera ou estabelecer metas de tempo de espera satisfatórias a necessidade dos pacientes.

Dentro da atenção hospitalar, Evangelista *et Al* (2008, p. 2) descreve que a regulação de internação e disponibilização de leitos que tem o objetivo de selecionar as melhores alternativas de assistência dentro das demandas existentes e recursos disponíveis buscando ofertar aos pacientes o atendimento com equidade, boa qualidade e tempo de espera satisfatório, alcançando menores taxa de complicações e utilização de leitos de UTI.

Para a disponibilização de medicamentos e outros insumos da assistência farmacêutica foi criado a Relação Nacional de Medicamento (RENAME), em que possui sistema de atualizações e revisões, para atender os tratamentos dos agravos e doenças que incidem sobre a população Brasileira, para essa relação, foram consideradas evidências científicas tendo em vista a eficácia, efetividade, segurança, custo, disponibilidade de cada medicamento da relação. A RENAME também é norteadora quanto a competência de disponibilização entre as 3 esferas de gestão do SUS. (BRASIL, 2017, p. 11)

Portanto entende-se que além do direito fundamental a Saúde, o dispositivo constitucional traz ainda o dever fundamental do Estado de promover Saúde através de políticas públicas que tem finalidade de reduzir doenças, promover, proteger e recuperar saúde. Para atender as finalidades expostas neste parágrafo, o texto constitucional formaliza o Sistema Único de Saúde (SUS) organizado por descentralização com atribuições e competências para cada uma das esferas de governo, realizando ações e serviços públicos de saúde de forma hierarquizada e regionalizada buscando o atendimento integral, priorizando a prevenção não deixando faltar os serviços essenciais. (MENDES; BRANCO, 2019, p. 730 - 732)

O SUS é uma rede hierárquica em níveis de atenção e com protocolos de acesso e execução com o objetivo de ofertar o serviço com a forma mais eficiente possível. Dentro dos estudos para ofertar com eficiência, os pacientes são colocados em vários grupos de ações que podem por causa ou patologia e por especialidade médica (ou de outro profissional na área de saúde), cabendo à gestão pública, dentro de sua competência, estudar as demandas e criar as ofertas e procedimento para promover a saúde priorizando a coletividade e a prevenção de agravo e enfermidades, e o atendimento de urgência e emergência.

O judiciário deve se ater as políticas públicas vigentes para que não desconsidere os estudos e parâmetros para atuação da administração pública, podendo, dependendo do caso, trazer dano à coletividade, se considerar que a administração pública possui recurso limitado e planejado com orçamentos previamente definidos.

4 A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL, SISTEMA DE FREIO E CONTRAPESOS

O dever do Estado é garantir que haja atendimento integral e ao acesso universal e igualitário à saúde, são direitos assegurados nos artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal. (SLAIBI, 2010, *n.p.*)

A Organização das Nações Unidas (2018, p. 10) descreve que o princípio principal do SUS não se revela tão somente em face da cura de enfermidades, mas sim da prevenção e elaboração de ações que possam ajudar a combater futuras e possíveis afecções na população, realizando por meio de políticas públicas aplicadas diretamente ao corpo social e por meio de financiamento direto do Estado.

Como discute Bresciani e Funcia (2019, p. 4 e 5), tal responsabilidade de manter o Sistema Único de Saúde é subdividida em um modelo tripartite, entre Municípios, Estados (Distrito Federal) e União, sendo que a maioria dos municípios brasileiros são excessivamente dependentes das transferências por parte da União e dos Estados, mesmo detendo maior parte da efetividade do cumprimento das políticas públicas impostas.

Desta forma, ainda para organizar o financiamento direcionado a saúde, e afim de transparência foi dividido na Portaria nº 3.991, de 28 de dezembro de 2017, dois blocos de financiamento, o primeiro se concentra nas ações de serviço público de saúde respectivamente a Atenção Básica, Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar, Assistência Farmacêutica, Vigilância em Saúde e Gestão do SUS. Em consequente o segundo bloco, que é direcionado ao investimento na rede de serviços públicos da saúde, Atenção

Básica, Atenção Especializada, Vigilância em Saúde, Gestão e desenvolvimento de tecnologias em Saúde no SUS e Gestão do SUS. (BRASIL, Portaria N° 3.991, de 28 de dezembro de 2017)

Tais menções faz total sentido no âmbito das judicializações, como indica Lima e Maluf (2018, p. 182), problemas do tipo atingem principalmente os municípios, visto que, é um dos entes mais afetados e punidos pela judicialização da saúde já que detém a menor parcela de investimentos do SUS, logrando um grau de participação muito baixa para resolução dos problemas da ineficácia das políticas públicas, principalmente em políticas relacionadas à distribuição de medicamentos, já que estes podem apenas complementar e se situar em harmonia com a RENAME.

Um exemplo claro sobre a judicialização da saúde como introduz Mendes e Branco (2019, p. 738), são em relação aos números das ações que se concentram na maior parte em fármacos que não estão inclusos na lista de medicamentos essenciais e distribuídos gratuitamente pelo SUS que atualmente é regido pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME regulamentado pela Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.

Em relação aos medicamentos solicitados, verificou-se que cerca de 77% não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS. Dos demais itens, aproximadamente 12% eram do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1843 e 1844)

No mesmo sentido Mendes e Branco (2019), discorre que a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, é efetuada com base em estudos científicos de eficácia e produtividade, resolvendo a maior parte dos problemas clínicos identificados, salutar em relação aos medicamentos distribuídos pelo SUS é inferiorizar conhecimento científico produzido e elaborado pelo Ministério da Saúde, outro fato é que, levantamentos apontam que a maioria das pessoas beneficiadas com a judicialização da saúde possuem melhores condições socioeconômicas. Fato não tão absurdo já que a maioria de receitas e laudos médicos são elaboradas por clínicas e médicos particulares.

Ademais, o problema se agrava quando tais médicos particulares desprezam, muitas vezes sem qualquer justificativa, as opções de tratamento efetivamente disponibilizadas pelo SUS em âmbito federal, estadual ou municipal, de acordo com suas atribuições previamente pactuadas e que, além de considerarem – pelo menos em tese – as necessidades da maioria da população, são incluídas nas listas de distribuição dos entes federativos a partir de uma série de estudos que comprovam sua eficácia: no Brasil, o medicamento só pode ser comercializado após a aprovação do registro do produto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (CONRAD, 2016, p. 30)

De acordo com Bastos *et al.* (2019, p. 58), concomitantemente aos fatos levantados os entes municipais vêm sendo prejudicados devido à distribuição fiscal inferior, com orçamentos escassos, passando dessa forma a sofrer cada vez mais frente à judicialização, visto que, tem se demonstrando uma crescente onda de processos judiciais, prejudicando os seus orçamentos e colocando em risco sob pena de um congestionamento do sistema único de saúde.

Os resultados provenientes do fenômeno da judicialização do direito à saúde em detrimento dos Municípios, garantindo aos particulares a tutela sobre fármacos que extrapolam a competência municipal tem surgido como grande contrassenso aos princípios da isonomia e da reserva do possível como se destacará adiante. (Lima; Maluf, 2018, p. 186)

“É certo que, se não cabe ao poder judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendam aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário”. (MENDES; BRANCO, 2019, p. 737)

Todavia, como se pode depreender do modelo de freios e contrapesos, sua incidência visa a garantir a própria finalidade do Estado e a preservação de direitos subjetivos públicos, como justificativa da interferência nessa atuação do Judiciário na [falta de] implementação de políticas públicas pelos órgãos de normatização e regulação de condutas e pelos órgãos executivos de administração pública. Todavia, não parece lograr êxito a invocação de uma espécie de liberdade ou autonomia de cada um dos três Poderes – no sentido de discricionariedade – tendo em vista que a letra mesmo do artigo 2º determina a co-existência harmônica entre eles, que pode ser traduzida no sistema de checks and balances que se pressupõe – ou se elementariza – existir, exercendo o que Montesquieu denomina no Espírito das Leis, como correlação de forças necessária entre os Poderes do Estado. Diante disso, vê-se que o Judiciário temse libertado mais – e encontra fundamento para tanto - nessa sua função de coordenação com as outras esferas organizacionais de um Poder uno e indivisível enquanto Estado de Direito, e tem, pois, prolatado decisões determinando ao Executivo, v.g., que haja como agente regulador e fiscalizador, para reservar interesses sociais em verdadeira atuação de política pública. (ALVES, 2011, p. 81 e 82)

Neste panorama, sustenta Alves (2011, p. 79) uma ideia da necessidade de um controle ativo do Judiciário na determinação de políticas públicas ao executivo e concomitantemente ao legislativo para preservar o que a lei ordena e principalmente a Constituição ao Estado, exaurindo verdadeira expressão de atuação dos freios e contrapesos, para deste modo preserve-se os direitos sociais e individuais indispensáveis, assim como no direito à saúde e as inúmeras decisões judiciais que impõem ao Estado a aquisição de medicamentos específicos, que já deveriam estar à inteira disposição dos cidadãos, mas que por omissão do Poder competente, não foi realizada.

Segundo Mendes e Branco (2019, p. 744 e 745) a decisão da presidência do Tribunal de Suspensão de Tutela Antecipada 175. Estabeleceu critério cuja finalidade seja de resolver o impasse da intervenção judicial no SUS em caso de direito a saúde, em que, primeiramente deve ver se há uma política de saúde que atende a solicitação da parte autora. O judiciário deve se preocupar em não criar políticas de Saúde e sim exigir o cumprimento dos mecanismos já existentes e se for o caso, avaliar a motivação pela não existência de políticas de saúde do SUS para o não fornecimento. Também é necessário que exista a ampla produção de provas na instrução processual a fim que demonstre a real necessidade do caso em específico.

É melhor para sociedade que o judiciário atue com critérios para realizar interferência nas políticas públicas de saúde, evitando danos a coletividade e nos gastos do orçamento público. As Prefeituras muitas vezes separam recursos para atender mandados judiciais de serviço e insumos a saúde que não são incorporadas as políticas de saúde por ferirem as normatizações vigentes e seus princípios, além de estudos como a RENAME. Muitas vezes esses recursos para atender mandados judiciais são separados em programações específicas por não se encontrar em nenhum programa de saúde dentro da competência do ente federativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, verifica-se que apesar do direito a saúde ser um direito fundamental, a sua aplicação é muito complexa, vez que sua verossimilhança necessita de aperfeiçoamento, para que haja eficácia no artigo 196 da Constituição Federal.

São notáveis os diversos meios de regulamentação e de aplicações de métodos para o fornecimento do direito à saúde, mencionando apenas alguns já é possível demonstrar o tamanho da dimensão do sistema, que devido sua alta complexidade é extremamente necessário uma boa gestão e funcionários técnicos, para a boa execução e aplicação das regulamentações e princípios administrativos.

Desta feita, demonstrados o mínimo possível do gigantesco arcabouço por trás da administração da saúde, é necessário expor os danos ocasionados frente os embates dos poderes, devido à judicialização da saúde, ferindo inclusive princípios fundamentais da implantação do SUS, quando é determinado a dispensação de itens não inseridos no rol que abarca os protocolos do sistema único de saúde.

Como descrevem nas mais diversas discussões acerca do tema e como já supramencionadas, o judiciário não age e nem deve agir para legislar ou aplicar políticas públicas, mas sim no intuito de garantir aplicando diretamente a teoria dos freios e contrapesos quando houver a omissão de poderes como o executivo ou legislativo, para garantir que não irão ferir direitos personalíssimos.

Porém é necessária cautela ao impor maior parte dos cumprimentos aos municípios, já que estes têm uma parcela mínima da participação decisória de criação das políticas públicas assim como um menor orçamento para cumprimento, podendo congestionar o SUS no âmbito municipal, ferindo princípios do próprio sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Letícia de Oliveira Fraga de. **Regulação do acesso em saúde: uma análise das filas e o tempo de espera para consultas médicas especializadas no Distrito Federal.** 2018. 75 f., il. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) — Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

ALVES, Maíra Feltrin. **O Princípio da Separação dos Poderes e o Controle Judicial de Políticas Públicas.** Revista FMU Direito. São Paulo, ano 25, n. 35, p.73-84, 2011. Disponível em: revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/147/201. Acesso em: 01/11/2019

BASTOS, Francisco Roberto de Avelar; *et al.* **A Judicialização da Saúde em Três Municípios da Região Centro do Rio Grande do Sul.** Revista Saberes Plurais: Educação Na Saúde, V. 3 | N. 1, p. 48 – 69, 2019. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/saberesplurais/article/view/89079/53660>. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988:** Artigos, 196, 198. 1988. Acesso em 20/10/2019.

BRASIL, **Decreto Lei Nº 4.682, De 24 De Janeiro De 1923:** Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados Artigo, 9. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017 /** Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL, **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998:** O Ministro de Estado da Saúde, Interino, no uso de suas atribuições, e Considerando a necessidade de o setor Saúde dispor de política devidamente expressa relacionada à questão de medicamentos. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL, **Portaria Nº 3.991, de 28 de Dezembro de 2017**: Altera a Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços públicos de saúde do Sistema Único de Saúde. Disponível em : http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt3992_28_12_2017.html. Acesso em: 01/11/2019.

BRESCIANI, Luis Paulo.; FUNCIA, Francisco Rósza. **A Gestão Recente do Sistema Único de Saúde**: Financiamento Restringido. Revista EnApg, Fortaleza, 2019. Disponível em: http://idisa.org.br/files/anexos_domingueira/2019_EnAPG217_PUBLICADO_SITE.pdf. Acesso em: 01/11/2019.

CHIEFFI, Ana Luiza.; BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2009.v25n8/1839-1849/pt>. Acesso em: 01/11/2019.

CONRAD, Kadija André. **A Questão Probatória nas Ações Judiciais Sobre Saúde e os Relatórios de Médicos Particulares**: questão tormentosa. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 68, p. 28-36, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35657.pdf>. Acesso em: 01/11/2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, p. 93, 2010. Acesso em 25/10/2019.

DE LIMA, Gabriela Eulalio.; MALUF Aflaton Castanheira. **Judicialização do Direito à Saúde em Desfavor dos Municípios**: Um Paradoxo aos Princípios da Isonomia e da Reserva do Possível. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 174-191, 2018 Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDB-n.020.pdf. Acesso em: 01/11/2019

DE MOURA, Elisângela Santos. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440 >. Acesso em maio 2017.

DE SOUZA MACHADO, Felipe Rangel. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 73-91, 2008. Acesso em 20/10/2019.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. DADOS-Revista de Ciências Sociais, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

GONTIJO, Guilherme Dias. A judicialização do direito à saúde. **Revista Médica de Minas Gerais**, v. 20, n. 4, p. 606-611, 2010. Acesso em 24/10/2019.

JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 14, n. 2, p. 71-100, 2013. Acesso em 20/10/2019.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. **Revista Direito Público**, v. 3, n. 12, p. 112-132, 2006. Acesso em 24/10/2019.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 1, 2004. Acesso em 20/10/2019.

MELO, Maurício de Medeiros. **O direito coletivo prestacional à saúde e o poder judiciário: a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional**. 2007. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Acesso em 24/10/2019.

MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, Cap. 5, item 3.5.1, p.730-748

MERCADANTE, Otávio Azevedo. et al. Evolução Das Políticas E Do Sistema De Saúde No Brasil. In: FINKELMAN, J., org. **Caminhos da saúde no Brasil [online]**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. 328 p. ISBN 85-7541-017-2. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788575412848>. Acesso em 01/11/2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório 30 anos de SUS. Que SUS para 2030? Síntese Versão Preliminar**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://iris.paho.org/xmlui/handle/123456789/49663>. Acesso em 01/11/2019.

SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. 2006.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. Gestão pública e relação público privado na saúde. In: **Gestão pública e relação público privado na saúde**. 2010.

SANTOS, Ramon Alberto dos.; ARAÚJO, Renê José Cilião de. **Common Law e Civil Law: Uma Análise dos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Norte-Americano e Suas Influências Mútuas**. VII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, Maringá, 2011. Disponível em: http://cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/ramon_alberto_dos_santos.pdf. Acesso em 01/11/2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Interesse Público, Sapucaia do Sul, n. 12, p. 91-107, 2001.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. O direito fundamental à saúde. **BIS. Boletim do Instituto de Saúde (Impresso)**, v. 12, n. 3, p. 227-233, 2010.