

# Expansión del poder judicial en el Sistema Único de Salud Brasileño

Carlos Eduardo Artiaga Paula <sup>1</sup>, Ana Paula da Silva <sup>2</sup>, Cléria Maria Lôbo Bittar <sup>3</sup>

## Resumen

Este estudio aborda la historia y la interpretación del Supremo Tribunal Federal, en sus decisiones, al intervenir en el Sistema Único de Salud para tornarlo más efectivo. Se realizaron investigaciones en base a la jurisprudencia del Tribunal, destacándose catorce fallos. Se observó que el fundamento para la intervención en el sistema son sus deficiencias y la garantía constitucional de los servicios de salud, y que las acciones se tornaron más complejas, exigiendo una fundamentación más minuciosa y la adhesión a nuevas teorías por parte del Tribunal Supremo. La intervención abarcó no sólo el acceso a bienes de salud, sino también a otros aspectos relacionados con la gestión del Sistema Único de Salud. En general, la postura del Supremo Tribunal Federal fue afirmativa, teniendo en cuenta no sólo respaldar la decisión, sino también fijar reglas para el futuro. Se concluye que la intervención judicial en el sistema de salud pública no sólo debe mantenerse, sino que también debe intensificarse.

**Palabras clave:** Judicialización de la salud. Suprema Corte de Justicia Brasileña.

## Resumo

### Expansão do poder judicial no Sistema Único de Saúde

Este estudo aborda o histórico e a interpretação do Supremo Tribunal Federal em seus julgados ao intervir no Sistema Único de Saúde para torná-lo mais efetivo. Foram feitas pesquisas na base de jurisprudência do Tribunal, destacando-se 14 acórdãos. Observou-se que as bases para intervenção no sistema são suas deficiências e a garantia constitucional dos serviços de saúde, e que as ações se tornaram mais complexas, exigindo fundamentação mais minuciosa e adesão a novas teorias por parte do Supremo. A intervenção abrangeu não apenas o acesso a bens de saúde, mas também outros aspectos relacionados à gestão do Sistema Único de Saúde. No geral, a postura do Supremo Tribunal Federal foi afirmativa, tendo em vista não apenas respaldar a decisão, mas fixar regras para o futuro. Conclui-se que a intervenção judicial no sistema de saúde pública deve não apenas ser mantida, mas intensificada.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde. Brasil-Decisões da suprema corte-Jurisprudência.

## Abstract

### Expansion of the judiciary in the Brazilian public health system

This study addresses the history of and interpretations made by the Brazilian Supreme Court in its judgments when intervening in the Brazilian Public Health System to make it more effective. Research was carried out on the Supreme Court's jurisprudence database and fourteen rulings were highlighted. It was observed that the basis for intervention in the Health System was its very deficiencies and the constitutional guarantee of health services, and that the lawsuits have become more complex, requiring more detailed reasoning and adherence to new theories by the Supreme Court. The intervention covered not only access to health goods, but also other aspects related to the management of the Brazilian Public Health System. In general, the stance of the Supreme Court was affirmative, aiming not only to support the decision, but to establish rules for the future. It is concluded that judicial intervention in public health system should not only be maintained, but intensified.

**Keywords:** Health's Judicialization. Brazilian Supreme Court.

---

1. **Doutorando** carlosedart@gmail.com – Universidade de Franca (Unifran) 2. **Especialista** annap95755@hotmail.com – Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa/MG 3. **Doutora** cleria.bittar@unifran.edu.br – Unifran, Franca/SP, Brasil.

## Correspondência

Carlos Eduardo Artiaga Paula – Rua Lagamar, 97, Copacabana CEP 38701-184. Patos de Minas/MG, Brasil.

Declararam não haver conflito de interesse.

La intervención en el Sistema Único de Salud (SUS) perpetrada por el Poder Judicial es un fenómeno en crecimiento en Brasil. El informe “Justicia de investigación”, elaborado por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ)<sup>1</sup>, evaluó la judicialización de la salud y concluyó que hay una demanda cada vez mayor del Poder Judicial para tratar estas cuestiones. En 2016, hubo 300 mil acciones relacionadas con el derecho a la salud en tramitación en el país<sup>2</sup>.

El medio académico también ha acompañado esta tendencia de acciones judiciales en el área de la salud y, por eso, se ha preocupado más con esta temática. Según Oliveira y colaboradores, los estudios sobre la judicialización en salud *han aumentado cada año, demostrando la importancia del tema*<sup>3</sup>, lo que también encuentra respaldo en la investigación de Araújo y colaboradores<sup>4</sup>. La principal cuestión en este ámbito ha sido el acceso a medicamentos – Oliveira y colaboradores<sup>5</sup>, por ejemplo, llegaron a la conclusión en su investigación de que el 60% de las publicaciones analizadas trataban este tópico.

Según el Ministerio de Salud<sup>6</sup>, el SUS, uno de los mayores sistemas públicos de salud del mundo, engloba desde simples atenciones ambulatorias hasta trasplantes de órganos, control de fármacos, implementación de políticas de promoción de la salud, entre otras funciones. El sistema se ampara en las Leyes Orgánicas de la Salud, como la Ley 8.080/1990<sup>7</sup>, que promueve acciones muy amplias, como la formulación de políticas (art. 5°), acciones de vigilancia sanitaria, de la salud del trabajador, epidemiológicas, asistencia terapéutica integral (art. 6°), entre otras.

Frente a esto, la interferencia del Poder Judicial en el SUS no se limita a garantizar el acceso a medicamentos. En realidad, es mucho más amplia y abarca todos los servicios del sistema ya mencionados<sup>8</sup>, incluyendo actos administrativos, como los procesos de licitación para la adquisición de bienes y servicios. En cuanto a este último aspecto, un informe elaborado por el Banco Mundial afirma que la intervención judicial en los procesos de licitación, provocada, por ejemplo, por un ofertante que se sintió perjudicado, *puede paralizar el proceso de compra completamente durante meses o hasta años*<sup>9</sup>, afectando directamente la gestión y el suministro de fármacos. Se hace evidente, por lo tanto, la gran influencia del Poder Judicial en la gestión pública de la salud.

La intervención judicial en el SUS es realizada por todos los órganos que componen el Poder Judicial, previstos en el art. 92 de la Constitución Federal (CF)<sup>10</sup>. Implica desde el juez de primera instancia hasta el máximo órgano, el Supremo Tribunal Federal (STF). Este último, según lo previsto en el art.

102 de la CF, tiene la palabra final en la interpretación y aplicación de los dispositivos constitucionales. Por este motivo, la Corte Suprema fue designada como el “guardián de la Constitución”<sup>11</sup>, cabiéndole declarar, como última instancia, la constitucionalidad o no de determinada ley o acto normativo.

La fuerza y las atribuciones del STF se han ampliado a lo largo del tiempo. La Enmienda Constitucional (EC) 45/2004<sup>12</sup> permitió que el tribunal, tras sucesivas decisiones sobre la materia constitucional, publicase un acta con efecto vinculante en relación con los demás órganos del Poder Judicial y con la administración pública directa e indirecta (art. 103-A de la CF/1988)<sup>10</sup>. Además, el nuevo Código de Procedimiento Civil<sup>13</sup> prevé, en el art. 927, que los demás jueces y tribunales deben observar las decisiones de los tribunales superiores. Esto le confiere, por lo tanto, una posición destacada al STF, puesto que sus decisiones deben ser observadas por los demás órganos del Poder Judicial.

La intervención del Supremo en el SUS se vuelve aún más relevante dado que el derecho a la salud está previsto en el art. 6° de la CF, reforzado en la sección “De la Salud”, art. 196<sup>10</sup>. En este sentido, la “palabra final”<sup>14</sup> sobre la intervención judicial en el SUS, en observancia de este derecho, corresponde al STF. Considerando la posición destacada de este Tribunal en el sistema jurídico brasileño, este artículo procura analizar la historia y los cambios interpretativos de esta corte de justicia al interferir en el SUS con el fin de efectivizar el derecho fundamental a la salud.

## Método

Entre febrero y mayo de 2017, se investigaron en la base de jurisprudencia del STF<sup>15</sup> los siguientes conjuntos de palabras clave: “interferencia, judicial, judicialización, gestión pública, administración, salud”; “acceso, salud, política pública”; “competencia, judicial, política pública, salud”; “servicio sanitario, judicial”; “acceso a medicamentos”; “contratos, licitación, SUS y salud”. En las búsquedas, las palabras fueron combinadas a partir del operador lógico “and”, lo que permitió localizar los procedimientos judiciales que contenían todas las palabras clave indicadas por el investigador.

Se encontraron 89 fallos. De estos, se procuró seleccionar aquellos que respondían a la siguiente pregunta orientadora: “a partir de una perspectiva histórica, ¿cuáles son las interpretaciones, los argumentos y las posturas del STF al intervenir en el SUS con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la salud?”

A partir de esta indagación, 14 fallos atendieron a los criterios de la investigación, pues versaban sobre el acceso a bienes y servicios de salud, e implicaban alguna injerencia judicial en el SUS. Se excluyeron 75 fallos; algunos repetidos, otros sin ninguna relación con el sistema de salud (materia de derecho administrativo, penal, etc). También hubo fallos referidos a sistemas privados de salud, que no son objeto de este análisis.

Los 14 fallos fueron analizados interpretativa y argumentativamente, en base al análisis de contenido, lo que permitió organizar los documentos en tres categorías, *a posteriori*. El resumen del método se describe en el Cuadro 1:

**Cuadro 1.** Método de la investigación

Método	Investigación documental
Período de recolección	febrero/mayo 2017
Fuente	www.stf.jus.br
Palabras clave de investigación	Interferencia, judicial, gestión pública, salud y sinónimos (lengua portuguesa)
Operador lógico de búsqueda	“and”
Fallos recolectados	89
Fallos que atendían a los criterios de la investigación	14

## Resultados

Los 14 fallos del STF que atendían a los criterios de la investigación se dividieron en tres categorías.

La primera de ellas, compuesta por seis sentencias, implicó acciones motivadas por el acceso de una persona o grupo a medicamentos y tratamientos médicos. Al menos en uno de los polos de la acción los intereses eran individuales.

En la segunda categoría, con cuatro fallos, la acción judicial interfería en la gestión del SUS como “legislador negativo”, es decir, invalidando una ley o acto del poder público, como en procesos licitatorios, contratación de servidores, contratos administrativos, entre otros.

La tercera y última categoría de análisis, también con cuatro fallos, englobó la actuación del Poder Judicial en la gestión del SUS como “legislador positivo”, es decir, no limitándose a anular un acto, sino actuando como un gestor propio del SUS, determinando medidas administrativas para el sector de salud.

No se puede negar que los fallos de la primera categoría afectan a la gestión de la salud pública, ya que el administrador tendrá que enfrentar el impasse al suministrar medicamentos por imposición judicial. En esa situación, por un lado, está el interés individual, que anhela el medicamento y, por el otro, el interés público que se opone al suministro.

En las dos últimas categorías está en discusión sólo el interés público, pero lo que las diferencia es el tipo de actuación judicial: en la segunda categoría, el papel del legislador es negativo; en la tercera, positivo. El Cuadro 2 demuestra la relación de los fallos investigados y el contenido del juicio, organizados en las tres categorías de análisis:

**Cuadro 2.** Relación de los fallos investigados

	nº proceso	Tenor del juicio
1ª categoría	AR* 393.175-0/RS <sup>16</sup>	Se aseguró el acceso a los medicamentos. Se focalizó en la pobreza de los solicitantes y en el deber del Estado de asegurar la salud.
	AR 486.816-1/RJ <sup>17</sup>	
	AR 271.286-8/RS <sup>18</sup>	
	RE con RG** 566.471-6-RN <sup>19</sup>	Todavía no juzgado. Se cuestiona el deber del poder público de suministrar medicamentos de alto costo.
	RE con RG 607.582/RJ <sup>20</sup>	Todavía no juzgado. Analiza la posibilidad de determinar el bloqueo de cuentas públicas para asegurar el acceso a medicamentos.
	RE con RG 657.718 <sup>21</sup>	Todavía no juzgado. Se analiza la posibilidad de que el Poder Judicial conceda el acceso a un medicamento sin registro en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA).
2ª categoría	AR 259.508-0/RS <sup>22</sup>	Se solicitó interferencia judicial en un acuerdo realizado entre dos entes federales en el ámbito del SUS. El Poder Judicial se negó a intervenir, pues se trata de un juicio discrecional de la administración.
	AR 244.217-8/MA <sup>23</sup>	Reconoció la legitimidad del Ministerio Público en proponer una acción civil pública sobre la ilegalidad en un proceso licitatorio.
	AR 237.771-4/MA <sup>24</sup>	
	AR 262.134-0/MA <sup>25</sup>	

continua...

**Cuadro 2.** Continuación

nº proceso		Tenor del juicio
3ª categoría	AR 727.864/PR <sup>26</sup>	Determinó la obligación del Estado, no prevista específicamente en la ley, de cargar con los costos de hospitales privados que atienden a pacientes en situación de urgencia cuando no hay camas disponibles en el SUS.
	AR 684.612/RJ <sup>27</sup>	Se observó una situación caótica de un hospital carioca y se determinó la contratación de profesionales.
	AR 734.487/PR <sup>28</sup>	Determinó medidas administrativas en el hospital de Londrina, como la liberación de recursos financieros y el aumento de camas en UCI adulta.
	ADI*** 1.923-DF <sup>29</sup>	Analizó los contratos firmados entre Estado y organizaciones sociales que también involucran al SUS. Dispensó el proceso de licitación, pero determinó una forma específica para esta contratación.

\*Agravio regimental; \*\*Recurso extraordinario con repercusión general; \*\*\*Acción directa de inconstitucionalidad

### Discusión

El análisis de los fallos permite observar que el Poder Judicial intervino en los problemas inherentes al SUS – incluso porque este poder actúa principalmente ante una lesión o amenaza al derecho, en los términos del art. 5º, inc. XXXV, de la CF<sup>10</sup>. Y no es casual que el tema de la judicialización de la salud esté en ascenso, pues los problemas que involucran al SUS son graves y también crecientes.

Esto se evidencia en el relevamiento realizado por el Ministerio de Salud, que evaluó al SUS en 5,5 en una escala de 0 (peor) a 10 (mejor)<sup>30</sup>, demostrando las deficiencias del sistema brasileño. Además, los programas sanitarios en Brasil no funcionan de forma eficiente, por ejemplo, el Salud de la Familia, que busca promover la salud y prevenir enfermedades, alterando el modelo centrado en los hospitales.

La consecuencia de esta situación son los hospitales repletos. *Datos del Tribunal de Cuentas de la Nación (TCU) indican que el 64% de los hospitales están siempre con hacinamiento. Sólo el 6% nunca están llenos*<sup>30</sup>. Faltan trabajadores en el área de la salud, sobre todo médicos, principalmente en el interior. Otros puntos importantes son la ausencia de capacitación y la falta de calificación de estos profesionales.

La forma de gestión del SUS también es cuestionada. Oliveira y colaboradores<sup>5</sup>, así como Freitas Filho y Sant’Ana<sup>31</sup>, constataron una gran burocratización del sistema, una alta demanda y demoras en la prestación de servicios. Los recursos farmacéuticos, por ejemplo, están mal gestionados. Diniz, Medeiros y Schwartz<sup>32</sup>, en un estudio realizado con 597 municipios (10,7% de los municipios brasileños), observaron que en el 71% de ellos falta o está desactualizado el control de stock, y que el 39% tiene condiciones inadecuadas de almacenamiento, indicando, por lo tanto, fallas graves de gestión.

Además de estos problemas en la administración pública, el sistema brasileño de salud pública carece de inversiones. Brasil invierte sólo el 5% del PBI en el SUS, quedando atrás de países como Argentina, Uruguay, Canadá, Francia, Suiza y el Reino Unido, que invierten entre el 7,6% y el 9% del PBI, según datos presentados por el secretario de Ciencia, Tecnología e Insumos Estratégicos del Ministerio de Salud<sup>33</sup>.

Con la promulgación de la Enmienda Constitucional 95/2016<sup>34</sup>, que limita durante 20 años los gastos públicos, el Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA)<sup>35</sup> concluyó que, considerando la tasa de crecimiento real del PBI del 2% al año en el período de vigencia de la enmienda (2017 - 2036), la pérdida acumulada para el financiamiento del SUS sería de R\$ 654 mil millones. Según el estudio, la enmienda va a afectar mucho el financiamiento y la garantía del derecho a la salud en Brasil, creando un terreno propicio para la judicialización del área.

Las dificultades que asolan al SUS también son reconocidas por el STF. El Recurso Extraordinario con Repercusión General 684.612/RJ señaló en *el Estado brasileño la inexistencia de condiciones satisfactorias en la prestación del servicio de salud, especialmente para las capas sociales menos favorecidas*<sup>36</sup>.

A partir del análisis de estos fallos, se percibe que la intervención judicial en el SUS se justifica debido a las fallas, la mala gestión, la omisión y la inercia del Estado para proteger y ofrecer condiciones mínimas a los ciudadanos, en base al derecho a la salud previsto en la Constitución y en las políticas públicas. Estas condiciones fueron denominadas en los fallos “mínimo existencial”, disposiciones fundamentales de un derecho (en este caso, a la salud) que permitan a las personas no sólo vivir dignamente, sino también tener acceso a valores civilizatorios y participar de forma clara en el proceso político y en el debate democrático<sup>37</sup>.

Entre los seis fallos de la primera categoría (intervención judicial para garantizar derechos individuales), tres más antiguos, de 2000, 2005, 2006<sup>16-18</sup>, se refirieron a derechos individuales propiamente dichos. En estos juicios, para conceder medicamentos, se resaltó la condición de pobreza de los solicitantes. También se enfatizó que el derecho a la salud, íntimamente ligado a la vida, es una obligación del poder público y no debe consistir en una promesa constitucional inconsecuente. Este derecho debe prevalecer sobre el interés financiero del Estado.

Cuando argumentó de forma contraria a la concesión, el Estado señaló la inexistencia de una partida presupuestaria y que la adquisición de medicamentos debe obedecer a procesos de licitación. Ambos argumentos fueron rechazados por el Poder Judicial. El primero, bajo el razonamiento de que el poder público debe obedecer a la Constitución, a la consagración del derecho a la salud, y que pensar lo contrario implicaría considerar la Constitución una carta de promesas desprovista de eficacia. El segundo argumento fue descartado considerando que la adquisición de fármacos, en caso de emergencia, exime de licitación.

Los tres últimos fallos de la primera categoría analizada también versaban sobre derechos individuales, pero los casos discutidos fueron mucho más complejos en comparación con los primeros<sup>19-21</sup>. Mientras que estos discutieron sólo el deber del Estado de asegurar el medicamento a una persona desprovista de recursos, los últimos abordaron la obligación del poder público de proveer medicación de alto costo o sin registro en la Anvisa, además de la posibilidad de determinar el bloqueo de las cuentas públicas, si no se garantizara dicho acceso.

Por cierto, corresponde al Poder Judicial fundamentar, argumentar y ampliar los análisis sobre estos tres últimos casos, incluso porque son de repercusión general, es decir, lo que sea decidido deberá ser cumplido por todas las demás instancias en situaciones análogas. Se debe aclarar que la repercusión general es un requisito de admisibilidad de los recursos extraordinarios, instituido por la EC 45/2004<sup>12</sup>. Con esto, tales recursos serán juzgados por el STF sólo si la corte reconoce una relevancia social, política, económica y/o jurídica que extrapole los intereses de las partes involucradas en la acción.

En el análisis de los fallos de la segunda categoría (judicialización de la salud en forma de legislador negativo), el Poder Judicial interviene en el SUS cuando se constata ilegalidad en la gestión pública – por ejemplo, si quien gestiona incumple la exigencia de licitación, conforme los fallos Agravo Regimental (AR) en el Recurso Extraordinario (RE) 244.217-8/MA<sup>23</sup>, AR en

el RE 237.771-4/MA<sup>24</sup> y AR en el RE 262.134-0/MA<sup>25</sup>. Se verificó en el fallo AR en el RE 259.508-0/RS<sup>22</sup> una postura judicial minimalista al evitar criterios de conveniencia y oportunidad de la administración pública.

Se entiende al minimalismo y al maximalismo como corrientes que fundamentan la acción judicial. En esta última corriente, que encuentra respaldo en el pensamiento de Ronald Dworkin<sup>11</sup>, se pretende decidir sobre los casos de forma amplia y profunda, profiriendo ambiciosas justificaciones teóricas, para fijar reglas para el futuro. En el minimalismo, por otro lado, la decisión judicial recurre a abstracciones y generalizaciones sólo cuando es extremadamente necesario para solucionar controversias. Es decir, se evita al máximo crear o delimitar reglas, dejando esa función al Poder Legislativo.

Esta perspectiva, particularmente influenciada por el pensamiento de Cass Sunstein<sup>38</sup>, defiende las denominadas “virtudes pasivas”; por ejemplo, cuando el juez se niega a resolver conflictos<sup>39</sup> y deja la decisión a cargo de los demás poderes, más calificados para la función. Esto ocurrió en el AR en el RE 259.508-0/RS<sup>22</sup>, en el caso en que el STF afirmó que el análisis del acuerdo entre Porto Alegre y el estado de Rio Grande do Sul se relacionaba con la administración pública y, por lo tanto, no cabía intervención judicial. De las 14 decisiones analizadas, sin considerar las aún no juzgadas, la mayoría versa sobre decisiones judiciales maximalistas. Sólo en una de ellas<sup>22</sup> el Poder Judicial resolvió no interferir.

En cuanto a los fallos de la tercera categoría (Poder Judicial como legislador positivo), especialmente en el AR en el RE 727.864/PR<sup>26</sup> y en el RE con RG 684.612/RJ<sup>27</sup>, las decisiones judiciales y su soporte fáctico eran más complejos, pues la intervención judicial exigía medidas de gestión para solucionar los casos. También había problemas más graves. El AR en el RE 727.864/PR<sup>26</sup> registró la falta de camillas en la red pública para atender urgencias y emergencias. En el RE con RG 684.612/RJ<sup>27</sup>, la situación del hospital carioca Salgado Filho fue definida como “caótica”. En ambos casos la salud de la comunidad local estaba en riesgo por la falta de estructura del sistema sanitario.

En oposición a la intervención judicial, el poder público suscitó el principio de la separación de los poderes, alegando que el Poder Judicial no puede interferir en las funciones del Ejecutivo, encargado de gestionar la administración pública y de aplicar los recursos. En todos los juicios, el Estado hizo mención de la teoría de la “reserva de lo posible”, que consiste en limitar la responsabilidad estatal en base a la falta de recursos para atender a todas las demandas sociales. Este precepto se resume en lo que se puede

razonablemente esperar y exigir del Estado, considerando las limitaciones financieras existentes<sup>40</sup>.

No obstante, estas tesis fueron superadas cuando el Poder Judicial adhirió a teorías innovadoras que fundamentan la injerencia judicial. En el AR en el RE 727.864/PR<sup>26</sup>, además de la teoría del mínimo existencial, fueron invocadas otras, como la “veda de la protección insuficiente”, la “prohibición del exceso”, la “prohibición del retroceso social”, la teoría del “control de la voluntad y del resultado” y también la teoría de la “restricción de las restricciones o limitación de las limitaciones”.

Por la veda de la protección deficiente, ni la ley ni el Estado pueden presentar insuficiencias en relación con la garantía de los derechos fundamentales, en este caso, la salud. La prohibición del exceso implica que el Estado no debe practicar actos que violen derechos fundamentales, ya sea en la creación o en la aplicación de la ley. La prohibición del retroceso social determina que el legislador no puede suprimir derechos sin ofrecer una contrapartida al ciudadano. Por lo tanto, este principio confiere estabilidad a las conquistas sociales ya dispuestas en la Constitución, impidiéndole al Estado abolirlas<sup>41</sup>.

La teoría del control de la voluntad y del resultado consiste en la posibilidad de exigir del administrador público, incluso judicialmente, resultados efectivos y eficaces. Se extiende entonces el control de los actos de la administración pública, que ya no responden sólo por la legalidad, sino también por los efectos en el cumplimiento de los objetivos constitucionales<sup>42</sup>.

Por último, la teoría de la restricción de las restricciones o limitación de las limitaciones autoriza al Poder Judicial a aplicar los derechos fundamentales ante la inercia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, que normalmente provoca una situación social insostenible, en incumplimiento de la Constitución.

Todas las teorías mencionadas son garantistas, pues protegen los derechos fundamentales de la persona. Esto demuestra que el Poder Judicial adoptó una postura interventora y maximalista en los casos citados. Sin embargo, en el AR en el Agravo de Instrumento (AI) 734.487/PR<sup>28</sup>, un ministro del STF argumentó contra esta posición, afirmando que el Poder Judicial no crea políticas públicas, sino que sólo determina el cumplimiento de las ya existentes.

Para analizar este argumento es importante diferenciar políticas públicas y gestión pública (o administración pública). Ésta consiste en la actuación del Poder Ejecutivo para efectuar acciones definidas en la esfera política, según lo definido por Farah<sup>43</sup>. Muchas políticas públicas son metas a ser

cumplidas, como los compromisos del desarrollo sustentable<sup>44</sup> y la Política Nacional de Promoción de la Salud<sup>45</sup>, entre otras.

La gestión pública tiene lugar, por lo tanto, cuando el agente político ejecuta algo concreto con el afán de alcanzar los objetivos previstos. La política de promoción de la salud, por ejemplo, busca *favorecer la preservación del medioambiente y la promoción de ambientes más seguros y saludables*<sup>46</sup>. En base a ello, el gestor puede, por ejemplo, determinar la reforestación de la vegetación ciliar de una corriente de agua.

También podemos pensar en el caso en que el Poder judicial estipuló *la liberación de recursos financieros, la ampliación de la unidad de cuidados intensivos-adultos del Hospital Universitario de Londrina (mínimo de 10 camas)*<sup>47</sup>. Esta acción demuestra que éste está observando una política pública, pero actúa como gestor, es decir, como agente y ejecutor de las políticas públicas.

Contra esta idea es posible señalar la inercia del Poder Judicial, pues éste solamente actúa cuando es provocado por las partes. También se puede alegar que no consta en sus obligaciones constitucionales crear o implementar políticas públicas. No obstante, estos argumentos no desvirtúan su papel como gestor de salud, pues a él le corresponde la decisión final sobre las medidas a tomar.

De forma análoga, un rey rodeado de consejeros debe escuchar orientaciones y pareceres reiteradamente, pero le corresponde a él la decisión final. Es él el responsable de la acción implementada, no sus consejeros. Por lo tanto, la prerrogativa de inercia del magistrado y el hecho de oír a todas las partes involucradas en la situación, con diversos puntos de vista, sin mencionar la relevante participación del Ministerio Público, no impide que la medida interventora venga del Poder Judicial.

Por lo tanto, esta medida interventora debe provenir de esta instancia, pues es ella la que tiene el poder de acatar o no un parecer, deliberar sobre determinada acción y definir su resultado o, como dice Gardbaum<sup>14</sup>, dar la palabra final. En el caso del RE con RG 684.612/RJ<sup>27</sup>, por ejemplo, la solicitud de intervención en el hospital carioca Salgado Filho fue realizada por las partes, y se produjeron pruebas para amparar el pedido de los involucrados. Pero le correspondió al Poder Judicial la decisión final de que el hospital debía contratar médicos y técnicos en cantidad suficiente para responder a la demanda, con el fin de superar la situación crítica.

A partir del análisis de los juicios, se concluye que no es la situación fáctica la que va a determinar

la postura del STF como legislador negativo/positivo o minimalista/maximalista. Además del caso práctico, deben considerarse los argumentos y las teorías que envuelven al litigio.

Un ejemplo de decisión minimalista es el AR en el RE 259.508-0/RS<sup>22</sup>, relativo a un convenio entre Rio Grande do Sul y Porto Alegre. El Poder Judicial optó por no intervenir en este caso, pues estaba de acuerdo con los criterios de conveniencia y oportunidad de la administración. No obstante, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 1.923/DF<sup>29</sup>, referida a las organizaciones en convenio con el Estado, el STF determinó unos parámetros para estos contratos. Ambas decisiones podrían tener el mismo resultado, dependiendo de los fundamentos y argumentos adoptados. Siendo así, el resultado es susceptible a un alto grado de variabilidad, pues deriva del posicionamiento de los jueces.

Este argumento no pretende restar importancia a los hechos analizados, pues los juicios involucran serias violaciones al derecho a la salud. Se observa que cuanto más graves son las situaciones descritas en los fallos, más contundentes tendían a ser las medidas judiciales interventoras. Sin embargo, esto no desvirtúa el hecho de que la decisión final depende del entendimiento de los magistrados.

Por lo tanto, a pesar de que el Poder Judicial decida en base a las leyes y la Constitución, la fuerza creativa del juez está en expansión en lo que se refiere a la intervención en el SUS – éste cuenta con el soporte de las leyes y de nuevas teorías para lidiar con la precariedad de la actual salud pública brasileña. De esta forma, el Poder Judicial asume más prerrogativas y posturas interventivas, sin límites para innovar y crear tesis y fundamentos que puedan resolver situaciones prácticas que involucran al SUS.

Debemos también ponderar dos aspectos: es necesario resolver los problemas del SUS, bastante graves de acuerdo a los indicios, sobre todo cuando el poder político es incapaz de resolverlos, pero también debe tenerse en cuenta la repercusión de esas decisiones en la organización y en la planificación de las actividades del SUS.

### Consideraciones finales

Actualmente la judicialización de la salud, es decir, la intervención del Poder Judicial en todos los servicios y actos administrativos del SUS, ha sido más acentuada con relación al suministro de medicamentos. Este control involucra a todos los órganos del Poder Judicial, desde el juez de primera instancia hasta el STF.

Este estudio se concentró en la Corte Suprema ya que le compete a ésta la palabra final en la interpretación de las disposiciones constitucionales. Para fundamentar sus intervenciones, el STF recurre al vasto marco legislativo brasileño, incluyendo la CF y las leyes propias del SUS. Esto permite concluir que el sistema de salud del país es altamente garantista, al promover acciones de protección, prevención y promoción de la salud.

Sin embargo, la simple existencia de leyes que garanticen la salud por sí sola no justifica la intensa intervención judicial sobre el actual sistema público de salud brasileño, pues es necesario observar la realidad social y también el grado de aplicabilidad de la norma. También es posible que las leyes vigentes no se apliquen, al menos no en la forma literal, como sucede, por ejemplo, con el reconocimiento de la unión homoafectiva (a pesar de que el texto constitucional afirme que la unión estable es entre hombre y mujer).

El análisis de las decisiones del STF indica que la interferencia judicial en el SUS está en expansión, principalmente porque los problemas del SUS son amplios y graves en la actual coyuntura histórico-social del país, de modo que la complejidad de las acciones de la Corte aumentó a lo largo del tiempo. En los fallos de la primera categoría, por ejemplo, los más antiguos versaban sobre derechos individuales, mientras que los más recientes trataban de casos que podrían tener repercusión en toda la sociedad. El STF no se abstuvo de considerar situaciones más complejas, adoptando una postura maximalista no sólo para juzgar, sino también para fijar reglas para el futuro.

Las decisiones judiciales indican gran resistencia del Ejecutivo a la interferencia de otro poder, a pesar de que ambos tienen un interés común – tornar el sistema de salud más efectivo. Esta arremetida es contradictoria, ya que el Ejecutivo y el Poder Judicial deberían asumir posturas dialógicas y cooperativas.

No obstante, el proceso judicial no parece ser el más adecuado para discutir problemas del SUS, considerando que, por regla general, la relación procesal trata casos específicos o incluso puntuales, sin preocuparse por el análisis de todo el sistema de salud. Además, el juez ocupa una posición destacada al tomar la decisión final, que debe ser indefectiblemente cumplida por el poder público, una vez agotados los recursos.

Assumiendo que la vía judicial no es la más adecuada para discutir el SUS, se defiende la vía extrajudicial, en la cual la participación del Poder Judicial no es obligatoria para el poder público. Se destaca además que no es una prerrogativa de los magistrados deliberar ni al menos conocer las políticas del sistema público de salud.

Por lo tanto, es necesario buscar medios de interacción y comunión de esfuerzos entre los poderes, sin excluir la intervención del Poder Judicial. Este estudio demostró que la intervención judicial en el SUS será mantenida y aumentada, pues la Corte Máxima de Justicia en Brasil, en la mayoría de las decisiones,

reafirmó sus prerrogativas constitucionales para ello. Además, el STF no se ha retraído ante las fallas del poder político en garantizar condiciones mínimas de salud al ciudadano. Por el contrario, se valió de teorías jurídicas, algunas innovadoras, para asegurar la salud a aquellos que demandaron tutela jurisdiccional.

## Referências

1. Conselho Nacional de Justiça. Justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências [Internet]. Brasília: CNJ; 2015 [acesso 26 fev 2019]. Disponível: <https://bit.ly/1NeKskX>
2. Laguna E, Campos Á. Existem 300 mil ações sobre direito à saúde, diz ministro. Exame [Internet]. 7 out 2016 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://abr.ai/2FAB8Np>
3. Oliveira MRM, Delduque MC, Sousa MF, Mendonça AVM. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? Saúde Debate [Internet]. 2015 [acesso 3 abr 2017];39(105):525-35. p. 525. Disponível: <https://bit.ly/2DSZAI2>
4. Araújo LM, Fraga AJA, Aguiar Neta AM, Souza LRB. Judicialização da saúde: uma revisão da literatura. Rev Enferm UFPI [Internet]. 2013 [acesso 3 abr 2017];2(2):49-54. Disponível: <https://bit.ly/2R4VMX7>
5. Oliveira MRM, Delduque MC, Sousa MF, Mendonça AVM. Op. cit.
6. Brasil. Ministério da Saúde. Entenda o SUS. Blog da Saúde [Internet]. 2015 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2DPLbN3>
7. Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, 20 set 1990 [acesso 22 nov 2018]. Disponível: <https://bit.ly/1luhiIN>
8. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 601.458/MG [Internet]. Brasília: Superior Tribunal de Justiça; 2015 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2DDit0J>
9. Banco Mundial. Relatório nº 36601-BR: governança no Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil: melhorando a qualidade do gasto público e gestão de recursos [Internet]. Brasília: BM; 2007 [acesso 16 abr 2017]. p. 42. Disponível: <https://bit.ly/2KqpC5T>
10. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, 5 out 1988 [acesso 16 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/1bJYGL>
11. Dworkin R. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes; 2003.
12. Brasil. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, 31 dez 2004 [acesso 6 dez 2018]. Disponível: <https://bit.ly/2KKGJON>
13. Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, 17 mar 2015 [acesso 20 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/1Vojl3i>
14. Gardbaum S. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: Bigonha ACA, Moreira L, organizadores. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 2010. p. 159-222.
15. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência [Internet]. Brasília: STF; 2015 [acesso 23 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/1zReqH4>
16. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0 Rio Grande do Sul [Internet]. Brasília: STF; 12 dez 2006 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2TyJ7gQ>
17. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 486.816-1 Rio de Janeiro [Internet]. Brasília: STF; 12 abr 2005 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2BpD07A>
18. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul [Internet]. Brasília: STF; 12 set 2000 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2Q3fySp>
19. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em Recurso Extraordinário nº 566.471-6 Rio Grande do Norte [Internet]. Brasília: STF; 7 dez 2007 [acesso 6 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2AhfvLZ>
20. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em Recurso Extraordinário nº 607.582 Rio Grande do Sul [Internet]. Brasília: STF; 13 ago 2010 [acesso 6 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2FEISz3>
21. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 657.718 Minas Gerais [Internet]. Brasília: STF; 17 nov 2011 [acesso 11 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2DVj26Y>
22. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 259.508-0 Rio Grande do Sul [Internet]. Brasília: STF; 8 ago 2000 [acesso 11 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2BrR6Ft>
23. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 244.217-8 Maranhão [Internet]. Brasília: STF; 25 out 2005 [acesso 11 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2R6Wnrg>
24. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 237.771-4 Maranhão [Internet]. Brasília: STF; 12 set 2006 [acesso 11 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2S8nd2C>




25. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 262.134-0 Maranhão [Internet]. Brasília: STF; 12 dez 2006 [acesso 11 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2Tvwry2>
26. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864 Paraná [Internet]. Brasília: STF; 4 nov 2014 [acesso 4 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2TC7V7z>
27. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 684.612 Rio de Janeiro [Internet]. Brasília: STF; 6 fev 2014 [acesso 4 abr 2017]. p. 6. Disponível: <https://bit.ly/2S6gOVy>
28. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 734.487 Paraná [Internet]. Brasília: STF; 3 ago 2010 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2BsdKhh>
29. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.923 Distrito Federal [Internet]. Brasília: STF; 16 abr 2015 [acesso 22 nov 2018]. Disponível: <https://bit.ly/2r1XQE4>
30. Rossi M. Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes. Câmara dos Deputados [Internet]. 8 jan 2015 [acesso 13 abr 2015]. Disponível: <https://bit.ly/1xMee9m>
31. Freitas Filho R, Sant'Ana RN. Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. RDU [Internet]. 2016 [acesso 9 mar 2017];12(67):70-102. Disponível: <https://bit.ly/2OVfpzf>
32. Diniz D, Medeiros M, Schwartz IVD. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. Cad Saúde Pública [Internet]. 2012 [acesso 15 mar 2017];28(3):479-89. Disponível: <https://bit.ly/2Ago1Lc>
33. Brasil é um dos países que menos investem em saúde pública. Conselho Federal de Farmácia. 26 jun 2015; Notícias Gerais.
34. Brasil. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para Instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília, 16 dez 2016 [acesso em 7 dez 2018]. Disponível: <https://bit.ly/2SwCOcn>
35. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil [Internet]. Brasília: Ipea; 2016 [acesso 26 fev 2019]. (Nota técnica nº 28). Disponível: <https://bit.ly/2dlnQ4j>
36. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. 6 fev 2014. p. 6.
37. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Rev Jurisprudência Mineira. 2009;60(188):35-50.
38. Sunstein CR. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press; 2001.
39. Sunstein CR. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. Rev Direito Adm. 2007;246:79-94.
40. Krell AJ. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris; 2002.
41. Cezar R. Direitos sociais frente ao princípio da proibição do retrocesso social. DireitoNet [Internet]. Direito Constitucional; 18 ago 2011 [acesso 12 abr 2017]. Disponível: <https://bit.ly/2zIGQNo>
42. Moreira Neto DF. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. Panóptica. 2006;1(1):46-63.
43. Farah MFS. Administração pública e políticas públicas. Rev Adm Pública. 2011;45(3):813-36.
44. Organização das Nações Unidas. Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Brasília: ONU; 2015.
45. Brasil. Ministério da Saúde. Política Nacional de Promoção da Saúde [Internet]. 3ª ed. Brasília: Ministério da Saúde; 2010 [acesso 26 fev 2019]. Disponível: <https://bit.ly/1b1oBgO>
46. Brasil. Op. cit. 2010. p. 17.
47. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. 3 ago 2010. p. 1221.


#### Participación de los autores

Los autores participaron igualmente del proyecto.


Carlos Eduardo Artiaga Paula

 0000-0001-6927-9239

Ana Paula da Silva

 0000-0002-9393-0682

Cléria Maria Lôbo Bittar

 0000-0001-8947-6491

