

Universidade Metodista de Piracicaba  
UNIMEP

Gisele de Mello Almada

**Judicialização do direito à saúde e o fornecimento de  
medicamentos**

Mestrado em Direito

Piracicaba/ SP  
2019

Gisele de Mello Almada

**Judicialização do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis.

Piracicaba/ SP  
2019

Gisele de Mello Almada

## **Judicialização do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professora Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis  
Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP

---

Professor Doutor João Miguel da Luz Rivero  
Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP

---

Professor Doutor Jair Aparecido Cardoso  
Universidade de São Paulo - USP

Dedico este trabalho a todos que me apoiam e confiam em meu crescimento como ser humano e profissional, com principal atenção a minha mãe Giselda e ao meu filho Flávio. Como esta dedicatória é oferecida a pessoas que amo, dedico ao meu pai Clineu que já se encontra no plano espiritual, mas foi quem me inspirou para seguir a carreira jurídica e me ensinou a ser uma profissional digna, honesta e sempre em busca de novos conhecimentos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Deus por me auxiliar nesta trajetória, ofertando-me forças quando pensei que já não mais as tinha.

Aos meus pais Clineu e Giselda que sempre foram minha base, me incentivando ao estudo e oferecendo todo suporte para que eu pudesse percorrer o caminho do saber. Obrigada por todo amor que me faz ser muito feliz.

Ao meu filho Flávio que igualmente me deu forças para que pudesse conquistar meus objetivos, mesmo quando passamos por momentos tão delicados na vida. Tenho muito orgulho da pessoa e profissional do direito que se tornou. Obrigada por ser a motivação da minha vida.

Ao meu noivo Wilians que esteve todo o tempo ao meu lado e mostrando que eu sou capaz de alçar voos cada vez mais altos.

Aos meus irmãos Gisleine e Renato que carregam minha vida de amor. Em especial ao meu irmão Clineu Filho que me apoiou e auxiliou para que pudesse efetivar a construção desse trabalho.

À minha tia Ana Salles que insistiu para que eu fizesse o mestrado e que me fascinasse pelo mundo acadêmico.

Ao meu primeiro orientador Professor Doutor Victor Hugo Tejerina Velázquez, notável professor e grandioso ser humano, que sempre depositou sua confiança mesmo nos momentos mais difíceis desta caminhada e fez me apaixonar pelo tema.

À querida Professora Doutora Mirta Gladys Lereno Manzo de Misailidis, que prontamente aceitou continuar minha orientação, mesmo sendo na reta final. Além da excelente profissional que é, é uma mulher notável por sua sabedoria, sua delicadeza em tratar os alunos e por ter me acolhido de maneira tão carinhosa e dedicada.

“A menos que modifiquemos à nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. (Albert Einstein)

ALMADA, Gisele de Mello. **Judicialização do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Piracicaba, 2019.

## RESUMO

A adição do direito à saúde no texto da Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço do ponto de vista social. No entanto, o Estado tem encontrado problemas na efetivação desse direito tendo em vista que sua concretização depende de ações do poder público e, conseqüentemente, do desembolso de recursos. Os gestores, paulatinamente têm se amparado no corte orçamentário e reserva do possível para justificar a ausência ou carência de políticas públicas. Assim, em uma situação em que a efetividade dos direitos à saúde é vinculada à reserva das capacidades financeiras do Estado, vem se difundindo o fenômeno da judicialização da saúde com a conseqüente transferência das decisões, no que tange às políticas públicas em saúde, ao Poder Judiciário. Com isso, as crescentes ações judiciais para requisição, principalmente, de medicamentos vêm sufocando os Tribunais e, como conseqüência, aumentando as despesas do Poder Público. O Direito à Saúde, como dito acima, é previsto constitucionalmente e considerado como um direito fundamental. Socorrer-se do Judiciário deveria ser a última alternativa para se obter o medicamento ou o tratamento negado pelo SUS (Sistema Único da Saúde). O número alarmante de ações nos Tribunais em diversos estados brasileiros, revela um problema social significativo causando preocupação não só aos gestores públicos, mas igualmente aos juristas. Os magistrados, por sua vez, encaram muitas complexidades no exame das demandas envolvendo o direito à saúde, tornando necessária a criação de critérios mais objetivos que permitam o Poder Judiciário agir de modo equilibrado para que possa cumprir efetivamente seu papel e proteger os direitos fundamentais dando grande atenção ao princípio da dignidade humana, bem como atentar-se às limitações econômicas do Estado. O objetivo desse trabalho é demonstrar que há possibilidade para a superação desses conflitos por meio de políticas públicas efetivas e um trabalho conjunto do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensores Públicos, advogados, médicos e Poder Público para que diminuam os números de ações judiciais e que as decisões tomadas pelos magistrados na destinação de recursos do Estado não se distanciem dos critérios fixados pela Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Direito Fundamental. Políticas Públicas Judicialização.

ALMADA, Gisele de Mello. **Judicialization of the right to health and the supply of medicines.** 2019. Master Thesis (Masters in Law). Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Piracicaba, 2019.

### **ABSTRACT**

The addition of the right to health in the text of the Federal Constitution of 1988 represented a major advance from the social point of view. However, the State has encountered problems in the realization of the right to health, since its implementation depends on actions of the public power and consequently on the disbursement of resources. Managers gradually have been supported in the budget cut and reserve of the possible to justify the absence or lack of public policies. Thus, in a situation where the effectiveness of health rights is linked to the reserve of the financial capacities of the State, the phenomenon of the judicialization of health, that is to say the transference of the decisions with regard to the public health policies for the Judicial power. As a result, the increasing number of lawsuits to requisition mainly of drugs has been suffocating the Courts and as a consequence increasing the expenses of the Public Power. The Right to Health as stated above, is constitutionally envisaged and considered as a fundamental right. Relief from the judiciary should be the last alternative to obtain the drug or treatment denied by the SUS (Sistema Único de Saúde). The alarming number of actions in the Courts in several Brazilian states reveals a significant social problem causing concern not only to public managers but also to jurists. Magistrates face many complexities in examining claims involving the right to health making it necessary to create more objective criteria that allow the Judiciary to act in a balanced way, so that it can effectively fulfill its role and protect fundamental rights with great attention to the principle of human dignity, as well as to be attentive to the economic limitations of the State. The objective is to demonstrate that overcoming these conflicts is possible through effective public policies and a joint work of the Judiciary, Public Prosecutors, Public Defenders, lawyers, doctors and Public Authorities to reduce the number of actions judicial decisions and that decisions taken by magistrates in the allocation of state resources do not deviate from the criteria established by the Federal Constitution.

**Keywords:** Right to health. Fundamental right. Public Policies Judicialization.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CACON	Centros de Alta Complexidade em Oncologia
CADJ	Central de Atendimento à Demandas Judiciais
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CODES	Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS
COJUSP	Coordenadoria Judicial de Saúde Pública
Conitec	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
CPC	Código de Processo Civil
DPCE	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
DRS	Departamentos Regionais de Saúde
EPM	Escola Paulista de Magistratura
HIV	Vírus da imunodeficiência humana
IAPs	Institutos de Previdência
INTERFARMA	Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
JEFAZ	Juizado Especial da Fazenda Pública
MPS	Mucopolissacaridose
MS	Ministério da Saúde
NAT	Núcleo de Apoio Técnico e de Mediação
NAT	Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde
NAT-JUS	Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário
NATS	Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde
OAPS	Observatório de Análise de Políticas em Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PGE	Procuradoria Geral do Estado
PGS	Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos
PJ8	8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial
PMVG	Preço Máximo de Venda ao Governo
PROCONs	Programas Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor
RENAME	Relação Nacional de Medicamento
REPATS	Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde
RUTE	Rede Universitária de Telemedicina
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
SESP	Serviço Especial de Saúde Pública
SIDA ou AIDS	Síndrome da imunodeficiência adquirida
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UNACON	Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>Direito à saúde no Brasil: constituição e evolução histórica .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2</b>	<b>A positivação do direito à saúde como direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988 .....</b>	<b>17</b>
<b>2.3</b>	<b>Direitos fundamentais sociais: regras ou princípios .....</b>	<b>20</b>
<b>2.4</b>	<b>Princípios constitucionais relacionados ao direito à saúde .....</b>	<b>23</b>
<b>2.5</b>	<b>Da utilização do princípio da dignidade humana no direito à saúde e no direito à vida .....</b>	<b>26</b>
<b>2.6</b>	<b>Princípio da vedação do retrocesso no direito fundamental social .....</b>	<b>28</b>
<b>2.7</b>	<b>A teoria da reserva do possível no direito à saúde .....</b>	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>O DIREITO À SAÚDE COMO SEGURIDADE SOCIAL .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1</b>	<b>Da saúde privada no Brasil .....</b>	<b>37</b>
<b>3.2</b>	<b>Função social da Agência Nacional de Saúde Suplementar na defesa do consumidor .....</b>	<b>38</b>
<b>3.3</b>	<b>A saúde privada no Brasil e o impacto regulatório .....</b>	<b>40</b>
<b>4</b>	<b>DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO .....</b>	<b>43</b>
<b>4.1</b>	<b>A judicialização no Brasil .....</b>	<b>45</b>
<b>4.2</b>	<b>Políticas públicas e intervenção do Poder Judiciário .....</b>	<b>47</b>
<b>4.3</b>	<b>Judicialização da saúde no Brasil e suas relações com a reserva do possível e o mínimo existencial .....</b>	<b>50</b>
<b>4.4</b>	<b>A judicialização da saúde e o Poder Executivo .....</b>	<b>58</b>
<b>4.5</b>	<b>A questão específica da distribuição dos medicamentos .....</b>	<b>61</b>
<b>4.6</b>	<b>O Poder Judiciário em relação à saúde e o fornecimento gratuito de medicamentos .....</b>	<b>63</b>
<b>4.7</b>	<b>Direito à saúde e os meios processuais para a sua efetividade .....</b>	<b>67</b>
<b>4.8</b>	<b>A judicialização da saúde e o acesso a remédios na visão dos Tribunais Superiores .....</b>	<b>70</b>
<b>4.9</b>	<b>A trajetória da jurisprudência brasileira no direito à saúde .....</b>	<b>74</b>
<b>4.10</b>	<b>Resoluções do Conselho Nacional de Justiça para a redução da judicialização da saúde .....</b>	<b>80</b>
<b>4.11</b>	<b>Propostas e soluções dos Comitês do Conselho Nacional de Justiça .....</b>	<b>83</b>
<b>4.12</b>	<b>Prevenção e solução de conflitos em Saúde Pública .....</b>	<b>83</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>89</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Como um dos pressupostos mais importantes para o ser humano é o acesso às condições mínimas de existência, deve o Estado possibilitá-lo em contrapartida ao poder que o indivíduo lhe delega.

A saúde é uma das condições essenciais para que a dignidade humana seja cumprida. A Constituição Federal (CF) identifica a saúde como direito de todos e dever do Estado que a efetiva por meio de políticas sociais e econômicas.

A garantia do acesso à saúde, particularmente por aqueles com poucos recursos financeiros, decorre por meio de prestações positivas do Estado, direta ou indiretamente. No entanto, parece estar sendo deficitário o atendimento do Poder Público e com isto tem-se um enorme conjunto de demandas judiciais visando a efetivação do direito à saúde, especialmente o de ter direito ao fornecimento de medicamentos.

Diante do quadro, são objetivos deste trabalho:

1. Analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil;
2. Apresentar a visão do Poder Público e do Judiciário em relação a judicialização da saúde no país;
3. Apontar os problemas das políticas públicas na área de saúde;
4. Revelar as dificuldades relacionadas ao acesso a medicamentos;
5. Apresentar as propostas e soluções do CNJ.

A judicialização da saúde é um fenômeno que vem sendo utilizado como garantia da efetivação do direito fundamental à vida, em geral, por meio de ações individuais podendo até vir a prejudicar a execução de políticas públicas, uma vez que o cumprimento de determinações judiciais para fornecimento de medicamentos acarreta gastos elevados ao erário público.

Os principais argumentos que embasam as ações estão relacionados ao risco de morte, a falta de recursos financeiros do paciente e na questão principal abordada neste estudo, o não fornecimento do medicamento por parte do Poder Público, principalmente os de alto custo.

Em contrapartida, os entes federativos aduzem que o Judiciário deve considerar os limites orçamentários ao proferirem as decisões relacionadas à saúde, como, por exemplo, no fornecimento de medicamentos. Baseiam-se para tanto, não só na previsão orçamentária, como também na separação dos poderes e na reserva

do possível e o mínimo existencial.

A reserva do possível não pode ser concebida para negar a realização dos direitos fundamentais sociais, caso em que haveria ofensa à CF, já que possuem aplicabilidade imediata e direta.

O capítulo 2 traz a evolução histórica e os dispositivos do texto constitucional de 1988 relativos ao direito à saúde, bem como sua positivação como direito fundamental. Aborda, ainda, os princípios norteadores relativos ao direito à saúde, dedicando-se em especial, aos princípios da dignidade humana, do retrocesso no direito fundamental social e à teoria da reserva do possível. Discute-se, ainda, a diferenciação entre regras e princípios postulada por Robert Alexy e José Gomes Canotilho como contribuição para efetivação do direito fundamental.

O capítulo 3 discorre sobre o direito à saúde como seguridade social amparado na CF. Traz a sua definição, a forma como é patrocinado e a criação do orçamento dispostas da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ademais, são vistas as instituições privadas da saúde agindo de forma complementar ao serviço único de saúde e de como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) passa a ser um órgão de defesa do consumidor.

No capítulo 4, analisa-se a crescente judicialização no Brasil em diversos planos, mostrando tanto o lado positivo como o negativo desta tendência.

A interferência do Poder Judiciário por meio de determinações da Administração Pública, para que forneça os medicamentos de forma gratuita, é a forma de se realizar a promessa constitucional da prestação universalizada do serviço à saúde.

Abordam-se, portanto, as questões de políticas públicas e a intervenção do Judiciário, examinando o rol expressivo de direitos sociais que devem ser exercidos por meio de ação direta e concreta do Estado, seja na esfera federal, estadual ou municipal e, também, com base o art. 5º, XXXV, da CF, a sua legitimidade jurídica para intervir em políticas públicas.

Neste momento, ainda, discorre-se sobre a judicialização da saúde no Brasil e suas relações com a reserva do possível e o mínimo existencial, tendo em vista a preocupação com a questão orçamentária, constata-se ainda que a reserva do possível não pode ser concebida para negar a realização dos Direitos Fundamentais Sociais, caso em que estaria ferindo a CF, dado que possuem aplicabilidade imediata e direta.

Brito Filho é contra a defesa da reserva do possível e das limitações orçamentárias quando se trata de direitos sociais. Entende o doutrinador, que o texto constitucional elenca de forma clara e expressa, quais são as prioridades do Estado em relação ao bem estar da população, dispondo-as na forma de Direitos Fundamentais, que são de aplicação imediata e que a questão dos recursos não é exatamente da sua limitação, que até existe, mas diz respeito à forma com que são aplicados.

Passa-se então, para a questão da judicialização da saúde e o Poder Executivo com a preocupação relacionada ao fato da intensidade das ações judiciais pleiteando direitos ligados à saúde, nas quais o Poder Executivo ocupa o polo passivo das demandas por ser responsável, constitucionalmente, pela elaboração e efetivação dos programas que assegurem o direito à saúde da coletividade.

Necessário também discutir, neste ponto, a questão específica da distribuição dos medicamentos no que toca à competência definida não na CF ou na lei, mas observando a definição de critérios esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria n.º 3.916/98, do Ministério da Saúde que estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

A metodologia do presente estudo parte da revisão bibliográfica da doutrina sobre o tema da judicialização da saúde no Brasil, atribuindo particular importância à questão do fornecimento de medicamentos à população brasileira.

Foram realizadas consultas aos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Secretaria Nacional de Saúde do Estado de São Paulo para a obtenção dos dados estatísticos referentes as ações propostas a partir de 2011 relativas à entrega de medicamentos, com destaque ao Estado de São Paulo. Também foram pesquisados os fármacos mais requisitados nestas demandas.

Pesquisa-se ainda, a trajetória da jurisprudência no Brasil e as propostas e soluções para a redução da judicialização da saúde no país, sob a ótica do CNJ e do SUS.

Justifica-se este estudo pela percepção de que o fenômeno da judicialização da saúde sinaliza para possíveis falhas do sistema público e que a maioria das ações judiciais poderia ser evitada, principalmente em relação ao fornecimento de medicamentos, pois grande parte dessa demanda refere-se a medicamentos constantes da lista do SUS e que, portanto, deveriam estar à disposição da população.

## 2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

### 2.1 Direito à saúde no Brasil: constituição e evolução histórica

O direito à saúde consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XXV. Define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de lhe assegurar, bem como à sua família, saúde e bem-estar, incluindo nesse contexto alimentação, vestuário, habitação, além de cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (DECLARAÇÃO..., 1998). Pode-se, assim, inferir que é indissociável ao direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

Constitucionalizado no Brasil pela primeira vez em 1988, é um direito de todos e dever do Estado, sendo sua efetivação garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravantes regido pelo princípio do acesso universal e igualitário a ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF).

A interpretação do texto constitucional em relação ao conceito jurídico de saúde encontra-se na doutrina:

[...] deve ser interpretado considerando que a legalidade obriga a organização das ações e serviços públicos destinados a garantir o direito à saúde em condições de igualdade para todo o povo ao respeito das seguintes exigências: descentralização atendimento integral e participação da comunidade (CF, art. 198, I, II, III). As atividades de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para saúde, de participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos sanitários; de execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; de ordenação da formação de política e da execução das ações de saneamento básico; de incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde; de fiscalização e inspeção de alimentos, bebidas e água para o consumo humano e de controle do teor nutricional dos alimentos; de participação no controle e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e de colaboração na proteção do meio ambiente nele compreendido o do trabalho ainda que não exclusivamente - definem o conteúdo do conceito jurídico de saúde na Constituição (C.F. art. 200). (DALLARI, 2005, p. 31-32).

Tal preceito é agregado pela Lei nº 8.080/1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e também sobre o funcionamento dos serviços correspondentes além de dar outras providências, em seu art. 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado

prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) por força do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 685.230/MS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 5 de março de 2013. A controvérsia estava em torno do fornecimento gratuito de medicamento pelo SUS, por conta de pessoa acometida de *diabetes mellitus* e carente de recursos financeiros deixou exarado que os direitos fundamentais da vida e saúde estão intrinsecamente ligados. nos termos do voto do Relator, “[...] O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida [...]”.

Tendo em vista que a saúde pode ser caracterizada como um bem jurídico inerente ao direito à vida, é incontestável que o Estado tem o dever de tutelá-la.

De acordo com André da Silva Ordacgy (2007):

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digno de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

A saúde pública no Brasil, iniciou-se mesmo que de forma sutil, no século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa, ligada ao combate à peste e à lepra, com ações direcionadas ao controle sanitário tanto nas ruas como nos portos.

Outro elemento que acarretou a utilização de algum processo curativo de saúde, foi a intenção de combater as epidemias de febre amarela, varíola e peste, afastavam grandes compradores de café. Assim, acabavam ameaçando os interesses do modelo econômico agrário-exportador, já que navios mercantes começaram a deixar de fazer escala em portos do Brasil, passando diretamente para o país vizinho, Argentina (SILVA; MENEGHIM; PEREIRA; MIALHE, 2010, p. 2540).

Para defender o país das pestes e assim, trazer de volta a motivação dos mercadores para o café do país, acentuou-se, principalmente em portos e estradas, um modelo “campanhista” que era baseado em experiências dos serviços de saúde dos exércitos coloniais, no qual se mantinha a estrutura e o modo de operação militar seguindo um caráter repressivo de intervenção médica nos corpos individuais e sociais. Esta estrutura, recebeu uma grande influência da doutrina chamada de polícia médica, oriunda da Alemanha de Bismarck, que cabia ao Estado assegurar o bem-

estar e segurança do povo. O funcionamento das “políticas” de saúde era voltado ao sistema sanitário (SILVA; MENEGHIM; PEREIRA; MIALHE, 2010, p. 2540).

Esse modelo, não sofreu muitas alterações no decorrer do século XIX e início do XX, havendo apenas um acréscimo no número de combates a doenças:

Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 1930, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência. (BARROSO, 2008, p. 20).

É a Constituição de 1934 que inicia uma atenção verdadeira pelo bem estar físico da pessoa humana, trazendo que é “[...] obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias” (art. 141) e também, não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos (art. 142), inclusive as referentes à saúde (CARVALHO; PINTO, 2010, p. 8).

Seguem Carvalho e Pinto (2011, p. 8) que toda preocupação com a saúde na Era Vargas não foi por compadecimento com a comunidade brasileira, nem tão pouco por descortino estatal ou pela história do direito à saúde no país; mas sim, como forma de camuflar o Estado autoritário que se construía. Conquanto pudesse se vangloriar da criação de suas políticas de saúde, a muitos brasileiros restou a morte por não conseguirem assistência médica necessária, pois foram tratados como marginais da sociedade.

A política que se idealizava em 1930, foi fixada somente após a Segunda Guerra, conforme salienta Bravo (2009, p. 5):

Política Nacional de Saúde, que se esboçava desde 1930, foi consolidada no período de 1945-1950. O Serviço Especial de Saúde Pública (SESP) foi criado durante a 2ª Guerra Mundial, em convênio com órgãos do governo americano e sob o patrocínio da Fundação Rockefeller. No final dos anos 40, com o Plano Salte, de 1948, que envolvia as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia: a Saúde foi posta como uma de suas finalidades principais. O plano apresentava previsões de investimentos de 1949 a 53, mas não foi implementado.

Em 25 de julho de 1953 criou-se o Ministério da Saúde passando a dividir o Ministério da Saúde e Educação através da Lei n.º 1.920. Entretanto, os recursos financeiros do ministério eram escassos e sua estrutura burocrática acarretava empecilhos ao desenvolvimento de políticas e prestações à saúde. A escassez de recursos à saúde foi tão grande, que a Organização Pan-Americana de Saúde (órgão regional da Organização Mundial da Saúde) precisou atuar diretamente no combate da malária no Brasil (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 10).

Até esse tempo, o direito à saúde havia sido tratado como um direito coletivo. No entanto, na época da ditadura militar se estabelece como um direito individual, considerando que a saúde era efetiva apenas aos trabalhadores que estivessem no mercado formal, visto que a Previdência Social se uniu com os Institutos de Previdência (IAPs). Os trabalhadores do mercado informal e aqueles que não possuíam emprego, não se encontravam amparados pelo Poder Público, em questões de direito à saúde (BARROSO, 2008, p. 14).

Explica ainda o autor que nesse período foram criados Serviços de Assistência Médica Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, onde todo trabalhador com carteira assinada era contribuinte e beneficiário de tal serviço, podendo usufruir da saúde pública. E, entretanto, os trabalhadores informais, não tinham acesso ao benefício e voltavam a se enquadrar no que ocorria no século XIX (BARROSO, 2008, p.15).

Pode-se depreender que foi na CF de 1988 que o legislador teve maior desvelo com os direitos fundamentais e sociais, sendo a primeira a realmente garantir o direito à saúde para todos (incluindo-se aos estrangeiros).

Desta forma dispõem Sarlet e Figueiredo (2009, p. 2):

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante designada CF), que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra. Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, *caput*). Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois

transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV).

## **2.2 A positivação do direito à saúde como direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988**

Para a construção do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem espalhar-se por todos os contextos da vida em sociedade, estipulando uma série de garantias que visam a preservar desde as prerrogativas políticas dos cidadãos até o atendimento prestacional básico pelo poder Estatal. O homem tem conferido para si direitos e garantias contra o abuso e o autoritarismo do próprio homem (GONÇALVES, 2016, p. 33).

Referidos direitos em uma interpretação histórica e cronológica, classificam-se em Direitos de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão à medida que se desenvolve o constitucionalismo pós-moderno e se efetivam tais normas nas Constituições.

Desta forma, os direitos fundamentais de primeira dimensão, próprios do Estado liberal, são aqueles que implicam na liberdade individual e na garantia de não intervenção do Estado na esfera particular do indivíduo, tais como a liberdade de locomoção, de expressão, de culto, de manifestação, de preservação de seu domicílio, dentre outros (GONÇALVES, 2016, p. 41).

Os direitos sociais considerados como direitos fundamentais de segunda dimensão, constituem-se naqueles de não intervenção tendo nova perspectiva na relação entre Estado e indivíduo, pois estabelecem obrigações ao Estado agora na qualidade de provedor da subsistência digna do indivíduo. Encontram-se aí o direito ao trabalho, à saúde, à educação, dentre outros a propiciar a realização da dignidade do indivíduo (FERRARI, 2011, p. 533 apud GONÇALVES, 2016, p. 41).

Já nos direitos de terceira dimensão estão incluídos os coletivos, difusos e homogêneos mais claramente designados como direitos transindividuais, podendo citar como exemplo o patrimônio histórico, o meio ambiente e sustentabilidade.

Este também é o entendimento amparado pela jurisprudência. Em novembro de 1995, o Plenário do STF proferiu julgamento reconhecendo as dimensões dos

direitos fundamentais no Mandado de Segurança (MS) 22164/SP, de Relatoria do Ministro Celso de Mello:

Enquanto os **direitos de primeira geração** (direitos civis e políticos) – que compreendam as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o **princípio da liberdade** e os **direitos da segunda geração** (direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o **princípio da igualdade**, os **direitos de terceira geração**, que materializam poderes de **titularidade coletiva** atribuídos genericamente a todas as formações sociais consagram o **princípio da solidariedade** e desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, **enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.**

Importante lembrar que há ainda direitos de quarta geração ou dimensão, como a democracia direta, a informação e o pluralismo.

No plano da eficácia jurídica, a doutrina estabelece dois planos distintos denominados de horizontal e vertical. A este respeito ensina Marinoni (2008, p. 134):

Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz. Há eficácia horizontal – também chamada de ‘eficácia privada’ ou de ‘eficácia em relação a terceiros’ – nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical. O problema que se coloca diante da eficácia horizontal é o de que nas relações entre particulares há dois ou mais titulares de direitos fundamentais, e por isso nelas é impossível afirmar uma vinculação (eficácia) semelhante àquela que incide sobre o Poder Público.

A Constituição tem como foco central a separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais, principalmente, os de defesa conhecidos como direitos civis e políticos que reclamam por obrigações negativas por parte do Estado.

No entanto, ao observar o caminho percorrido pelo constitucionalismo brasileiro acompanhado por grande parte do continente europeu como a Alemanha, a Espanha, Portugal e Itália, nota-se o aumento da positivação dos direitos sociais como fundamentais, bem como significativa atuação do Estado na implementação de políticas públicas que atendam efetivamente tais direitos.

De acordo com Luiz Roberto Barroso (2012, p. 107-108 apud DANIELLI, 2017, p. 29-30):

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição e do papel que deve desempenhar percorreu um longo caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um

elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para um constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social. Em alguns países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a conseqüente redução do campo reservado à deliberação política majoritária.

No crescimento do constitucionalismo foram assegurados na Lei Maior, vários direitos sociais como os relacionados ao trabalho, à moradia, à educação e, notadamente, referente ao direito à saúde.

Uma das discussões mais relevantes no que tange ao tratamento da eficácia normativa do direito à saúde, traduzindo-se em sua devida indicação como norma constitucional é o modo como deva ser considerada se deve ser tratada como regra ou princípio e, por conseguinte, os limites de sua judicialidade.

Embora a CF assevere que os direitos fundamentais são de aplicação imediata, incluindo-se neste rol os direitos fundamentais sociais descritos no artigo 6º, ainda há conflitos em relação ao direito subjetivo dos artigos 6º e 196.

De acordo com Farias (2017, p. 11), conforme o art. 5º, § 1º, da CF, as normas relativas às garantias e aos direitos fundamentais, possuem eficácia plena e imediata. Isso significa, que essas normas jurídicas não precisarão da atuação do legislador infraconstitucional para serem efetivadas.

Segundo Paulo Gonet Branco (2011, p. 174 apud FARIAS, 2017, p. 11), o referido autor ainda dispõe sobre o dispositivo legal supracitado,

[...] tem como significado essencial ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo e não meramente programático e os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação e que não é preciso que o legislador venha, antes disso, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para ser aplicada.

Assim, entende-se que as normas constitucionais dos arts. 6º e 196 possuem força e aplicabilidade imediata podendo qualquer pessoa exigir do Poder Público sua efetivação, inclusive, por intermédio do Judiciário.

Além disso, os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas e por esse motivo não podem ser alterados na CF.

Os direitos sociais como o direito à saúde, reclamam prestações por parte do

Estado cujo objeto poderia ser conseguido pelo particular se o mercado assim oferecesse ou, em este disponibilizando, suas condições financeiras fossem capazes em adquiri-lo (ALEXY, 2011, p. 499 apud GONÇALVES, 2016, p. 49).

As normas de direitos sociais individualizam e impõem políticas sociais ao Poder Público. Entretanto, a sua efetividade está vinculada a existência de recursos financeiros e orçamentários capazes de realizar aquilo que a CF estabelece como dever do Estado. A tal junção de ideias, a doutrina qualifica de reserva do possível no plano jurídico e no plano fático, dando a noção de que os direitos sociais só contam quando e enquanto existirem recursos nos cofres públicos (CANOTILHO, 2003, p. 409 apud GONÇALVES, 2016, p. 54).

Importante salientar a existência de um critério mais favorável na relação direta entre o recurso público e a efetivação de um direito social que é a garantia do mínimo existencial, decorrente da dignidade da pessoa humana e da obrigação do Poder Público em garanti-la (ALEXY, 2011 apud GONÇALVES, 2016).

Portanto, para a realização dos direitos fundamentais, entre eles a saúde, pode haver a intervenção do Poder Judiciário para preservar as garantias e direitos constitucionais.

### **2.3 Direitos fundamentais sociais: regras ou princípios**

A teoria dos direitos fundamentais defendida por Alexy (2009) tem como suporte a tipologia das normas jurídicas em que as espécies se dividem em regras e princípios.

Alexy (2009, p. 20) alcança a divisão entre direito positivo e direito natural, apontando três importantes características para não se cair no jusnaturalismo, quais sejam, a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material.

No tocante à igualdade, uma questão relevante relaciona-se ao Legislador que se encontra atrelado a três vedações: a de tratar o igual de modo desigual; tratar o substancialmente igual desigualmente e tratar o substancialmente igual arbitrariamente de modo desigual. (ALEXY, 2009, p. 83)

No que tange ao tratamento desigual entre igual, o próprio Tribunal Constitucional Alemão produz um conceito que seja formal e, essencialmente, contém uma diferenciação arbitrária ao declarar sua ocorrência quando: [...] não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma

razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei. (ALEXY, 2009, p. 407).

Para o jurista, levando em conta a situação exposta, é preciso que haja razão suficiente que justifique a necessidade de uma diferenciação. A qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Neste sentido, Alexy (2009, p. 51) assinala que o campo estimatório é, portanto, o real ponto de interesse.

No período pós Segunda Guerra, as Constituições passaram a incluir em seus textos valores e direitos inerentes à pessoa que antes não existia. Alexy (2009, p. 52) percebendo essa tendência e levando em conta a importância de uma definição de norma que englobasse a compreensão dos direitos fundamentais, desvinculou seu conceito do modelo tradicional. Assim, o jurista desenvolve uma descrição sobre preceito legal que suplanta as dúvidas a respeito da distinção entre regras e princípios.

O sentido de norma de Alexy (2009, p. 83) parte do entendimento de que esta é o significado de um enunciado normativo e essa diferenciação se faz necessária, vez que uma única norma pode ser expressa por meio de inúmeros enunciados.

Neste sentido, a partir da análise da própria lei e não do enunciado expresso é possível a identificar. O critério utilizado para definir a norma está nos modais deônticos em que as diferentes espécies representam o dever-ser. (COLLYER, 2017).

Quanto as normas de direito fundamental, Alexy (apud COLLYER, 2017) entende que elas podem ser de dois tipos: as estatuídas pela Constituição e as que a elas são acrescentadas. As primeiras são aquelas previstas no texto constitucional. As outras são resultado de interpretação que enseja tornar uma norma textualmente presente mais precisa, ou melhor, é resultado da interpretação que tem por objetivo tornar o dispositivo constitucional mais claro.

José Gomes Canotilho enumera os seguintes critérios para diferenciar as duas formas (apud COLLYER, 2017):

- 1) o grau de abstração, em que os princípios possuem maior grau que as regras;
- 2) o grau de determinabilidade, isto é, a necessidade de mediação para que os princípios sejam aplicados. Já as regras, possuem aplicabilidade direta;
- 3) a fundamentabilidade no sistema das fontes do direito em que os princípios estão localizados num patamar mais elevado ou possuem função estruturante dentro do sistema jurídico;
- 4) a proximidade da ideia de direito, em outras palavras, os princípios estão atrelados à ideia da justiça, segundo Ronald Dworkin ou como para Karl Larenz, enquanto as regras podem ser normas com caráter tão somente funcional.

Para Alexy (2011, p. 83), princípios e regras são normas pelo fato de expressarem um dever ser:

[...] princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. (2011, p. 90-91).

Assim, na concepção do autor, as regras são estabelecidas como normas que são inteiramente resolvidas ou não, ou seja, não admitem resolução parcial:

Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é faticamente e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2011, p. 90-91)

Partindo deste pressuposto, a distinção entre regras e princípios se relaciona diretamente com a hipótese de colisão entre princípios e de conflito entre regras em que necessita de solução específica.

Acompanhando o raciocínio acima mencionado, Danielli (2017, p. 33), explica que o conflito entre regras somente pode ser solucionado ao se introduzir em uma delas exceção capaz de afastá-lo ou se for declarada sua invalidade.

Alexy concede um simples exemplo para facilitar tal entendimento. Se se refere a duas normas escolares, uma que proíbe os alunos de saírem da sala antes do sinal ser tocado e uma outra que ordena que os alunos abandonem a sala de aula caso o alarme de incêndio toque. Neste caso, onde há conflito é inserida uma cláusula de exceção em que quando soa o alarme de incêndio e, conseqüentemente, a primeira regra não deve ser cumprida. No caso de invalidação das duas normas, teremos uma situação em que os alunos estariam autorizados a sair da sala a qualquer momento ou deveriam permanecer nelas no caso de um incêndio (2011, p. 92).

Assim, a invalidação da regra é realizada expulsando do ordenamento o mandamento invalidado, vez que a validade jurídica não comporta gradação, pois não se admite o meio termo. Essa cassação segue os critérios clássicos para o caso de solução de antinomias, quais sejam, norma posterior derroga norma anterior ou norma superior derroga norma inferior. Sendo possível, será introduzida uma cláusula de exceção.

Entretanto, a não utilização de certo princípio não importa em sua anulabilidade

ou retirada do ordenamento jurídico, ou ainda, a introdução de cláusula de exceção visto que a prioridade de um princípio sobre o outro dependerá das condições concretamente apresentadas, notando que todos os princípios têm validade *prima facie*. Modificando as condições, o sopesamento dos princípios colidentes pode ser completamente alterado e o princípio antes precedente cede lugar ao princípio oposto.

#### **2.4 Princípios constitucionais relacionados ao direito à saúde**

De acordo com a teoria de Alexy (2011, p. 143), a maior parte dos direitos fundamentais sociais se manifesta na forma de princípio e, por consequência, busca a concretização na maior dimensão possível.

O direito à saúde notadamente no caso brasileiro, poderia ser entendido como um princípio diretriz e, por esse motivo, diferentemente de um princípio em sentido estrito ou de uma regra, admitiria ser realizado na maior proporção sopesadas razões de ordem fática e jurídicas por políticas públicas orientadas à sua concretização social (ATIENZA; MANERO, 2016 apud DANIELLI, 2017, p. 46).

Tal afirmação se justifica na brecha normativa dos dispositivos correspondentes ao direito à saúde, dispostos nos citados arts. 6º e 196, da CF.

Os princípios constitucionais que norteiam o direito à saúde, são abrangidos pelos da igualdade, legalidade, proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da reserva do possível e da vedação ao retrocesso.

Para Aristóteles, (2004) o princípio da igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. Atua em duas vertentes: perante a lei e na lei. Por igualdade perante a lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto; por sua vez, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

Referido princípio legitimado pela Constituição age de uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete basicamente a autoridade pública, em aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social (MORAES, 2002, p.

65).

O art. 5º, *caput* e I, da CF regulam que todos são iguais perante a lei. Fundamenta-se em norma de eficácia plena cuja exigência de infalível cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora assegurando a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

Por este ângulo, a interferência do Poder Judiciário, no sentido de dar efetividade ao direito à saúde, poderia incidir em desobediência ao princípio da igualdade quando se pensa na hipótese de fila para transplante de órgãos e realização de determinados tratamentos, preterindo os que aguardam sua vaga e advém uma decisão judicial para atender aquele outro que não se encontrava na mesma situação?

Entende-se que em determinadas situações, como por exemplo, o acesso a medicamentos requerido individualmente, pode a lei estabelecer discriminações sem que atinja negativamente o princípio da igualdade.

O princípio da proporcionalidade, também chamado de vedação do excesso, tem como propósito evitar abusos que possam vir a ocorrer tendo como alicerce o direito à saúde. Como exemplo, cita-se a possibilidade de haver um tratamento adequado para um problema de saúde aqui no Brasil, contudo, com custo menor e fosse requerido uma medida para que o tratamento se realizasse no exterior, o que aumentaria sobremaneira os custos para o Poder Público. Isto, com certeza pode ter caráter totalmente abusivo.

Percebe-se que o princípio em questão não é adequado somente para corroborar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Executivo que limitem direitos fundamentais, mas de igual forma, constatar a legitimidade da decisão judicial impondo dessa maneira verdadeiro limite à atividade jurisdicional. O juiz ao efetivar um direito fundamental deve saber que sua ordem necessita ser apropriada, necessária, não excessiva e proporcional em sentido estrito.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, este se relaciona às exigências básicas do ser humano para que de modo concreto, lhe sejam oferecidos os recursos indispensáveis à manutenção de uma existência digna.

A concepção de um princípio de abordagem intimamente ligada a pessoa tem como resultado o dever negativo de não lesar ninguém, assim como, o dever positivo de realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social.

“O alcance da efetividade do Direito à Saúde só será possível pelo exercício da cidadania com fundamento na vida com dignidade da pessoa humana.” (ROCHA, 1999, p. 93).

Notadamente, espera-se do Estado Social, bem mais do que um mínimo existencial. A sociedade, como um todo deve exigir uma ampliação da atuação estatal na prestação de serviços públicos, com mais atenção, nas ações e serviços de saúde.

A CF protege a precaução e o tratamento de doenças por meio de medidas que assegurem a integridade física e psíquica do ser humano. Contudo, as receitas e despesas do Estado estão limitadas pela legislação de modo que este não pode realizar, por si, investimentos para os quais não haja recursos suficientes.

O princípio da reserva do possível consolida-se naquele em que o Estado, para a prestação de políticas públicas que incluem os direitos sociais e prestacionais deve atentar, em cada caso concreto, três elementos importantes: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço. Assim fazendo, o serviço a ser prestado estará correspondendo com a reserva do possível.

O Poder Público deve garantir a efetividade do direito à saúde à população. Compreende-se por Estado neste contexto, todos os entes da República tratando-se de competência comum, que demanda constante investimento. No entanto, é sabido que tais recursos são insuficientes para atender às necessidades sociais impondo sempre ao Estado a tomada de decisões difíceis.

A Lei nº 4.320/1964, que versa sobre as normas gerais de direito financeiro assenta que haverá subvenções sociais para a garantia de serviços essenciais de assistência médica, social e educacional, nos limites das possibilidades financeiras, sempre que os recursos privados aplicados a esses objetivos se revelarem mais econômicos para o Poder Público.

A Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/1990 assevera, em seu art. 2º, *caput*, que a saúde é direito de todos, devendo ser provida pelo Estado, responsável por garanti-la por meio de políticas econômicas e sociais que visem à prevenção e à redução de riscos de doenças e outros agravos.

Doutrinadores como Sarlet e Figueiredo (2009, p. 325) afirmam que por mais que os Poderes Públicos articulem os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos Órgãos Judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação dos recursos públicos, não parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida

humana.

Partindo deste raciocínio há de se deduzir que no planejamento orçamentário existem verbas destinadas à saúde tanto na modalidade assistencial, quanto preventiva, de maneira que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de garantir o direito à saúde por meio do SUS obedecendo os parâmetros orçamentários estabelecidos em lei podendo, excepcionalmente, haver verbas suplementares desde que para tanto haja autorização legislativa. A responsabilidade, portanto, é solidária ante os entes da federação (IBRAHIN, 2012, p. 3-4).

A reserva do possível, no que diz respeito à possibilidade financeira do Estado, concretiza a disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica ou de tratamento médico em geral.

Não se pode simplesmente afirmar que o Estado não possui condições financeiras para fornecer um medicamento ou um tratamento seja espontaneamente ou por meio de ordem judicial justificando tal impossibilidade à reserva do possível.

Por óbvio, há limitações decorrentes desse princípio, no entanto, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador.

Tendo em vista a omissão do Poder Público os indivíduos têm buscado a tutela do Poder Judiciário para ver efetivado seu direito. Inúmeros são os casos em que o cidadão tem a sua dignidade desprezada por não ter acesso à saúde sendo privado de uma garantia fundamental.

Com certeza o juiz não pode ficar apático por conta da reserva do possível para dar efetividade material à sua decisão, principalmente, em matéria de saúde.

O princípio da reserva do possível pode ser aplicado na saúde pública no Brasil, entretanto, não deve repousar apenas em uma construção teórica com o intuito de retirar a responsabilidade do Estado em reação aos direitos fundamentais.

## **2.5 Da utilização do princípio da dignidade humana no direito à saúde e no direito à vida**

A dignidade humana é compreendida na atualidade como pressuposto de que cada ser humano possui um valor específico e desfruta de uma posição exclusiva no universo.

Segundo Barroso (2014, p. 16), a concepção do termo dignidade humana, teve origem filosófica quando o grande estadista e orador Marco Túlio Cícero empregou a expressão “dignidade do homem”. Desde esta utilização, afirma o autor, tem sido associada com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais.

Salienta que o valor intrínseco é, no ponto de vista filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana ligado à natureza do ser. Corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, conferindo-lhes um *status* especial e superior no mundo distinto do de outras espécies. (BARROSO, 2014, p. 14).

No entanto, não se pode confundir o fato de ter uma condição como superior no mundo com o de proceder com arrogância e autoritarismo.

Continua o autor (BARROSO, 2014, p. 14) afirmando que no plano jurídico o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais sendo o primeiro deles o direito à vida uma pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito. O segundo valor intrínseco de qualquer indivíduo, é a igualdade perante a lei e dentro da lei, embasando o autor a afirmativa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. II e VII. Todos os indivíduos são iguais e, portanto, merecem o mesmo tratamento digno. Um terceiro valor, corresponde ao direito à integridade física e psíquica abrangendo a proibição ao trabalho escravo, a tortura e penas cruéis e degradantes. O direito à integridade psíquica ou mental na Europa e em muitos países que se utilizam da *civil law*, compreende o direito à honra, à imagem e à privacidade.

Relacionado à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial também denominado de mínimo social ou direito básico para que as pessoas possam viver dignamente. Exige-se com isso, o acesso a algumas prestações essenciais como educação básica e serviços de saúde.

Há ainda outro valor, como bem descreve Barroso (2014, p. 87) que consiste no valor comunitário. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, enfatizando o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa.

A dignidade, como valor comunitário, tem sido constantemente influenciada por motivações paternalistas e moralistas, sendo utilizadas por diversas decisões em todo o mundo. Uma dessas mais famosas decisões, lembra Barroso (2014, p. 18) ocorreu no caso do arremesso de anão, decidido pelo *Conseil d'État* (Conselho de Estado) da

França e confirmado pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Percebe-se assim, que tudo o que abrange o ser humano e suas expressões é deveras complexo.

O direito à saúde é de ordem preferencial, mas deve se ter em mente que não é o direito a uma saúde qualquer, mas sim, a uma saúde com qualidade de direito do ser humano. A qualidade consiste na aceitação ética, cultural e individual, assim como na competência profissional de todos que lidam cotidianamente com a saúde.

A consecução da efetividade do direito à saúde, só será praticável pelo exercício da cidadania com base na vida com dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que a sociedade precisa exigir uma ampliação da atuação estatal na prestação de serviços públicos com mais atenção nas ações e serviços de saúde. Para de forma atuante exercitar a cidadania, deve-se utilizar com eficácia e determinação os instrumentos políticos e processuais, pois “[...] é preciso introduzir o direito à saúde, como direito da pessoa, do cidadão, interesse da coletividade e dever do Poder Público, do Estado” (ROCHA, 1999, p. 93-94).

Deste modo, a saúde deve ser preservada e garantida pelo Poder Público. O Judiciário deve se posicionar de forma direta a favor da vida digna suprimindo a omissão das outras entidades públicas.

## **2.6 Princípio da vedação do retrocesso no direito fundamental social**

Na explicação de Sarlet e Figueiredo (2009, p. 167), o princípio da proibição de retrocesso social significa

[...] toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não).

Pode-se considerar ser um Direito Constitucional, que se confronta à margem de conformação do legislador quanto a reversibilidade de leis concessivas de benefícios sociais.

Importante ressaltar que diversos documentos normativos preveem expressamente a impossibilidade do retrocesso na garantia e salvaguarda dos direitos

fundamentais também chamada de cláusula da proibição de retrocesso, podendo dar destaque ao Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (art. 5º, §§ 1º e 2º), promulgado pelo Decreto nº 592/1992; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º, §§ 1º e 2º), promulgado pelo Decreto nº 591/1992 e a Constituição Portuguesa. A abordagem da proibição de retrocesso social encontra-se mais desenvolvido em países como Alemanha, Itália e Portugal.

Entre estes, deve-se salientar Portugal, particularmente com alicerce nas lições de Canotilho (2001, p. 539) para quem os direitos sociais apresentam uma dimensão subjetiva decorrente da sua consagração como verdadeiros direitos fundamentais e da radicação das prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos reconhecidos na Constituição, isto é, dos chamados direitos decorrentes da atividade prestacional justificando a sindicabilidade judicial da manutenção de seu nível de realização restando infrutífera qualquer tentativa de retrocesso social. Assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra as medidas de natureza retrocessiva, cujo objetivo seria a sua destruição ou redução.

Nesse segmento, o Tribunal Constitucional Português reconheceu a existência do princípio da proibição de retrocesso social em 11.04.1984, por meio do Acórdão nº 39/1984 (PORTUGAL, 1984) declarando a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional que revogara parte considerável da Lei n.º 56/79 e instituíra o Serviço Nacional de Saúde daquele país. O relator da questão, Conselheiro Vital Moreira, rejeitou a tese de inconstitucionalidade formal e passou a análise da inconstitucionalidade material do artigo 17 do Decreto-lei n.º 254/82. Entendeu o Conselheiro que ao instituir o Serviço Nacional de Saúde (SNS) por intermédio da Lei n.º 56/79, propiciaria meios para a realização do direito fundamental de proteção à saúde com consagração no artigo 64º da Constituição e que mediante o artigo 17º do Decreto-lei n.º 254/82, o Governo legislara sobre direito à saúde e extinguiu o SNS. Ao proferir seu voto, Vital Moreira tratou dos direitos sociais especialmente os de proteção à saúde, como direitos fundamentais observando que estes não possuem natureza semelhante à dos direitos, liberdades e garantias, isto é, dos direitos de liberdade, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Em relação aos direitos sociais aduziu o relator que acentua o seu caráter positivo ao exigir prestações positivas do Estado sem que se negue a jusfundamentalidade desses direitos sociais. Partindo dessas manifestações o relator desenvolveu os argumentos da proibição de retrocesso social, afirmando a inconstitucionalidade do debatido artigo 17º do Decreto-

lei n.º 254/82.

A concepção lusitana do princípio da proibição de retrocesso social, na origem, era distinta daquela desenvolvida na Alemanha. Em Portugal adotou-se, inicialmente, a ideia do princípio sem restringi-lo às prestações de seguridade social alcançando a pretensão do Estado, ainda que não decorrentes de contribuição pecuniária do titular tratando da problemática nos limites da ação do legislador e dos atos comissivos do Poder Legislativo que pudessem gerar efeitos semelhantes aos de sua omissão no mister de cumprir determinações constitucionais (FILETI, 2009, p. 2).

Fileti (2009, p. 3) dispõe que a proibição de retrocesso social possui natureza principiológica a julgar por exibir um elemento finalístico representado na preservação do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais.

O princípio possui conteúdo positivo e negativo. O conteúdo positivo encontra-se no dever do legislador manter-se no propósito de ampliar progressivamente, de acordo com as condições fáticas e jurídicas incluindo as orçamentárias e o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Não se trata de mera manutenção do *status quo*, mas de imposição da obrigação de avanço social.

O conteúdo negativo, diz respeito à imposição ao legislador para elaborar os atos normativos, respeitar a não-supressão ou a não-redução do grau de consistência normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional, isto é, por meio da legislação que atinge os direitos fundamentais sociais insertos na Constituição.

Afirma ainda o autor que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional com carácter retrospectivo, na medida em que tem por escopo a preservação de um estado de coisas já conquistadas contra a sua restrição ou supressão arbitrárias (FILETI, 2009, p. 3).

O princípio tem base na CF, decorrendo dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano.

Ademais, o princípio provém da imposição constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais, da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social. Levam-se em consideração ainda, a tendência do direito internacional de progressiva

implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados e o argumento de que a negação do princípio significaria que o legislador dispõe do poder de livremente tomar decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do legislador constituinte.

## 2.7 A teoria da reserva do possível no direito à saúde

O princípio da reserva do possível é fruto do julgamento de uma ação proposta por estudantes que aspiravam o ingresso em uma universidade pública alemã no curso de medicina em meados de 1970. Os autores embasaram o pedido alegando a Lei Fundamental Alemã, em seu ar. 12, I, que concedeu o direito de escolha aos cidadãos alemães da profissão, bem como do lugar de ensino.

Conforme assevera Marmelstein (2011, p. 355), o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em conhecimento do caso *numerus clausus* das vagas em Universidades, entendeu que o direito à educação não implicaria no dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o poder público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis. Diante disto, sintetiza que:

Os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível. Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é o sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira. (MARMELESTEIN, 2011, p. 355)

No Brasil, o princípio da reserva do possível foi sustentado pelo STF, notadamente em votos do Ministro Relator Celso de Mello, no julgamento do RE 410715 AgR/ SP em 22 de novembro de 2005, a saber:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira de pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

De outro modo, é notório que quando se refere a direitos fundamentais prestacionais deve-se crer na existência de recursos para sua concretização, já que os litígios sociais são infinitos enquanto os recursos públicos são reconhecidos pela carência.

[...] a reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos. [...] é preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público. (MARMELSTEIN, 2011, p. 356).

Nesse aspecto, Amaral (2001 apud DRUMMOND, 2008, p. 25) defende que:

Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros poderes são responsáveis.

Amaral (2001 apud DRUMMOND, 2008, p. 27) entende, que a eficácia dos direitos fundamentais depende, claramente, de recursos financeiros existentes e que o posicionamento de que o Estado deve cumprir os mandamentos da Constituição não tem o poder de afastar a escassez dos recursos e, por isso, não é argumento suficiente capaz de solucionar o problema da implementação dos direitos sociais positivos.

Dentro desse cenário nos parece inaceitável a “profissão de fé” na suficiência de recursos para atender a todos, que parece ser professada por vários tribunais.

Também não nos parecem razoáveis máximas como “se está na lei é para ser cumprido”, pois a lei não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido, alguém sofrerá dano ou mesmo morrerá. (AMARAL, 2001 apud DRUMMOND, 2008, p. 27).

Doutrinariamente o princípio da reserva do possível é dividido em elementos fático e jurídico.

No aspecto fático, considera-se a realidade financeira do Estado verificando que há limites de possibilidades materiais, em razão da ausência de disponibilidade de recursos financeiros.

Barcellos (2002 apud FREIRE JÚNIOR, 2004, p. 57), assevera sobre a visão

fática da reserva do possível da seguinte forma:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

No plano jurídico a reserva do possível relaciona-se com a prévia previsão orçamentária para o Estado empregar determinado recurso.

Além destas duas vertentes, Sarlet e Figueiredo (2009, p. 13) afirmam uma terceira dimensão da reserva do possível sustentando que além da efetiva disponibilidade fática e jurídica dos recursos há que se considerar o problema da proporcionalidade da prestação. Declaram que os três aspectos se vinculam entre si e com outros princípios constitucionais para servir não como barreira intransponível, mas sim como ferramenta para garantia dos direitos sociais de cunho prestacional:

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 13).

O direito à saúde é considerado direito fundamental social nos termos do artigo 6º, da CF, frisando-se ainda as disposições contidas nos arts. 196 e seguintes.

Por conseguinte, é dever do Estado promover o cumprimento do mandamento constitucional garantindo o acesso de todos aos serviços e ações de saúde necessários.

Não obstante, o Poder Público tem declarado o fato da indisponibilidade de recursos nos cofres públicos se embasando no princípio da reserva do possível para negar a solicitação ou para justificar sua conduta omissiva.

Os recursos financeiros administrados são finitos e que não se pode comprometer desmedidamente as finanças públicas uma vez que o Estado lida com

recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas. (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 19).

Sustentam ainda que se deve ponderar a capacidade financeira da família do pleiteante que tem igual dever de fornecer as garantias necessárias para sua subsistência, pois só o argumento da necessidade do pleiteante não justifica onerar o poder público. (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 20).

Neste condão, Brandão (2012, p. 2) discorre sobre o tema da seguinte forma:

Vê-se, dessa forma, que a norma jurídica constitucional, que assegura a todos o direito de exigir do Estado a prestação do serviço de saúde, somente alcançará sua real efetividade se estiverem presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir esta eficácia, pois as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena efetivação de dito serviço público, já que é essencial a existência de recursos financeiros que garantam a sua realização concreta. Não basta, portanto, que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade, fazendo-se imprescindível, também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos.

A autora propõe, portanto, que para efetivar algum direito que possa ser concedido a todos é mister que haja recursos financeiros (BRANDÃO, 2012, p. 4).

Com isto entrega a total eficácia dos direitos sociais a limitações de ordem fática e jurídica.

Neste diapasão, surge o entendimento de Furtado (2010 apud MAZZA, 2013, p. 332):

A regra é a de que limitações orçamentárias não podem legitimar a não atuação do Estado no cumprimento das tarefas relacionadas ao cumprimento dos deveres fundamentais. A exceção, em que se aplica a teoria da reserva do possível, é admitida em situações em que seja demonstrada a impossibilidade real de atuação do Estado em razão das limitações orçamentárias. Assim, se existem recursos públicos, mas se optou pela utilização em outros fins, não voltados à realização de direitos fundamentais, não é legítima a arguição da teoria da reserva do possível.

Nota-se que o autor argumenta no sentido de que a administração pública se abstenha de realizar determinada política pública que culminaria na ineficácia de certo direito social devendo apresentar os motivos que justificam sua impossibilidade, uma vez que “[...] as prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer ou de justificar porque não o faz” (AMARAL, 2001 apud DRUMMOND, 2008, p. 31).

Frise-se que o direito à saúde, é um direito fundamental intrínseco ao ser

humano para que possa viver com dignidade. Tais limitações orçamentárias não podem retirar o dever de cumprimento por parte da administração pública do direito à saúde.

Entende-se que não pode imperar a utilização do princípio da reserva do possível como justificativa para a inércia estatal devendo Estado cumprir seu dever legal e constitucional de promover a realização do direito à saúde a todos indistintivamente.

### 3 O DIREITO À SAÚDE COMO SEGURIDADE SOCIAL

A definição de seguridade social amparada pela CF é “[...] o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (art. 194)

Posteriormente, o texto constitucional estabelece que a seguridade social seja patrocinada por toda sociedade de forma direta ou indireta. O parágrafo 2º do artigo 195, prenuncia que o orçamento da seguridade social será criado de forma integrada pelos órgãos responsáveis para com a saúde, previdência e assistência social levando em conta as finalidades e prioridades dispostas na Lei de Diretrizes Orçamentárias assegurada a cada área a administração de seus recursos.

Ainda seguindo o artigo 195, o parágrafo 5º manifesta que nenhum serviço ou benefício da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a equivalente fonte de custeio total.

Por sua vez, a CF estabelece o direito à saúde que deve ser assegurado por meio de políticas públicas, sociais e econômicas com interesse na diminuição de riscos de doenças e outros danos além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação. O SUS observa as seguintes regras:

CF, 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.

Os primeiros três incisos são dedicados a mostrar quais as formas de custeio serão feitas delineando os impostos que serão destinados à saúde, bem como os seus percentuais.

Nos incisos do art. 200, da CF encontram-se elencadas as determinações no que tange ao controle e fiscalização de procedimentos, produtos relacionados à saúde, produção de medicamentos, equipamentos e outros insumos, incrementos do desenvolvimento científico e tecnológico, assim como, a formação de recursos humanos para a área da saúde.

Na esfera do estabelecimento do que seria ideal à saúde a ser produzido pelo

Estado com a participação dos agentes políticos e sociedade, o texto constitucional não fortaleceu os objetivos para o exercício eficaz no que diz respeito a qualidade de vida dos brasileiros atendo-se de forma acanhada os aspectos físicos que compõem os cuidados com a saúde.

Os artigos supracitados da CF não materializam o conceito de saúde e sua efetividade. O foco se baseia em aspectos objetivos com garantia de mecanismos apenas de saúde física distante de todas as outras questões sociais imprescindíveis à sua garantia.

A precariedade do sistema público de saúde aliada ao insuficiente fornecimento de remédios gratuitos ocasionou no nascimento do fenômeno da judicialização da saúde.

Na realidade vê-se que o crescente número de ações judiciais tem mobilizado o Judiciário de uma forma geral no país, a ponto de ainda estar em discussão no STF as questões relativas ao cabimento de ações para medicamentos de alto custo que não estejam na relação de remédios fornecidos gratuitamente pelo SUS, devendo estar o medicamento registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) além disso, verificar não ser possível substituir por outro previsto na lista e, do mesmo modo, verificar a real necessidade da família em não poder arcar com os custos.

### **3.1 Da saúde privada no Brasil**

A saúde privada no Brasil aparece como uma possibilidade pela falta de eficiência do Estado em garantir o acesso à saúde pública em quantidade e qualidade suficientes para suprir as necessidades existentes.

A CF asseverou que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199). Estabelece que as instituições privadas participam da saúde de forma complementar ao serviço único de saúde e em respeito as regras fixadas pelo próprio serviço público.

Por derradeiro, determinou que na atuação complementar em saúde será dada predileção às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos que ao longo do tempo se revelaram incapazes de se sustentar tendo em vista o desenvolvimento tecnológico na medicina, a reivindicação por aparelhos sofisticados, a especialização dos profissionais, despesas tanto hospitalares como ambulatoriais e medicamentos de alto custo.

Por causa da necessidade real de auxílio às entidades de saúde sem fins

lucrativos, foi aprovada a Lei n.º 12.873, de 24 de outubro de 2013, que determina:

Art. 23. Fica instituído o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS.

Art. 24. O Prosus tem as seguintes finalidades:

I – garantir o acesso e a qualidade de ações e serviços públicos de saúde oferecidos pelo SUS por entidades de saúde privada filantrópicas e entidades de saúde sem fins lucrativos;

II – viabilizar a manutenção da capacidade e qualidade de atendimento das entidades referidas no art. 23;

III – promover a recuperação de créditos tributários e não tributários devidos à União; e

IV – apoiar a recuperação econômica e financeira das entidades de saúde privada filantrópicas e das entidades de saúde sem fins lucrativos.

A redação dos artigos é objetiva no que diz respeito ao fortalecimento das instituições privadas sem fins lucrativos que atuam na saúde.

Há um reconhecimento implícito que o SUS não é satisfatório para assegurar a integralidade do acesso à saúde prevista na CF.

Com isso, verificou-se cada vez mais a necessidade do sistema privado com fins lucrativos que também atende parcela expressiva da população brasileira.

No entanto, é imprescindível que o sistema privado venha ser tratado política e juridicamente de forma a assegurar a continuidade da capacidade e qualidade de atendimento para os usuários e, ao mesmo tempo, a sustentabilidade da atividade econômica constitucionalmente permitida.

### **3.2 Função social da Agência Nacional de Saúde Suplementar na defesa do consumidor**

A grande discussão relaciona-se com o fato de a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ser um órgão de defesa do consumidor.

A Lei n.º 9.961/2000, em seu art. 1º, define que a ANS deverá atuar como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Por sua vez, o art. 3º da citada lei determina que terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Conforme dispõe Carlini (2014, p. 75), a simples interpretação destes artigos pode dar a ideia de que a ANS tem a função de proteção do consumidor individual.

No entanto, é indiscutível que a ANS não compõe o Sistema de Proteção do Consumidor do Ministério da Justiça comandado pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), a partir do Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012.

Integram o Sistema, além da SENACON, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC); os Programas Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCONs); o Ministério Público; as Defensorias Públicas e as organizações não governamentais de defesa do consumidor, tendo competência para atuar de forma complementar para receber denúncias, apurar irregularidades e promover a proteção e defesa dos consumidores. As agências não são mencionadas expressamente nesse rol (CARLINI, 2014, p. 76).

A proteção do consumidor, então, não se dá na esfera individual, mas sim, coletiva. O objetivo é a proteção do mercado para que nele ocorram trocas equilibradas. Segundo a autora, esse é o instrumento de que se utilizam as agências reguladoras para garantir a proteção do consumidor. Acrescenta que as agências, não deveriam realizar atendimento do consumidor individual por ser esta a função dos PROCONs ou das Defensorias Públicas. A sobreposição de papéis com esses órgãos, agride o princípio da eficiência da administração pública, porque os recursos públicos são utilizados de forma excessiva para garantir a mesma proteção.

A Resolução Normativa nº 323/2013 da ANS teve uma função significativa na proteção do consumidor que a tornou obrigatória para todas as operadoras de planos privados de assistência à saúde a instituição de unidades organizacionais de ouvidoria.

Assim sendo, as operadoras são compelidas a divulgar a existência da ouvidoria e fornecer informações em relação a sua finalidade, competência, atribuições e prazos de resposta às demandas. Os prazos máximos serão de sete dias úteis para resposta conclusiva sendo excepcionado em casos de maior complexidade havendo pactuação da operadora com o usuário.

Em suma, as ouvidorias da ANS poderão obstar os conflitos, bem como solucionar os que já tenham ocorrido.

### 3.3 A saúde privada no Brasil e o impacto regulatório

A importância de tal análise se revela diante da força que os direitos fundamentais tem exercido nas relações particulares, notadamente nas relações privadas constituídas no âmbito da saúde suplementar.

Necessário lembrar que existe um sistema regulatório que organiza o mercado da saúde suplementar, trazendo regras e limites na atuação dos agentes envolvidos e mostrando um complexo de direitos e obrigações, de forma que a intervenção judicial nesse setor deve ser embasada não só na aplicação do direito fundamental à saúde, mas, também, nos normativos de cunho técnico, médico, atuarial, econômico e financeiro editados e divulgados pelo órgão regulador competente, qual seja, a ANS.

Nos termos do art. 197 da CF, o direito à saúde pode ser prestado diretamente pelo poder público, através do SUS ou através de parceiros do setor privado, que atuarão de forma complementar ao sistema público.

Em ambos os casos, as atividades serão prestadas sob o regime de serviço público. Já a parte final do art. 197, conjugada com o caput do art. 199 do texto constitucional, permite que a assistência à saúde também seja prestada pela iniciativa privada, compondo o sistema de saúde suplementar, com natureza de atividade econômica de interesse social, atrelada aos fundamentos da ordem constitucional econômica e submetida à regulação estatal, nos termos dos arts. 170 e 174 da CF.

Estas duas formas de regimes, apesar tratarem do mesmo objeto, impõem uma importante diferenciação entre as normas que são aplicadas ao poder público, quando da prestação do serviço público de saúde; e em face das entidades privadas que exercem a atividade de assistência à saúde pela livre iniciativa. Neste último caso, tratando-se de atividade econômica de interesse eminentemente social, o Estado intervém como órgão regulador, garantindo a observância dos fundamentos da ordem econômica, bem como os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor.

A regulação da saúde privada, não se fundamenta somente pela importância do direito à saúde e pela necessidade de o Estado controlar a prestação de tal serviço. A edição do marco regulatório da saúde suplementar ocorreu em uma década marcada pelo processo de desestatização e pelo aumento de investimentos privados em setores de interesse social, num cenário no qual o Estado não podia mais ser provedor de todos os serviços essenciais para o bem-estar e para a economia do país, optando-se por permitir à iniciativa privada a execução de diversas atividades, sob a

supervisão externa do Estado, através do poder regulador (MOREIRA NETO, 2003, p. 30-31).

No caso dos serviços de saúde, a exploração pela iniciativa privada já ocorria mesmo antes da promulgação da CF, por meio dos sistemas assistenciais, que acompanharam o desenvolvimento industrial, além dos convênios firmados entre empresas empregadoras e empresas médicas, que contavam com rede própria de serviços, estimulando também a organização e o surgimento de novos prestadores de serviços, assim como as redes de medicinas de grupos.

Com o desenvolvimento do setor, surgiram novos agentes econômicos, como seguradoras, operadoras de planos de saúde, autogestões e cooperativas, desenhando um mercado altamente competitivo e com grande movimentação de valores, ao mesmo tempo em que crescia também a conscientização dos cidadãos em relação à defesa dos seus direitos, sobretudo na qualidade de consumidores de tais serviços. Foi nesta circunstância político e econômico que se efetivou o marco regulatório da saúde suplementar, através da Lei nº 9.656/1998, também conhecida como Lei de Planos de Saúde, seguida pela edição da Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS.

A polêmica em torno do poder normativo das agências reguladoras no Brasil se reproduz de forma sistemática, em especial a respeito dos limites do poder de tais agências.

A livre iniciativa é geralmente apontada como um princípio da ordem econômica constitucional da livre concorrência.

Entretanto, a liberdade do exercício da atividade econômica não é absoluta e deve sofrer a regulação do Estado, em especial para a garantia do interesse público, da proteção dos vulneráveis, da proteção do meio ambiente e também da livre concorrência (CARLINI, 2014, p. 79).

Na esfera específica dos contratos de saúde suplementar dado a sua característica fundamental de serem instrumentos que se prolongam, mantendo o consumidor submetido a eles por um período considerável de tempo, a atividade da agência reguladora é igualmente continuada tendo como motivo principal dessa atuação a garantia do equilíbrio das relações compreendidas no segmento da saúde suplementar.

O propósito da ANS é estabelecer cronogramas de atividades prioritárias de forma a garantir maior transparência e previsibilidade na atuação regulatória,

possibilitando o acompanhamento pela sociedade dos compromissos pré-estabelecidos pela agência (ANS, 2019), que reconhece a necessidade da transparência do processo regulatório, o apurado rigor técnico legislativo que deve haver, o embasamento jurídico formalizado em princípios e normas emanadas do Poder Legislativo, o amplo diálogo como todos os atores e, principalmente, garantia do equilíbrio e sistema em prol do interesse público (CARLINI, 2014, p. 82-83).

O conceito e a forma de análise de impacto regulatório vêm tendo um crescente no Brasil, contudo, ainda sem grandes divulgações.

A análise que faz parte do processo do impacto regulatório, deve ser sempre construído de forma coletiva, com coleta de dados técnicos e precisos. Não pode haver, por exemplo, favorecimentos políticos.

No setor da saúde suplementar em que a ANS age, a análise de impacto regulatório poderá ser utilizada para verificar os resultados no que tange a vedação de aumento dos planos de saúde por conta da faixa etária, principalmente em países como o Brasil que possui um número significativo de idosos. Afinal, nesta fase da vida mais madura, há na maioria das vezes, mas necessidade de utilizarem-se dos serviços relacionados à saúde e lembrando que também nesta época, os ganhos não são os mesmo de um indivíduo em plena atividade.

Deve-se, neste sentido, haver equilíbrio para que possa oferecer o serviço essencial à saúde, dentro da razoabilidade para que estes idosos tenham uma vida digna.

Ao optar pela contratação de um seguro de vida, o indivíduo que ingressa tem o dever de pagar um valor de contratação no tempo e forma devidos, tendo o direito de esperar que custeie as necessidades cobertos durante o período da contratação.

No entanto, na atual realidade de nosso país, o que vemos é uma guerra entre as seguradoras, sempre buscando suas vantagens e quando o consumidor necessita de seus serviços, nem sempre estão “dispostos” a atendê-los, o que os leva naturalmente, a precisar se socorrer do Poder Judiciário a fim de ver seu direito reconhecido e atendidos os seus anseios.

#### 4 DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO

Percebe-se no cenário atual do Brasil, que existe uma grande lacuna no que tange a discussão do direito à saúde com enfoque mais amplo de justiça, havendo um contexto direcionado a questões pontuais sobre recursos e a obrigatoriedade ou não do Estado arcar com os custos de um determinado medicamento ou serviço de cuidado à saúde. Verifica-se uma desorganização do Estado na implementação de políticas públicas relacionadas ao tema.

A maioria das demandas judiciais poderiam ser evitadas, principalmente, em relação ao fornecimento de fármacos, pois percebemos que grande parte das ações se referem a medicamentos constantes da lista do SUS e nesse sentido, precisariam estar à disposição da população.

Na realidade a solicitação judicial de um medicamento, por exemplo, constitui para o Poder Público um uso irracional de recursos financeiros.

O litígio pelo direito à saúde tornou-se um caminho alternativo para brasileiros terem acesso aos serviços, especialmente em relação ao alcance a medicamentos que estão nas listas governamentais ou só são disponibilizados no mercado.

Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público, envolve a comprovada eficácia das substâncias.

Neste sentido, por exemplo, o STJ, em decisão da Corte Especial, no julgamento do Agravo Regimental na (AG Reg) na Petição (PET) 1996/SP, ocorrido em março de 2004, e de relatoria do Ministro Nilson Naves, suspendeu liminar em ação civil pública, que obrigava o Estado a distribuir “Interferon Perguilado” ao invés do “Interferon Comum”, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum não possuía eficácia comprovada.

A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar como um parâmetro importante além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida.

A interferência do Judiciário por meio de determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos é a forma de se realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço à saúde.

No que diz respeito à distribuição de medicamentos a competência da União, Estados e Municípios não está assentada na CF ou em outra lei.

Os critérios para a repartição de competências são mencionados em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria n.º 3.916/1998, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

De forma singela, os diferentes níveis federativos em colaboração um para com os outros, elaboram listas de medicamentos que são adquiridos e fornecidos à população.

O gestor federal é responsável pela formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME).

O Município, define a relação municipal de medicamentos considerados essenciais, com base na RENAME e oferece a assistência farmacêutica. A maior finalidade da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam diretamente definidos no Plano Municipal de Saúde.

A União, em parceria com os Estados e o Distrito Federal, ocupa-se com a aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, conforme disposto nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006 e nº 1.321, de 5 de junho de 2007.

Assim ao gestor estadual cabe definir quais os medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, principalmente, os de distribuição em caráter excepcional.

O controle jurisdicional no que relaciona a entrega de medicamentos necessita de uma norma jurídica que sirva como alicerce. Deste modo, se a política pública é determinada pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado na função precípua de aplicação da lei.

Os recursos financeiros para o custeio dos medicamentos são obtidos mediante a cobrança de tributos fazendo com que se presuma que os poderes Legislativo e Executivo ao elaborarem as listas dos medicamentos tenham se atentado em primeiro lugar às necessidades emergenciais a serem supridas e os meios disponíveis para a aquisição dos mesmos.

Verifica-se a aplicação do princípio da reserva do possível, entretanto, mesmo que sejam ínfimos os recursos do Poder Público devem ser utilizados da forma mais eficiente possível para que haja a garantia ao princípio constitucional do acesso universal e igualitário às prestações da saúde.

#### 4.1 A judicialização no Brasil

Ultimamente percebe-se a imensa tendência à judicialização, principalmente, no Brasil em que nos diversos planos reconhecemos a procura pelo Judiciário.

Nas lições de Barroso (2018, p. 22-23), percebe-se o significado amplo do termo judicialização:

[...] o termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso.

[...]

Fenômeno diverso é a judicialização qualitativa. A expressão designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais.

No que corresponde à judicialização quantitativa, o autor aponta aspectos positivos e negativos, a saber:

A primeira delas é a de revelar uma sociedade civil que foi progressivamente se tornando mais consciente de seus direitos e de sua cidadania. O segundo aspecto favorável é o de que as instituições judiciais, em uma época de ceticismo generalizado, ainda despertam algum grau de confiança e de credibilidade. Mas a verdade é que os aspectos negativos são amis proeminentes. O primeiro e mais óbvio deles decorre da circunstância de que a judicialização pressupõe um litígio, um conflito, uma disputa que não pode ser solucionada amigavelmente, de maneira negociada ou administrativa. O excesso de litigiosidade documenta, portanto, (i) o reiterado descumprimento de deveres e obrigações por parte de grande número de pessoas ou (ii) grande espírito de emulação por parte de outras tantas. Ou, possivelmente, uma combinação de ambas as possibilidades. Em qualquer caso, não é bom. (BARROSO, 2018, p. 23).

De igual forma, encontra-se na judicialização qualitativa a presença de pontos contrapostos. Constata-se uma face positiva e outra negativa. O lado positivo seria a existência do Judiciário para solucionar os conflitos existentes e que não foram atendidas pelos demais Poderes. Já o lado negativo, liga-se ao fato que se há

judicialização das mais desdobradas questões políticas, indica também que há grande incapacidade dos órgãos do Legislativo e Executivo no funcionamento da política majoritária.

Entretanto, isto não quer dizer que o Judiciário não comete erros. Tem-se visto algumas decisões bastante incoerentes, isso sem contar com a morosidade da justiça.

No Brasil, a judicialização decorre de fatores relacionados de que o juiz e o tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto e em um segundo caso, que a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o STF fora de uma situação concreta de litígio (BARROSO, 2018, p. 47).

Entende o autor que a judicialização é uma consequência do sistema institucional vigente e não uma opção política do Judiciário quando afirma: “[...] juízes e tribunais uma vez provocados pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar ou não de ativismo judicial” (BARROSO, 2018, p. 47).

O ativismo judicial em sua melhor descrição é um modo específico e proativo do Judiciário possui para interpretar a Constituição participando de forma mais ampla e intensa na concretização dos fins constitucionais propostos (BARROSO, 2018, p. 49).

A necessidade dessa atitude liga-se a situações de limitação do Poder Legislativo impedindo que demandas sociais específicas sejam solucionadas de forma efetivas.

Seguindo o raciocínio de Barroso (2018, p. 25) necessário se faz complementar este tema com preocupações efetivas como o orçamento.

É na lei orçamentária que as sociedades democráticas definem suas prioridades, realizam suas opções políticas e fazem suas escolhas trágicas. Esse é o momento em que se deve discutir o que vai para a educação, para a saúde, para a previdência, para o funcionalismo público, para o transporte, para a publicidade institucional [...].

No Brasil, a política está em sucessivo descrédito, o que faz com que novos ideais não estejam surgindo na vida eleitoral, dando maior ênfase às soluções dos problemas ao Judiciário.

## 4.2 Políticas públicas e intervenção do Poder Judiciário

O direito à saúde, como já visto, é um direito fundamental social de natureza prestacional que pode ser realizado por parte do Estado por meio de políticas públicas.

Dworkin (2010, p. 558), apresentou o seguinte conceito de política:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas [...]) Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política [...].

Percebe-se que Dworkin (2010, p. 558) associa a ideia de política, à noção de uma finalidade a ser atingida pelo Estado.

Comparato (1998, p. 45) afirma que o juízo de validade de uma política, seja ela empresarial ou governamental, não implica o juízo de validade das normas e atos que dela fazem parte. Exemplifica dizendo que uma lei editada no quadro de determinada política pública pode ser inconstitucional sem que esta última o seja.

Outra questão que merece ser apontada é que Comparato (1998, p. 19) entende que as leis dentro de um Estado que possui uma Constituição dirigente, como é o caso da atual CF, tem como principal finalidade a implementação de políticas públicas. A grande maioria das leis, diz o autor, insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial, ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo, em outras palavras, as leis devem ser vistas como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais.

Realmente, ao analisar o art. 6º, da CF, resta claro o rol expressivo de direitos sociais que devem ser exercidos por meio de ação direta e concreta do Estado, seja na esfera federal, estadual ou municipal.

Importante ressaltar ainda o conceito de políticas públicas de Melo (2010, p. 808): “[...] um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”.

Resta claro que o autor relaciona os projetos e promessas do governo às

políticas públicas, principalmente em épocas eleitorais.

Outro aspecto a ser levado em conta, ao menos para fins didáticos, é a diferenciação entre políticas públicas e sociais. Brito Filho (2008a, p. 82), apresenta a distinção entre os institutos da seguinte maneira:

Devem ser elas entendidas (as políticas públicas), aproveitando discussão que é travada por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, como as empreendidas pelo Estado e voltada para a concretização dos objetivos da República, definido no plano genérico pelo texto constitucional.

Já no que se relaciona às políticas sociais, segundo o autor, não é fácil sua explicação. Para ele, existem dois modos de manifestar o que sejam políticas sociais. Um seria elencando as áreas em que elas são implementadas; o outro, seria determinando sua verdadeira destinação e diferenciando-os dos outros tipos de política. Apresenta o conceito de políticas sociais nos seguintes termos:

[...] e isso nos conduz à definição pelo segundo método, pelo qual definiríamos Políticas Sociais como as políticas públicas que têm por objetivo a realização dos Direitos Sociais. A respeito delas, é importante observar que, então, não são criação do administrador público, porque já estão definidas no ordenamento jurídico a partir dos direitos já reconhecidos e que devem ser efetivados. (BRITO FILHO, 2008a, p. 82)

À vista disso, compreende-se que as políticas sociais seriam aquelas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais de acordo com o ar. 6º da CF, que dizem respeito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Uma asserção que poderia ser igualmente feita é sobre a noção de políticas públicas ter sido reforçada com o intitulado Estado Social de Direito que surgiu no lugar do Estado Liberal, tendo em vista que com o Estado Social os direitos fundamentais de segunda geração passaram a ser evidência entre os quais o direito à saúde, à educação e o direito ao trabalho.

Lamentavelmente, muito embora a CF tenha dado atenção aos direitos sociais, muito difícil o Brasil ter um Estado Social de Direito nos moldes europeus, haja vista o caos na saúde pública pátria que claramente mostra o descuido de nossos governantes, parecendo não estarem preocupados em cumprir as normas contidas na Lei Maior.

E a quem compete realmente a formulação das políticas públicas? Ao Poder

Legislativo ou ao Executivo?

A resposta vai se sujeitar ao conteúdo da política pública se contiver um plano de ação a longo prazo ou um programa de ação ou de governo a médio ou curto prazo. Consoante o entendimento de Bucci (1997, p. 97), sobre este assunto:

[...] a teoria política cunhada no liberalismo atribuiu a função formadora do direito à competência exclusiva do Poder Legislativo, sede da representação popular. Em matéria de políticas públicas, o acerto dessa visão se confirma em relação aos “programas delongo prazo”, cuja realização ultrapasse a duração de um governo. Projetos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, que é essencial à democracia. As leis de plano, devem assim, conciliar o princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade. Entretanto, se estivermos diante de uma política pública que englobe programa de ação ou de governo, a competência será exclusiva do Poder Executivo.

Para ilustrar o entendimento acima, Farias (2017, p. 66-67) traz o seguinte ensinamento:

Um exemplo que poderíamos dar de uma política pública de “longo prazo” é a previsão constitucional do Sistema Único da Saúde (SUS). O SUS é um sistema integrado pelos entes federativos na prestação de serviços públicos de saúde. É um programa contínuo e de longo prazo, o qual necessita de grande aporte de recursos orçamentários. Isto significa que o SUS deve receber do Poder Legislativo esses recursos quando da votação do orçamento anual. Assim, políticas de longo prazo, devem ser implementadas pelo Poder Legislativo, que é o responsável em votar o orçamento. No que tange às políticas públicas que trazem programas de governo, de médio ou curto prazo, que ficam a cargo do Poder Executivo, podemos dar como exemplo na área da saúde, desse tipo de programa, o “Mais Médicos”, um programa do Governo Federal brasileiro que visa, na sua primeira fase, a colocação de médicos estrangeiros em municípios do Brasil que não tinham sequer médicos brasileiros, pois estes nunca se interessaram em ir para esses municípios, na maioria, pobres e sem estrutura nenhuma.

Tem-se como argumento, a afirmativa de que as políticas públicas, são de competência constitucional do Poder Legislativo e do Executivo, submetendo-se ao tipo de política pública.

No que concerne à intervenção judicial em políticas públicas, fundamental examinar os dispositivos da Constituição Federal que garantem a legitimidade jurídica do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas.

Preconiza a CF em seu art. 5º, XXXV que: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Desta feita, o acesso à Justiça será o alicerce jurídico de toda demanda judicial

que envolva direito fundamental como o direito à saúde, citando à título de exemplo, uma pessoa que necessite de um determinado medicamento poderá ingressar com uma ação judicial para compelir o Estado ao fornecimento.

Poderá o Ministério Público ingressar com ação coletiva para fazer com que o Estado viabilize o fornecimento de medicamentos ou a implementação de outra política pública envolvendo a prestação do direito à saúde.

A tutela individual está relacionada ao binômio necessidade-adequação. Haverá a necessidade sempre que a parte autora não possa obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. No entanto, a tutela coletiva dirige-se a obtenção do bem da vida para pessoas indeterminadas e ligadas pelas circunstâncias do fato.

Entende-se ser mais efetiva a tutela coletiva ao se pensar que atinge um número maior de pessoas, diminuindo assim as demandas de cada indivíduo que necessite de um medicamento, além do fato da maior celeridade e economia processuais.

#### **4.3 Judicialização da saúde no Brasil e suas relações com a reserva do possível e o mínimo existencial**

A judicialização da saúde indica que o Judiciário será o responsável pela efetivação desse direito fundamental social. Exercerá o Judiciário, portanto, uma incumbência que deveria ser cumprida pelo Poder Executivo, considerado constitucionalmente responsável pela implementação de políticas públicas na área da saúde, nos termos do art. 196 da CF.

Sobre o termo, dispõe Barroso (2012, p. 24):

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Continua o autor, explanando sobre o assunto:

No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2012, p. 24).

Descarte, o Judiciário passou a ser visto como defensor do Estado Democrático de Direito implicando na proteção dos direitos fundamentais.

Pode-se sustentar que além das causas gerais e em especial no que tange ao direito à saúde, a omissão estatal é a principal causa de judicialização da saúde no Brasil.

Vale lembrar que o acesso à justiça, podendo ser individual ou coletivo, tem como objeto um ato político. Portanto, a prestação de saúde seja por meio de fornecimento de um medicamento ou tratamento são atos que trazem vasta responsabilidade de igual conteúdo. Sobre a questão, leciona Di Pietro (2001, p. 617):

Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se ele é individual ou coletivo; além disso, previu, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para a defesa dos direitos e interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos.

Assim sendo, quem necessitar de medicamento ou outra ação de saúde que esteja sendo negligenciada pelo Estado poderá ingressar individualmente, por meio da Defensoria Pública ou advogado perante o Judiciário para ver garantido o seu direito.

Sob a ótica coletiva, o Ministério Público, a própria Defensoria Pública e as associações poderão ingressar com a ação civil pública para forçar o Poder Executivo a efetivar o direito à saúde.

Volta-se a dizer que com a judicialização da saúde verifica-se uma grande preocupação tanto do Judiciário como do Executivo em relação à questão orçamentária.

Assim sendo, quanto mais ações e, conseqüentemente, decisões judiciais

contra o Estado determinando o fornecimento de medicamentos maior será o comprometimento do orçamento.

O que se quer defender neste trabalho é que o gestor público, deva se antecipar à judicialização. Logo, as questões de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde devem ser resolvidas já no âmbito administrativo.

Uma das alegações mais usadas pelo Estado, quando questionado com os problemas relacionadas ao direito à saúde, diz respeito a falta de recursos orçamentários, relacionando com a teoria da reserva do possível, conforme explicitado acima.

De acordo com Scaff (2010, p. 25-26) existe na Economia o chamado “Limite de Orçamento” e que “[...] deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”.

Foi ratificado em 18/07/1972 pelo Tribunal Constitucional Alemão. No julgamento BVERFGE 33, 303, a Suprema Corte Alemã, ao decidir sobre a constitucionalidade da reserva de vagas feita pela Universidade da Baviera. Entendeu o julgador que a reserva do possível se encontrava no sentido de que o indivíduo pode exigir este direito da coletividade. (SCAFF, 2010, p. 26)

Considerando a decisão acima mencionada é possível afirmar que a reserva do possível além de ser uma restrição orçamentária tem igualmente como hipótese a efetividade de alguma prestação possível por parte de um indivíduo perante a coletividade.

Com isso, um direito social apenas seria efetivado pelo Estado se houvesse recursos orçamentários permitidos para esta finalidade, bem como se essa prestação fosse razoável do ponto de vista da coletividade entendendo que não se efetivaria um direito social a partir do aproveitamento individual.

Ao analisarmos o art. 165, § 8º e art. 167, I, da CF, no que se refere ao orçamento, pode-se concluir que a reserva do possível de fato possui um firme aspecto jurídico. Percebe-se que o texto constitucional veda a realização de despesas não previstas previamente no orçamento, que é anual, gerando os fatos e receitas que o Estado terá durante um exercício financeiro.

Obviamente, não adianta a CF assegurar os direitos fundamentais se o Estado não oferecer recursos financeiros para garantir esses direitos. No Brasil, não há como realizar o direito à saúde se não disponibilizar recursos financeiros, muito embora o seu problema não seja diretamente a falta de recursos, mas sim a desenfreada

corrupção que se está vivenciando no país.

Há, na doutrina brasileira vozes, como Brito Filho (2008a, p. 85), que se levantam contra a defesa da reserva do possível e das limitações orçamentárias quando se trata de direitos sociais. Defende que para que seja efetiva a realização dos direitos fundamentais sociais, não se deve admitir nenhuma limitação de ordem financeira ou orçamentária.

Entende Brito Filho (2008a, p. 85) que, em relação a este assunto, os argumentos são “falsos, por duas razões”: primeiro, “[...] é essa a razão mais singela, porque a questão dos recursos não é exatamente da sua limitação, que até existe, mas sim diz respeito à forma com que são aplicados”.

Desenvolve, ainda, que os recursos financeiros sempre existiram e em significativa quantidade tendo em vista que o Estado costuma bater sucessivos recordes de arrecadação, muito embora não signifique com isso, que invista em áreas prioritárias como a saúde, educação, segurança pública, entre outras (BRITO FILHO, 2008a, p. 85).

Apresenta uma razão jurídica que entende mais importante, de conteúdo econômico: “[...] o texto constitucional elenca, de forma clara e expressa, quais são as prioridades do Estado em relação ao bem-estar da população, dispondo-as na forma de Direitos Fundamentais, que são de aplicação imediata”. (BRITO FILHO, 2008a, p. 85) e, dispõe ainda:

O Estado, mesmo a prevalecer à ideia da escassez de receita, está obrigado a utilizar os recursos, de forma prioritária, no atendimento dos Direitos Fundamentais, entre eles os sociais.

A não ser assim, ou seja, em não sendo utilizados os recursos disponíveis para a concessão dos Direitos Fundamentais, estará o Estado como de fato está deturpando a razão de sua própria existência, agindo como ente divorciado da sociedade e, assim, como se fosse um fim em si mesmo.

[...] caso seja necessário elevar a contribuição da coletividade – o que não me parece que esteja demonstrado – que seja feito. O que não pode ocorrer é a utilização de um argumento econômico para vedar o que é definido pela Constituição como imprescindível. (BRITO FILHO, 2008a, p. 85).

Não há como discordar do entendimento acima transcrito quando se defende que o orçamento somente seria válido se previsse a realização dos direitos fundamentais sociais.

Neste segmento, vê-se que a reserva do possível não pode ser concebida para negar a realização dos direitos fundamentais sociais, pois caso contrário estaria ferindo a Constituição que afirma que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade

imediate e direta, nos termos do artigo 5º, §1º.

Faz-se necessário também, analisar após a teoria da reserva do possível, a teoria do mínimo existencial, que igualmente se relaciona aos direitos sociais e vem sendo utilizada de forma recorrente como fundamento das decisões judiciais.

Garantir o mínimo de um direito social é fazer com que o Estado forneça o básico para que uma pessoa possa viver com excelência. Afinal, não se pode ignorar que a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, III, da CF é o embasamento da validade de todos os direitos fundamentais, principalmente, os de caráter social.

Torres (1990, p. 69), conceitua o mínimo existencial como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. Continua na definição:

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico. Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos.

[...] Outras vezes o mínimo existencial está implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre iniciativa, etc., abrangendo qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.) considerado em sua dimensão essencial e inalienável. (TORRES, 1990, p. 69)

No entanto, este entendimento não se coaduna com a essência deste trabalho, pois entende-se que os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma ampla e irrestrita e não para apenas uma parcela deste direito, principalmente quando relacionando com o direito à saúde.

A Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA, 2016, p. 6) expôs os motivos e os fatos que induzem à judicialização da saúde (com os quais se concorda):

1 FALTA DE SUBSÍDIO. Hoje, os brasileiros contam apenas com o próprio salário para compra de medicamento. Em 75% das vendas de medicamentos, o brasileiro paga do próprio bolso, sem qualquer subsídio, fazendo com que metade deles não consiga concluir o tratamento de que precisa.

2 CRISE ECONÔMICA. As dificuldades financeiras, o crescimento do desemprego e a queda na renda família, decorrentes da crise econômica que o País enfrenta, têm contribuído para aumentar as barreiras de acesso.

3 ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO. Os idosos já representam 12% dos 201 milhões de brasileiros e, com a expectativa de vida subindo para 71

anos no caso dos homens e 78 para mulheres, esse percentual continuará aumentando nos próximos anos. Essa mudança torna uma série de doenças mais frequentes, como câncer, hipertensão, diabetes e problemas neurológicos. Tais doenças requerem tratamentos complexos e ou contínuos, o que eleva as despesas com saúde.

4 ORÇAMENTO DA SAÚDE. O novo perfil demográfico brasileiro implica em tratamentos contínuos ou na compra de drogas modernas e de alto custo. Contudo, o orçamento da saúde sofreu dois cortes que totalizaram mais de R\$ 13 bilhões em 2015 e, em 2016, o orçamento sofreu uma redução de R\$ 24 bilhões, se considerada a proposta original baseada em 2015 corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do período. O Governo justifica que está sem dinheiro para incorporar novas drogas ao Sistema único de Saúde (SUS).

5 INCORPORAÇÃO. Por falta de recursos, o SUS não incorpora a maioria dos medicamentos mais modernos, dando preferência às tecnologias mais antigas. Nos últimos três anos, até julho de 2015, o governo havia barrado 56,3% dos 199 pedidos de incorporação que recebera. Outros 66 pedidos ainda estavam em fase de análise. Dos 80 medicamentos incorporados, a maioria (45) é formada por terapias disponíveis no mercado há mais de 15 anos. Já os remédios lançados mais recentemente, com até cinco anos de mercado, tiveram uma incorporação bem menor, de apenas 13 produtos.

6 ATRASOS E PROBLEMAS DE LOGÍSTICA. Mesmo os medicamentos incorporados ao SUS e que, portanto, deveriam estar à disposição dos brasileiros, acabam às vezes em falta nos postos de saúde e hospitais públicos. A causa disso é atribuída a problemas de logística, mas com o agravamento da crise econômica no País, todas as esferas do governo começaram a reduzir o volume de medicamentos comprados ou a postergar a compra, particularmente os estados que estão atrasando os pagamentos aos fornecedores.

Para alcançar este objetivo, realizou um estudo em São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, em função da representatividade nacional destes Estados, para retratar a gravidade do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, por meio dessa amostra. (INTERFARMA, 2016, p. 8)

Cerca de 15 mil ações foram analisadas, uma a uma, para identificar o que realmente poderia ser configurado como judicialização da saúde, excluindo-se processos que, apesar de relacionados à saúde, não envolvessem diretamente a demanda por produtos e serviços em saúde, como acidentes de trânsito. Mesmo com esse recorte, o estudo levou seis meses para ser concluído e chegar aos resultados. (INTERFARMA, 2016, p. 8)

Para se fazer a comparação, apesar dos dados colhidos terem sido no ano de 2015, pôde-se levantar o total de ações judiciais em São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que somadas totalizaram 75.587 processos. Relacionando apenas determinados meses, foram localizadas 14.978 ações e, dessas, 6.930 se enquadram como judicialização da saúde. Após essa seleção foi

possível constatar que São Paulo foi responsável pelo maior número de ações e, também, o maior percentual de judicialização da saúde (60%) entre o total de ações selecionadas nos meses pesquisados. (INTERFARMA, 2016, p. 9)

Mais recentemente, o programa de direito sanitário da Fiocruz (FIOCRUZ, 2018) fez um retrato nacional onde coletou dados de 8.500 processos de 2012 a 2017 junto aos Tribunais de todo país. Contudo, no total foram 12.620 processos pesquisados, sendo que a maioria de dados foi na região Sudeste e maior parte de casos de pacientes do SUS. No entanto, não se pode saber se a pessoa deu entrada no sistema de saúde apenas para entrar com o processo judicial ou se nunca foi atendida na rede privada.

Verificou-se ainda, que nas regiões Sul e Sudeste a maior parte das ações é realizada por escritórios e advogados particulares e nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, grande parte dos pedidos é para realização de exames por meio de defensores públicos. (FIOCRUZ, 2018)

Os principais argumentos das judicializações são relacionadas ao risco de morte e a falta de recursos financeiros. Em mais de 80% dos processos (8 a cada 10), o pedido é concedido automaticamente. (FIOCRUZ, 2018)

São Paulo, em janeiro de 2018, teve 51 mil ações judiciais e mais de 35 mil demandas administrativas. Para melhor cuidar de relevantes informações, está sendo utilizado um sistema específico para a coleta de dados, o S-Codes. Com base no sistema, os gestores puderam criar um índice paulista de judicialização, que representa o número de ações judiciais a cada 10 mil habitantes. (FIOCRUZ, 2018)

A média de processos no estado é de 3,3 nas regiões que são consideradas polos de conhecimento e atendimento à saúde, como por exemplo, Ribeirão Preto, Barretos e Marília. (FIOCRUZ, 2018)

Importante mostrar uma análise das ações nas principais cidades do Estado de São Paulo, divulgada pela Secretaria de Estado da Saúde do Governo Paulista (Quadro 1):

**Quadro 1 - Ações por 10 mil habitantes**

<b>DRS</b>	<b>Número de ações por 10 mil habitantes</b>
<b>Grande São Paulo</b>	0,99
UD 02 – Araçatuba	6,97
UD 03 – Araraquara	9,57
UD 04 - Baixada Santista	1,45
UD 05 – Barretos	30,01
UD 06 – Bauru	8,17
UD 07 – Campinas	1,91
UD 08 – Franca	13,92
UD 09 – Marília	14,26
UD 10 – Piracicaba	2,02
UD 11 – Presidente Prudente	11,92
UD 12 – Registro	0,32
UD 13 – Ribeirão Preto	19,08
UD 14 – São João da Boa Vista	6,30
UD 15 – São José do Rio Preto	14,31
UD 16 – Sorocaba	3,25
UD 17 – Taubaté	2,00

Fonte: SÃO PAULO (2018c)

A Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo apresentou também, no início de 2018, um perfil da judicialização em São Paulo por meio de pesquisa nacional, a saber: (FIOCRUZ, 2018)

- a) 58% das ações judiciais vem de prescrição de médico particular;
- b) 65% é referente a medicamentos;
- c) 78% deles não são padronizados no SUS;

- d) 2% são produtos importados sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);
- e) 22% das ações, se pede uma marca comercial específica do medicamento.

No Rio Grande do Sul as ações judiciais vinham em um crescimento até o ano de 2016. Segundo os dados fornecidos pelo Comitê da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS) houve uma redução de 17% nos gastos com a judicialização individual, especialmente com remédios, em comparação ao ano de 2016, pois em relação a 2017 e 2018, Rio Grande do Sul ainda não forneceu os dados. (CIEGLINKI, 2017)

Esta diminuição se deu pela integração dos setores envolvidos (médicos, defensores públicos, advogados, juízes e poder público) que começaram a trabalhar em conjunto e focaram determinados pontos que trouxeram os resultados positivos.

#### **4.4 A judicialização da saúde e o Poder Executivo**

Nos últimos anos, a quantidade de fornecimento de medicamentos imposto por decisões judiciais vem aumentando, principalmente no que se relaciona a processos movidos por pacientes para obrigar o Estado a fornecer fármacos e tratamentos que ainda não são oferecidos pelo SUS ou ainda os medicamentos que ainda não foram registrados no país.

Importante lembrar que, de acordo com o relatório Justiça em Números disponibilizada pelo CNJ, tramitavam 1.346.931 demandas judiciais em 2017 de natureza diversa envolvendo o direito à saúde até 31.12.2016. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões, isso segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS) (SARLET, 2018).

Em contrapartida se as ações importam em uma verba expressiva do orçamento do Estado para atender os pleitos, de outro modo podem significar o único meio para salvar ou prolongar a vida de pacientes, especialmente de pessoas com doenças raras ou crônicas.

Apesar de todas estas considerações a primeira parte a ser considerada pelo questionamento de Direito e Políticas Públicas, é a visão do Poder Executivo.

No sistema presidencialista o Executivo é encarregado tanto pelo comando da política do governo como pelo gerenciamento da máquina administrativa, que dá força e efetivação às políticas públicas.

Toda decisão proclamada pelo Estado, por meio de seus agentes públicos, seja de forma colegiada ou individual é juridicamente significativa em um Estado Democrático de Direito. As decisões estatais no que tange à saúde são realizadas pelos agentes públicos do Estado no exercício de suas funções legais com a finalidade de proteção e incentivo ao direito à saúde e pode respeitar decisões legislativas, administrativas ou judiciárias do Estado.

As decisões estatais administrativas referentes à saúde deparam-se ao estudo do Direito Administrativo relativo aos atos que podem ser tidos como

Manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir ou declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 1990, p. 131).

Em se tratando de atos administrativos as decisões estatais precisam obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia, bem como observar o princípio básico de supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

No que se refere as decisões estatais associada à saúde, encontram-se diversas espécies de acordo com a finalidade a que se propõe. Podem ser atos normativos como portarias, resoluções e decretos, quando compreenderem uma ordem geral do Executivo direcionada ao cumprimento; atos ordinatórios que destinam disciplinar o funcionamento da Administração e atuação de seus agentes como ordens de serviço, ofícios, portarias e despachos; atos negociais quando há relação da declaração de vontade do Poder Público com o anseio do particular com o objetivo de consumir negócios jurídicos públicos ou conferir direitos ou vantagens ao envolvido tal como licença, permissão, autorização, homologação, etc.; atos enunciativos que comentam ou enunciam determinados estado de coisas compreendendo atestados, certidões, pareceres; atos punitivos que contém uma penalidade exigida pela Administração Pública àqueles que desrespeitam disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos tal qual multa, apreensão, interdição e destruição de coisas.

Na seara da saúde pública brasileira e na efetivação de seu direito notadamente aos atos normativos, a atividade de regulamentação normativa do Poder Executivo exerce um papel principal.

O segundo elemento importante a se verificar do ponto de vista do Direito e políticas Públicas é o problema da escala dos programas de ação governamental.

Uma parcela da apreensão relacionada à intensidade das ações judiciais pleiteando direitos ligados à saúde vincula-se ao fato de que o Poder Público (União, Estado e Municípios) ocupa em geral o polo passivo das demandas sendo responsável, constitucionalmente, pela elaboração e efetivação dos programas que assegurem o direito à saúde da coletividade.

Necessário que sejam utilizadas condutas de políticas públicas partindo de práticas metodológicas apontadas na ciência política, gestão pública e econômica, verificando a intensidade do problema, sua dimensão, experiências similares, entre outras.

O desrespeito a esse aspecto esclarece a complexidade da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, levando-se em conta a peculiaridade individualista dos instrumentos do processo judicial, onde a forma se desenvolveu com suporte na teoria jurídica liberal dos direitos dos indivíduos.

Indubitavelmente o Judiciário não pode fugir em ter que decidir sobre direitos em que é solicitado a julgar, mesmo que digam respeito às medidas de realização de políticas públicas. No entanto, enquanto não se reproduzir uma abordagem capaz de atender aos programas governamentais, levando em consideração a coexistência de outros direitos e interesses, é provável que o aumento da judicialização seja considerado mais como um transtorno do que como evolução na proteção dos direitos sociais.

Por outro lado, o Poder Executivo possui no sistema constitucional brasileiro, a ação privativa de projetos que implique em responsabilização orçamentária ou a estruturação de serviços públicos com a contratação de pessoal com recursos públicos CF, art. 61, § 1º, II, a, b e c).

A complexidade é saber realmente onde e como aplicar essas regras que organizam as políticas públicas.

No caso da política pública de assistência farmacêutica, um ponto interessante e significativo no que diz respeito ao crescimento da judicialização, está atrelado ao fato de que o necessitado da medicação em geral procura anteriormente os serviços

estaduais ou municipais ligados à saúde, os quais não dispõem do apoio da União para o custeio desse atendimento.

Avaliando a questão da política pública deve-se refletir que além da reiteração do uso da máquina pública no apelo à via judicial para o alcance ao sistema de saúde, a grande concessão de tutela de urgência produz uma outra repetição que concentra nos mecanismos de recurso que a Fazenda Pública deve dispor.

Quando dirige o problema da judicialização da saúde direcionada ao olhar do poder Executivo e das políticas públicas verifica-se que os obstáculos da concretização do direito à saúde são potencializados por alguns fatores institucionais como ao alto grau de descentralização política e administrativa que estabelece a própria organização do SUS, bem como das políticas públicas de saúde no Brasil.

#### **4.5 A questão específica da distribuição dos medicamentos**

Entre 2011 e 2016 o Governo do Estado de São Paulo investiu R\$ 8,3 bilhões na distribuição de medicamentos gratuitos para manter o maior sistema de assistência farmacêutica gratuita do Brasil. A distribuição acontece de duas formas: pelo Programa Dose Certa e pelo fornecimento de medicamentos de alto custo, de uso contínuo. Nos anos de 2011/2016, o número de pacientes que recebem medicamentos de alto custo cresceu 37,7%. (SÃO PAULO, 2018a)

É possível que a análise mais habitual em relação à distribuição de medicamentos na visão do Poder Público seja a financeira pautada sob a denominação de “reserva do possível”. Os recursos públicos seriam exíguos para atender às necessidades sociais impondo ao Estado sempre escolhas difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.

No contexto da análise econômica do direito costuma-se contestar que o benefício amealhado pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria conseguido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico.

O Observatório de Análise Política em Saúde (OAPS) ao realizar uma auditoria devido ao fenômeno complexo da judicialização da saúde, embora não tenha

examinado processos judiciais relativos à saúde suplementar, aponta que se por um lado muitas ações estão relacionadas a itens que deveriam ser disponibilizados regularmente pelo SUS o controle administrativo do Ministério da Saúde (MS) e boa parte das secretarias de Saúde é insuficiente (OBSERVATÓRIO, 2018).

Destaca ainda que a revisão da RENAME, em 2017, resultou na ampliação do rol de medicamentos a ser ofertado pelo SUS em 25%. A partir de 2018 a lista inclui 1.098 medicamentos. Os pesquisadores do eixo acreditam que a medida pode reduzir a quantidade de solicitações judiciais uma vez que muitos dos novos medicamentos têm uma demanda judicial elevada, caso das insulinas análogas, que estão entre os medicamentos mais judicializados do país. O relatório afirma também a incorporação ao SUS do trastuzumabe (para o tratamento do câncer de mama HER2-positivo metastático): (OBSERVATÓRIO, 2018 e CREPALDI; MORAES, 2018):

**Figura 1 - Dez medicamentos mais pedidos nas ações julgados**

DEZ MEDICAMENTOS MAIS PEDIDOS NAS AÇÕES JULGADAS			
2014		2018	
MEDICAMENTO	Número de casos	MEDICAMENTO	Número de casos
Insulina Glargina (refil) (diabetes)	3.766	Insulina Glargina (refil) (diabetes)	6.349
Insulina Lispro (refil) (diabetes)	1.861	Insulina Lispro (refil) (diabetes)	3.620
Insulina Asparte (refil) (diabetes)	1.729	Ranibizumabe (deficiência visual)	2.696
Ranibizumabe (deficiência visual)	1.722	Insulina Asparte (refil) (diabetes)	2.662
Clopidogrel (trombose arterial)	1.595	Clopidogrel (trombose arterial)	2.383
Insulina Lispro (frasco) (diabetes)	949	Insulina Lispro (frasco) (diabetes)	1.713
Insulina Glargina (frasco) (diabetes)	937	Insulina Glargina (frasco) (diabetes)	1.537
Omeprazol (úlcera)	922	Rivaroxabana (trombo-embolismo venoso – TEV)	1.519
Cloridrato de cinacalcete (hiperparatiroidismo)	844	Ácido Acetilsalicílico (gripes, resfriados e infecções)	1.470
Ácido Acetilsalicílico (gripes, resfriados e infecções)	842	Omeprazol (úlcera)	1.413

Fonte: CREPALDI; MORAES, 2018 (extraído de SCODES-Secretaria de Estado da Saúde de SP. Extraído em 31/12/2014 e 10/5/2018.

#### **4.6 O Poder Judiciário em relação à saúde e o fornecimento gratuito de medicamentos**

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento uma norma jurídica fruto da deliberação democrática.

Assim sendo, se uma política pública ou qualquer decisão nessa matéria é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.

O primeiro ponto que parece importante elaborar é o que envolve a atuação do Judiciário no âmbito de ações individuais com intuito de efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos.

De acordo com Crepaldi e Moraes (2018), a maioria das ações da área de saúde que chega à Seção de Direito Público como pedidos de tratamentos, medicamentos e ressarcimento por procedimentos que não são oferecidos pelo SUS é julgada favoravelmente ao indivíduo, como observado na edição de agosto de 2018 do Anuário da Justiça de São Paulo. Sem conhecimento técnico para avaliar a existência de tratamentos mais baratos ou que estejam na lista do SUS e tenham o mesmo efeito, na maioria das vezes, os juízes preferem não contrariar o laudo do médico da parte. Os desembargadores entendem também que, como o direito à saúde está previsto nos arts. 196 e 197 da CF, não pode ser negado.

Normalmente a defesa do Estado argumenta restrições orçamentárias; conflitos de interesses individual e coletivo; ofensa à lei de responsabilidade fiscal; não padronização da medicação no sistema de saúde; e até mesmo possibilidade de cometerem crime de descaminho. (CREPALDI; MORAES, 2018)

Presume-se que o Legislativo e o Executivo ao elaborarem as listas, avaliaram em primeiro lugar as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, apreciaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

A decisão judicial que determina a liberação de medicamento que não consta das listas do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, enfrenta um conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

Foi nesta linha que entendeu a Ministra Ellen Gracie na SS 3073/RN, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Salientou que o Governo Estadual do Rio Grande do Norte não estava declinando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde.

Esta mesma orientação preponderou no STJ, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos que não constavam na referida lista. De acordo com o Ministro Nilson Naves, em decisão na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 59/SC, publicado no DJe em 2 fev. 2014: “[...] havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos”

Preliminarmente, não poderia haver intervenção ainda mais minuciosa do Judiciário na distribuição de medicamentos que estivessem fora da lista.

A modificação das listas pode ser agente de discussão no âmbito de ações coletivas.

Um dos fundamentos para a alteração das listas, surge do pressuposto de que os Poderes Públicos, ao comporem as listas de medicamentos a serem recusados, fizeram uma avaliação adequada das principais necessidades, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, no entanto, não é absoluta ou inteiramente oposta a reavaliação judicial. Apesar de não dever ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe, com certeza, impedir abusos.

Por este prisma o Judiciário poderá reexaminar a lista elaborada por um ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de um medicamento específico.

O que recomenda, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produza efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais tratem sobre a licitude de aplicações orçamentárias.

O número de ações que o CNJ publicou no Relatório Justiça em Números 2017 ano-base 2016 e os resultados, de forma geral, mostram que as ações judiciais

continuam progredindo e a judicialização da saúde segue o mesmo ritmo:

**Quadro 2 - Relatório Justiça em Números 2017**

<b>Relatório Justiça em Números 2017</b>	
<b>Tipos de processos</b>	<b>Quantidade de processos</b>
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	103.907
Fornecimento de medicamentos – SUS	312.147
Tratamento médico-hospitalar – SUS	98.579
Tratamento Médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – SUS	214.947
Assistência à Saúde	28.097
Ressarcimento ao SUS	3.489
Reajuste da tabela do SUS	2.439
Convênio médico com o SUS	1.037
Repasse de verbas do SUS	786
Terceirização do SUS	676
Planos de saúde (direito do consumidor)	427.267
Serviços hospitalares – Consumidor	23.725
Planos de saúde (benefício trabalhista)	56.105
Doação e transplante órgãos/tecidos	597
Saúde mental	4.612
Controle social e Conselhos de saúde	2.008
Hospitais e outras unidades de saúde	8.774
Erro médico	57.739
<b>TOTAL</b>	<b>1.346.931</b>

Fonte: elaboração própria com base em SANTOS (2017) e BRASIL (2016)

Os dados do relatório de 2017, do ano-base 2016, da judicialização da saúde (SANTOS, 2017) mostra que número total processos obteve o significativo aumento de 49% em relação às estatísticas dos mesmos tipos de processos divulgados no relatório de 2016 (ano-base 2015), conforme o Quadro 3:

**Quadro 3 - Comparativo: Justiça em Números 2016 x 2017**

	<b>Relatório Justiça em Números 2016</b>	<b>Relatório Justiça em Números 2017</b>	
<b>Tipos de processos</b>	<b>Ano base 2015</b>	<b>Ano base 2016</b>	<b>Aumento (%)</b>
Controle social e Conselhos de saúde	1.468	2.008	37%
Convênio médico com o SUS	737	1.037	41%
Doação e transplante órgãos/tecidos	491	597	22%
Erro médico	38.810	57.739	49%
Fornecimento de medicamentos	200.090	312.147	56%
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642	8.774	56%
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611	56.105	53%
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449	427.267	46%
Saúde mental	3.001	4.612	54%
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856	214.947	42%
Tratamento médico-hospitalar	60.696	98.579	62%
<b>TOTAL</b>	<b>792.851</b>	<b>1.183.812</b>	<b>49%</b>

Fonte: Santos (2017).

Nota-se que os principais pontos de alerta da judicialização da saúde são os processos relacionados ao tratamento médico-hospitalar e fornecimento de medicamentos.

O contexto atual é complexo e demanda urgência na resolução do problema da judicialização da saúde. Políticas públicas precisam ser revistas e o diálogo e conciliação entre Governo, Poder Judiciário e sociedade precisam ser estabelecidos para encontrar uma solução sustentável para o sistema de saúde brasileiro.

A participação social que vem acontecendo, mostra que o aumento da oferta de medicamentos e tratamentos tem motivado a criação e envolvimento de diversas entidades e associações formadas por familiares e portadores de doenças raras no debate sobre a judicialização.

Em outubro de 2017 representantes do Movimento Minha Vida Não Tem Preço que pleiteia o fornecimento pelo Estado de medicamentos de alto custo não ofertados pelo SUS, incluindo alguns não registrados pela Anvisa entregou um dossiê sobre o grupo e um documento com mais de 511 mil assinaturas de apoio à causa da então Presidente do STF, Cármen Lucia. O movimento solicita a retomada do julgamento dos Recursos Extraordinários. (BRASIL, 2017)

Em dezembro de 2017 atendendo à reivindicação de associações, o STF realizou uma audiência pública sobre processos relativos à saúde, que contou com a participação de trinta e duas entidades, além de juízes, representantes de operadoras de planos de saúde, de laboratórios farmacêuticos, da Defensoria Pública, do Ministério Público, médicos e pacientes com diagnóstico de doenças raras. (OBSERVATÓRIO, 2018)

#### **4.7 Direito à saúde e os meios processuais para a sua efetividade**

Os meios processuais que podem ser utilizados pelo paciente que pleiteia a assistência fármaco-terapêutica perante o Poder Judiciário são diversos.

Regularmente são utilizados a ação civil pública disciplinada pela Lei nº 7.347/85, o mandado de segurança e as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar.

A ação civil pública cujos legitimados para sua propositura se encontram no art. 5º alterado pela Lei nº 11.448/07 é destinada à tutela de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos. Trata-se de instrumento de proteção coletiva de direitos

com a finalidade de representar um grupo de pessoas ora indeterminado, ora determinado ou determinável.

No entanto, é comum que o parquet e/ou o defensor público pleiteie interesse de um único paciente ou de um grupo determinado e restrito. É claro que não se questiona da legitimidade destes para representar em juízo um único paciente que pleiteie assistência farmacêutica do Estado. Questiona-se, no entanto, o adequado manejo da ação coletiva nestes casos.

Neste segmento, sustenta Silva (2018, p.47):

[...] a ação civil pública, reitera-se, é instrumento de tutela coletiva, regulado pelo microsistema normativo de processo coletivo brasileiro, composto, em especial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Possui peculiaridades procedimentais, incompatíveis com a tutela individual, daí a impropriedade de sua aplicação indistintamente. Por outro lado, quando manejada com observância da proporcionalidade, preservando o equilíbrio entre as regras e princípios que informam nosso ordenamento, a ação civil pública afigura-se como eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, beneficiando segmentos sociais hipossuficientes e estimulando a atuação estatal.

A coletivização da demanda individual na área da saúde permitiria enfrentar com maior propriedade e profundidade a deficiente listagem oficial do SUS, os impactos orçamentários, entre outros assuntos recorrentes.

O mandado de segurança deve ser concedido “[...] para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. (art. 5º, LXIX, da CF)

Acerca do direito líquido e certo, ensina Lenza (2007, p. 757):

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano, através de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de sua impetração. Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo o direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para cabimento do writ.

O direito à saúde está estreitamente ligado ao direito à vida, que consubstancia norma de aplicabilidade instantânea.

Nesta conjuntura vem se dispensando ao direito à assistência farmacêutica o caráter de direito líquido e certo.

Acontece que não é possível conferir à prescrição médica o caráter absoluto que se vem atribuindo ao direito à assistência medicamentosa. Isso devido à necessidade de vasta produção de prova e que nem sempre o pedido médico apresenta a adequação, a observância às peculiaridades do caso concreto e à legislação pertinente.

Ademais, a negativa de fornecimento de medicamento normalmente está amparada por atos infralegais ou pela legislação infraconstitucional. Exemplo disso é a negativa de fornecimento de medicamento a pacientes que não são atendidos pelo SUS ou a recusa de medicamentos que não possuem registro na ANVISA.

Importante ressaltar que ao se tratar de mandado de segurança não se pode esquecer das regras de foro por prerrogativa de função. Nas comarcas onde há vara da fazenda pública a ação deve ser a ela dirigida; nas demais, a ação tramita perante vara cível comum. As ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar são ações comuns, disciplinadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A competência, seja qual for o mecanismo processual adotado, será da Justiça Estadual quando a ação for promovida em face da Fazenda Estadual e/ou da Fazenda Municipal ou em face de ato de autoridade estadual e/ou municipal. Quando a União figurar no polo passivo quer isoladamente ou solidariamente aos demais entes a competência para apreciar o feito será da Justiça Federal.

No que diz respeito ao Juizado para julgar demandas que versem sobre direito difuso o artigo 3º, §1º, I exclui expressamente da competência do Juizado Especial a propositura de ações que versem sobre direito ou interesses difusos, como é o caso do direito à saúde.

Entretanto, entendeu o STJ, no Conflito de Competência 83.676/MG, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 22 de agosto de 2007, que a exceção à competência dos Juizados Especiais Federais refere-se apenas às ações coletivas que visam tutelar direitos individuais homogêneos e não às ações propostas individualmente pelos próprios titulares. Não há impedimento para a propositura de ação pelo Ministério Público ou Defensoria pois: “[...] a intenção do legislador federal foi de excluir da competência dos Juizados Especiais a defesa coletiva do direito à saúde, e não a defesa individual”.

Importante citar, ainda, do STJ, o Recurso Especial (REsp) 1.068.731/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin (DJe 08/03/2012); o Recurso Especial (REsp) 947.324/RJ, de relatoria do Ministro Castro Meira (18/04/2008). E, do STF, o Agravo

Regimental no Agravo de Instrumento (AI AgR) 809018/SC, de relatoria do Ministro Dias Toffoli (DJE 10/10/2000) e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) 599529/RS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (DJe 1º/7/2011).

No que diz respeito à legitimidade ativa para propor ações perante os Juizados Especiais Federais é importante ressaltar que não consta o Ministério Público no rol de legitimados do art. 6º. Contudo, o STJ manifestou, no Recurso Especial (REsp) 1.409.706/MG (de relatoria do Ministro Herman Benjamin), julgado em novembro de 2013, que não há empecilho para que os Juizados Especiais procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de pessoa determinada.

A tese do STJ constitui um importante progresso para a efetivação do direito fundamental à saúde.

Figuram no polo passo das demandas para o fornecimento de medicamentos a União, o Estado e o Município de forma solidária. Neste diapasão, o STJ, em decisão do Ministro Mauro Campbell Marques no Agravo em Recurso Especial (AREsp) 1.122.260/CE, em 2017:

[...] a jurisprudência autorizada aponta no sentido de que a União, o Estado e o Município ostentam legitimidade passiva *ad causam* para figurar no feito que se discute a matéria envolvendo fornecimento de medicamentos, realizações de cirurgias, exames e/ou tratamento de alto custo haja vista a solidariedade que emerge da exata dicção do art. 196 da Carta Cidadã. Entendimento exarado pelo STF em sede de repercussão geral no RE 855178/RG.

#### **4.8 A judicialização da saúde e o acesso a remédios na visão dos Tribunais Superiores**

A função do Poder Judiciário em um Estado Constitucional Democrático é o de analisar as leis resguardando direitos e possibilitando o respeito ao ordenamento jurídico, principalmente a CF.

Deve-se pautar na ponderação no conflito entre normas necessitando fazer opções fundamentadas.

A questão atinente à saúde é de extrema importância não só por tratar-se diretamente da vida, mas também por respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e atendimento do mínimo existencial. O Judiciário deve agir sempre que não

houver ação Administrativa.

Sempre bom lembrar que de acordo com o relatório Justiça em Números de 2017, do CNJ, em 2016 tramitavam 1.346.931 demandas judiciais de natureza diversa envolvendo o direito à saúde até 31.12.2016. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões, isso segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS). O número de condenações do Estado de SP, por exemplo, quase dobrou nos só nos anos de 2010 a 2015 (foi de 9.385 em 2010 para 18.045 no ano de 2015). (OBSERVATÓRIO, 2018)

Importante destacar os critérios adotados por juízes e tribunais, em especial o STJ e o STF, com o propósito de legitimar o deferimento ou não dos pedidos que lhes são lançados.

Segundo Sarlet (2018):

[...] a primeira Seção do STJ, em 25.4.18, ao realizar o julgamento de recurso repetitivo, estabelecendo requisitos (critérios) para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS), entendeu que o Poder Judiciário poderá determinar ao poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

1. Seja comprovado pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido;
2. A demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
3. Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

A decisão do STJ, Recurso Especial (REsp 1657156/RJ) por sua vez, deve ser posta num contexto mais amplo. No STF, pelo menos desde o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada, (STA) 59/SC, pelo Ministro Nilson Naves (DJe 2/2/2004), não apenas já vinham sendo estabelecidos alguns critérios, como já foi reconhecida a Repercussão Geral da matéria, designadamente nos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (RE-GE) números 566.471/RN e 657.718/MG, cujo julgamento, contudo, ainda não foi encerrado, colhidos apenas os votos do relator e de alguns ministros.

No RE-GE 566.471/RN, o relator Ministro Marco Aurélio discute a obrigação do Estado no sentido de dispensar medicamento de alto custo não incluído na Política

Nacional de Medicamentos a portador de doença grave carente de recursos financeiros para a sua aquisição no mercado. Já no RE-GE 657.718/MG, de mesmo relator, o que está em questão é a possibilidade de se obrigar, mediante ação judicial, o poder público a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Em um primeiro entendimento, o Ministro dispôs que o Estado só deve ser obrigado a pagar um medicamento de alto custo que não estiver na lista de remédios fornecidos gratuitamente pelo SUS se o medicamento for registrado na Anvisa; se não for possível substituir por outro previsto na lista; e se a família comprovar que não pode arcar com os custos. Em 28 de setembro de 2016, o Ministro Marco Aurélio fez uma adaptação no voto a fim de incluir remédios não registrados na ANVISA que não sejam fabricados no Brasil. Em seu entendimento, se houver laudo médico que considere o remédio indispensável para a manutenção da saúde do paciente o Estado deve ser obrigado a fornecer.

Entretanto, o Ministro Roberto Barroso em seu voto-vista embasou ser necessário para a concessão pela via judiciária do medicamento pleiteado a observância cumulativa de cinco requisitos: a) a comprovação da incapacidade financeira de o autor da demanda arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na assim chamada medicina baseada em evidências; e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

O Ministro Roberto Barroso propôs ainda a obediência de um pressuposto de natureza procedimental, qual seja, a necessidade de promoção de um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e os entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, como é o caso câmaras e dos núcleos de apoio técnico em saúde dos próprios Tribunais, bem como dos profissionais do SUS e os técnicos da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC).

O que se depreende com a Repercussão Geral em que se discute a obrigação do Estado de dispensar medicamento não registrado na ANVISA, é o fato do Ministro Marco Aurélio, relator, depois de na primeira sessão do julgamento ter votado pelo desprovimento do recurso ter alterado seu entendimento sustentando que o Poder Público apenas pode ser obrigado a fornecer medicamento registrado, salvo, em caso

excepcional, quando se tratar de medicamento passível de importação e inexistente similar nacional desde que comprovado ser o fármaco indispensável à preservação da saúde da pessoa e que tenha sido registrado junto aos órgãos competentes no país de origem.

De acordo com o Ministro Roberto Barroso a regra geral deve ser a de que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamento não registrado na Anvisa que atua precisamente na avaliação e certificação da segurança e eficácia dos medicamentos produzidos e/ou comercializados no Brasil. Assim, ainda de acordo com ele, a exemplo do que já se decidiu no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA AgR) 175/CE (DJe 30/4/2010), em se tratando de medicamentos ainda em fase de pesquisas e testes o Estado não pode ser judicialmente obrigado ao seu fornecimento, sem prejuízo de sua dispensação no âmbito dos respectivos programas de testes clínicos, indispensáveis precisamente para a sua posterior certificação e registro.

Além disso, cuidando-se dos assim chamados medicamentos novos (v. novamente a STA 175/CE), ou seja, daqueles fármacos já devidamente testados, mas ainda não registrados na Anvisa é possível em caráter excepcional ao Poder Judiciário compelir o poder público à sua dispensação. Contudo, apenas no caso de demora não razoável no que diz com a apreciação do pedido de registro e ainda assim observados, em caráter cumulativo, os seguintes critérios: a) pedido de registro do medicamento no Brasil; b) registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; e c) inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA.

Note-se que aqui também o ministro Roberto Barroso acrescentou um requisito de natureza processual ao indicar que as demandas por falta de registro do medicamento na Anvisa devam ser propostas em face da União.

O Ministro Edson Fachin por sua vez também enfatizou ser em regra inviável obrigar o Estado a fornecer medicamento e mesmo outros procedimentos não reconhecidos e certificados pela ANVISA, salvo quando demonstrado em juízo o descumprimento dos controles fixados para a política regulatória.

Pelo o exposto até agora, é permitido apostar que tanto no caso da decisão do STJ (RMS 6564/RS) quanto em relação aos votos já proferidos no STF (no RE-GE 566.471/RN e RE-GE 657.718/MG), está se realizando o aprimoramento dos fundamentos para justificar a imposição pela via judicial ao poder público de prestações de saúde em matéria de medicamentos.

Percebe-se que para se ter procedimentos mais seguros e práticos deverá o Poder Executivo adequar o planejamento e elaboração e de melhores ajustes no sistema de saúde.

#### 4.9 A trajetória da jurisprudência brasileira no direito à saúde

No Brasil, a polêmica referente ao direito à saúde possui um curso muito árduo, entendendo-se, a princípio, tratar-se de norma programática, ou seja, norma constitucional em que o constituinte não a regula diretamente e apenas se limita em delinear os princípios a serem seguidos pelos órgãos legislativos, executivos, judiciários e administrativos, sem ponderação alguma no que tange ao seu alcance objetivo, tampouco reflete a respeito do mínimo existencial e sua natureza individual.

As primeiras decisões judiciais sobre o tema refletem esta alegação, como é o caso do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, publicado em 17 de junho de 1996:

[...] Normas constitucionais meramente programáticas – *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia não conferem aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação – pela via do *mandamus* – eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *múnus* de completa-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena”, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe “ todos têm direito e o Estado o dever” – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, “na verdade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes”.  
No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas [...].

A modificação interpretativa no Judiciário inicia a partir do surgimento de ações específicas de pacientes com doenças típicas como HIV (vírus da imunodeficiência humana), MPS ( mucopolissacaridose, um grupo de distúrbios metabólicos herdados em que mucopolissacarídeo, um carboidrato complexo, desenvolve-se em tecidos do corpo de forma não metabolizada e perigosa devido à falta de atividade de uma enzima específica, que ocasiona deficiências neurológicas, cardiovasculares e

respiratórias, aumento do fígado e do baço e perda de audição).

No decênio de 1990 as demandas individuais e sequencialmente, as coletivas, para obtenção de medicamentos imprescindíveis ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) abarrotaram o Judiciário forçando a ponderação entre a exigibilidade do direito à saúde e sua extensão.

O que se nota é que durante este percurso os precedentes reconheceram o poder do cidadão em exigir do Estado a prestação positiva que normalmente não se baseava apenas no direito à saúde, mas além, ao direito à vida com dignidade.

Neste caso concreto da AIDS com o crescimento das demandas em torno da doença, acabou por motivar a edição de normas específicas, como exemplo, a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996.

Vale lembrar que mesmo após o surgimento de lei específica muitos pacientes não encontravam suporte suficiente nas ações governamentais que atendessem as terapias protocolares da doença.

Neste sentido a atuação do Judiciário fora decisiva embora com a existência de lei infraconstitucional e, conseqüentemente, exigível do Estado o cumprimento da obrigação.

À vista do exemplo, afirma Andrade (2011, p. 12):

[...] não basta existir norma infraconstitucional que regule os direitos insculpidos na Constituição e denominados “programáticos”, é preciso vontade política para concretizá-los e, quando da inércia dos demais poderes, o Judiciário é último *front* para a plena concretização dos direitos prestacionais e, pelo que verificamos, em nome da dignidade da pessoa humana e calcada nos direitos de fraternidade, há uma efetiva concretização de tais direitos.

Como último *front* ao tratamento ideal da síndrome o Ministro Marco Aurélio, na primeira decisão colegiada proferida pela Segunda Turma do STF no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AgR AI) 238328/RS, em 16 de novembro de 1999, inscreveu:

SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

Nesta mesma linha, após os precedentes do Ministro Marco Aurélio (RE

195192, julgado em 22 de fevereiro de 2000) e do Ministro Maurício Correa (RE 259508/RS, julgado em 8 de agosto de 2000), o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) 271286/RS, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12 de setembro de 2000, abordou vários aspectos que norteiam a questão do direito constitucional à saúde e o possível enfrentamento com outros princípios previstos na Constituição Federal:

**PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular- e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - **que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro** - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.- **A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.** Precedentes do STF. Trata-se de recurso extraordinário, que, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, busca reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local (fls. 233/242), consubstanciada em acórdão que reconheceu incumbir, a essa unidade federada, com fundamento no art. 196 da Constituição da República, a obrigação de fornecer, gratuitamente, aos ora recorridos, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, eis que se cuida de pacientes destituídos de recursos financeiros e portadores do vírus HIV. Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. É que essa postulação - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta os ora recorridos (que são portadores da síndrome de imunodeficiência adquirida) - impediria, se aceita, que os pacientes, pessoas destituídas de qualquer capacidade financeira, merecessem o tratamento inadiável a que têm direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito**

recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. A legislação gaúcha – consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 –, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. **O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.** Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivização dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele**

**integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.** Todas essas considerações – que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local – levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria (RE 236.200-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 247.900-RS, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO -RE 264.269-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.):"ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido."(RE 242.859-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – grifei)" PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. – A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 232.335-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei)" AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA

CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF). – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República." (RE 271.286-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando os precedentes mencionados, não conheço do presente recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 02 de agosto de 2000. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

Observe-se que o sensato julgado ao reconhecer o direito subjetivo do paciente soropositivo ao tratamento de sua doença, proferiu sua decisão em um cenário de desrespeito às políticas públicas já instituídas para esta temática, momento em que se debate o descumprimento parcial do dever do Estado ou até mesmo de um cumprimento discriminatório de uma obrigação positiva.

Assim sendo, verificando-se uma política pública vigente em todo território nacional não se permite o descumprimento por parte do município ou Estado sob pena de se judicializar a matéria.

Não obstante o entendimento de que o direito à saúde é considerado subjetivo concreto e com isso exigível do Estado, passou a ser costumeiramente utilizado como indicador para a solução de casos imensamente difíceis nos quais além de não haver políticas públicas preexistentes presume-se de forma equivocada a colisão entre o direito fundamental à saúde, as questões de ordem orçamentária, obviamente de inferior importância quando sopesadas com o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana do doente.

Com o intuito de reconduzir a real ponderação a ser feita nas ações individuais de saúde, notadamente as que reclamam medicamentos ou procedimentos ainda não oferecidos pelo sistema, Barroso (2018, p. 21) pontua:

Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização pondera o direito à vida e à saúde de uns

e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.

Por conseguinte, em vez de tratar o dispositivo constitucional (art. 196) relacionando à promoção, proteção e recuperação da saúde da população brasileira como um comprometimento do Estado a ser realizado ao máximo possível, o Judiciário passou a ocupar-se como causa definitiva, compreendendo como regra, a qual os fatos devem ser subsumidos. Com isso, perdeu-se de vista a importância do interesse coletivo, trazendo os conflitos referentes ao direito à saúde de forma individual.

#### **4.10 Resoluções do Conselho Nacional de Justiça para a redução da judicialização da saúde**

Receoso com a progressiva judicialização da saúde o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu possibilitar formas para facilitar o trabalho dos magistrados.

Na 18ª Sessão Virtual o plenário aprovou, por maioria, a Resolução nº 238 de 06/09/2016, que estabelece a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, bem como a especialização em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública. O ato normativo pretende dar existência real à Resolução 107/2010 do CNJ.

Dispondo de quatro artigos a resolução estipula os parâmetros para a formação dos comitês. Os colegiados devem ser compostos por magistrados de primeiro e segundo graus; gestores da área da saúde e demais participantes do sistema de saúde e de Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, advogados públicos ou um representante da Ordem dos Advogados do Brasil) além de dois integrantes do conselho estadual de saúde: um que represente os usuários do sistema público e, outro, os usuários do sistema suplementar de saúde.

Entre os benefícios dos comitês está a de auxiliar os Tribunais na formação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) compostos de profissionais da saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências.

Dando continuidade às informações buscadas no CNJ, os magistrados serão indicados pela presidência dos tribunais, de preferência entre aqueles que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar ou que tenham destacado

saber jurídico na área. Às cortes, caberá ainda a elaboração de sítio eletrônico que permita acesso ao banco de dados, que será criado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos magistrados e demais operadores do direito.

Os Tribunais Estaduais e Federais nas comarcas ou seções judiciárias onde houver mais de uma Vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma delas em matéria de saúde pública. O mesmo deve ser seguido nas cortes que contam com mais de uma Câmara de Direito Público.

Em meados de outubro de 2018 os temas ligados a regulação, a judicialização e o futuro da saúde privada no Brasil, foram os destaques no evento realizado no STJ, promovido em parceria com o CNJ e a ANS, intitulado A saúde suplementar na visão do STJ, que reuniu autoridades do Poder Judiciário e do Poder Executivo para debater o tema. (CIEGLINKI, 2018).

Na discussão sobre a Regulação da Saúde Suplementar, o ministro do STJ Moura Ribeiro apresentou estatísticas sobre o crescimento das demandas relativas à saúde na corte. De janeiro a setembro do ano de 2018, o Tribunal recebeu 10.012 processos e julgou 9.289. (CIEGLINKI, 2018).

O uso de métodos alternativos na solução de conflitos entre usuários e operadoras de saúde foi apresentado pelo ministro do STJ, Marco Aurélio Buzzi, como uma das saídas para reduzir o número de processos que chegam anualmente ao Poder Judiciário. (CIEGLINKI, 2018).

O Diretor da Agência Nacional de Saúde Suplementar Rogério Escarabel apresentou dados e falou sobre os desafios enfrentados na regulação do setor. “Gostaria de reafirmar a necessidade de um trabalho conjunto e de mais diálogo entre todos os participantes e também junto ao CNJ na construção de um equilíbrio do setor e, assim, evitar todas essas distorções que acontecem hoje”, disse. Atualmente, há 780 operadoras de planos de saúde no Brasil. Apenas em 2017, elas financiaram a realização de 270 milhões de consultas e 816 milhões de exames suplementares. (CIEGLINKI, 2018).

No encerramento do seminário, o conselheiro Arnaldo Hossepian salientou a satisfação em saber da consagração do trabalho produzido pelo Fórum:

O CNJ quer a judicialização qualificada daquilo que está fora do Sistema Único de Saúde. Aquilo que o poder público não entrega, se não for possível uma solução de maneira negociada, infelizmente o Poder Judiciário é que vai

dar a última palavra”, afirmou (CIEGLINKI, 2018).

Algumas iniciativas do Judiciário, bem como do próprio governo voltadas para refrear os avanços dos processos judiciais na saúde foram implementadas. O Ministério da Saúde instituiu o Núcleo de Judicialização por meio da Portaria nº 2.566 de 04 de outubro de 2017, com o objetivo de organizar e promover o atendimento das demandas judiciais referentes ao Ministério relacionadas à aquisição de medicamentos, insumos, material médico-hospitalar e a contratação de serviços.

A Comissão Intergestores Tripartite (CIT), do Ministério da Saúde, que articula gestores da saúde dos âmbitos federal, estadual e municipal, publicou uma resolução voltada para o Sistema S-Codes em julho de 2017 (Resolução nº 20). O sistema de informações que gerencia as demandas judiciais e solicitações administrativas relativas às prestações de saúde foi implantado pelo governo do Estado de São Paulo e será disponibilizado à União. Segundo o relatório do eixo, o S-Codes possibilita o cruzamento de informações promovendo o uso racional dos recursos e ajudando na detecção de fraudes.

O governo de São Paulo, onde a Secretaria de Saúde tem exercido maior controle sobre as ações judiciais relacionadas a sua atuação lançou o Programa ACESSA SUS em fevereiro de 2017, pactuado entre o TJ-SP, a Secretaria Estadual da Saúde, o Ministério Público e a Defensoria Pública, pretende resolver demandas relacionadas às solicitações de medicamentos antes dos autores recorrerem à justiça. (SÃO PAULO, 2019)

O CNJ continua investindo na implementação de ferramentas técnicas que subsidiem as decisões dos magistrados sobre as ações de saúde que tramitam judicialmente. A partir de maio de 2017 laudos técnicos elaborados com base em evidências científicas passaram a amparar as deliberações e pareceres judiciais. Com a medida, os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS), vinculados aos tribunais, têm o prazo máximo de 72h para o envio das notas técnicas aos magistrados.

O CNJ também lançou em setembro de 2017 um edital para a contratação de instituições de ensino e pesquisa sem fins lucrativos para a realização de estudos que ajudem a aperfeiçoar as políticas públicas do Judiciário. (OBSERVATÓRIO, 2018)

#### **4.11 Propostas e soluções dos Comitês do Conselho Nacional de Justiça**

Um dos focos da atuação do Comitê Rio Grande do Sul foi a elaboração de uma cartilha de 140 páginas com sugestões, exigências e critérios mínimos para ingressar com ações pleiteando assistência à saúde como, por exemplo, um formulário unificado de justificativa médica para o tratamento pleiteado e um fluxograma de fornecimento de medicamentos. (FARIELLO, 2015)

De acordo com o juiz Martin Schulze, da 3ª Vara de Fazenda Pública de Porto Alegre, coordenador do comitê, a cartilha foi distribuída para todos os magistrados de primeiro grau, por meio de um treinamento feito pelo comitê, e, como resultado, eles mudaram a postura diante das demandas de saúde. Também foi feito um trabalho interinstitucional com a realização de workshops nas cidades com grande número de ações do tipo, abertos à população e às entidades envolvidas nos processos. O Comitê gaúcho constatou que a maior parte das ações era ajuizada pela defensoria pública e realizou uma parceria com o órgão, no sentido de incentivar a resolução pré-processual. De acordo com ele, 80% das demandas de saúde que chegam à defensoria conseguem ser resolvidas por meio do encaminhamento do pedido ao próprio sistema de saúde. (FARIELLO, 2015)

O TJSP criou o Núcleo de Apoio Técnico e de Mediação (NAT) para analisar os pedidos de concessão de liminares para fornecimento de medicamentos e tratamentos na rede privada, propor soluções amigáveis aos autores da ação e oferecer aos magistrados informações técnicas da área de saúde. (VITAL, 2018 e SÃO PAULO, 2018b)

No Rio de Janeiro foram criados: a Central de Atendimento à Demandas Judiciais (CADJ), que dá cumprimento às decisões judiciais; o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), que fornece subsídios técnicos para magistrados e defensores e a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde, que, em um ano de funcionamento, já evitou que 6 mil novas ações fossem judicializadas no Estado. (RIO DE JANEIRO, 2014)

#### **4.12 Prevenção e solução de conflitos em Saúde Pública**

O SUS passou por muitos progressos desde sua criação, no entanto, ainda enfrenta grandes obstáculos. Dificuldades na proposta de atenção integral à saúde

podem ter contribuído para a utilização da via judicial para o acesso a medicamentos.

Essas dificuldades persistentes explicariam em parte a tendência de parcela da população de recorrer à via judicial, utilizando-se do fenômeno da judicialização da saúde. Desta forma, uma visão do problema é que o Judiciário ao assegurar os direitos constitucionais estaria procurando corrigir estas deficiências. Um exemplo é o caso de dispensa de medicamentos para tratamento de Aids, em que a pressão de um grupo pequeno, por via judicial, levou ao desenvolvimento de política pública específica para acesso ao tratamento integral (TOMA; SOARES; SIQUEIRA; DOMINGUES, 2017, p. 37).

Evidente que a judicialização não deixará de ser realizada no Brasil, pelo menos em um reduzido espaço de tempo, tendo em vista a carência das áreas de saúde tanto privada como pública no país.

O volume crescente de demandas judiciais para obtenção de medicamentos levou ao desenvolvimento de várias iniciativas no Estado de São Paulo para lidar com o problema: Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS, Procuradoria Geral do Estado, atendimento administrativo da SES-SP, Projeto SUS do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Triagem Farmacêutica no Juizado Especial da Fazenda Pública, Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde, Comissão de Farmacologia.

As estratégias adotadas pelas instituições mencionadas ao longo dos anos foram: (TOMA; SOARES; SIQUEIRA; DOMINGUES, 2017, p. 39-43)

a) Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS

A Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (CODES), uma instância informal vinculada ao Gabinete do Secretário de Saúde da SES-SP, desenvolveu em 2005 uma ferramenta informatizada para apoio à gestão denominada Sistema de Controle Jurídico. Esse sistema foi aprimorado em 2009 para apoiar também as áreas responsáveis pela aquisição e dispensa de medicamentos e materiais. O novo sistema, S-CODES, foi implantado em todo o estado em 2010, permitindo o cadastramento das demandas judiciais de todos os Departamentos Regionais de Saúde (DRS).

b) Procuradoria Geral do Estado

As ações judiciais no Estado de São Paulo tomaram forma e proporção para o setor judiciário quando a Procuradora Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval analisou os processos que compunham a sua banca na Procuradoria Judicial entre os anos de 2001 e 2008. O resultado foi extremamente relevante, visto que se constatou que as ações judiciais de saúde contra o Estado cresceram expressivamente, ano a ano, passando de 17%, em 2001, para 85% de todas as ações ao final da análise. A partir desse ponto, era mais do que necessário adotar uma atitude para tentar controlar a situação. Pensando neste enfrentamento, a Procuradoria Geral do Estado (PGE) criou pela primeira vez, em 2007, uma área especializada em saúde pública, a 8ª

Subprocuradoria da Procuradoria Judicial (PJ8). Como competência, a PJ8 trabalha com ações que tenham como objeto o fornecimento de medicamentos pelo Estado, bem como as demandas que digam respeito às políticas públicas na área da saúde. A partir de então foi estabelecida uma parceria entre a PGE e a SES-SP que trouxe grandes avanços em resposta ao fenômeno da judicialização. O projeto “Uma parceria inovadora para fazer frente ao fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde – a otimização da gestão pública” recebeu o Prêmio Mário Covas de 2008, na categoria Inovação em Gestão Pública. Em 2009 o Procurador Geral do Estado, considerando a necessidade de uma coordenação para esse trabalho complexo e bastante técnico, instituiu a Coordenadoria Judicial de Saúde Pública (COJUSP) no âmbito da PJ8. Dentre suas diversas atribuições incluíse a orientação e apoio técnico aos Procuradores do Estado, a fim de harmonizar as condutas e institucionalizar canais de comunicação, sempre visando a aproximação do órgão jurídico e de saúde do estado.

c) Atendimento administrativo

Em 2009 a SES-SP lançou uma via de solicitação de medicamentos, chamada de atendimento administrativo. Após uma triagem, na impossibilidade de solucionar o problema do paciente demandante por meio de sua reinserção no SUS ou oferta de alternativas terapêuticas, uma equipe multidisciplinar da SES-SP avalia a solicitação do médico e emite, quando apropriado, uma autorização para fornecimento excepcional. A solicitação é feita por meio de uma série de documentos tais como documento de identificação do paciente, relatório, receita médica e formulário específico. No atendimento administrativo o gestor pode padronizar os itens dispensados, o que contribui para o poder de negociação na compra dos itens e sua entrega. Outro passo importante tomado pela SES-SP foi com relação ao fornecimento de medicamentos oncológicos, comprovadamente considerados imprescindíveis, no Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) e Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON). Apesar do avanço nos últimos anos na incorporação de alguns desses medicamentos pela Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), o Estado de São Paulo ainda cobre parte dos não incorporados.

d) Projeto SUS do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Em resposta à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça n.º 31, que “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”, em 2012 foi assinado o Termo de Cooperação Técnica que celebrou um convênio entre Governo do Estado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e Escola Paulista de Magistratura (EPM). Dessa forma, iniciou-se o “Projeto SUS no TJSP”, que consiste na disponibilização de ferramentas de apoio e informações técnicas para subsidiar as decisões dos magistrados de maneira rápida e prática. No site da EPM foi disponibilizado um banco de dados de medicamentos e um canal direto com pesquisadores selecionados pela Secretaria de Estado da Saúde, que devem responder em até 72 horas.

e) Triagem Farmacêutica no Juizado Especial da Fazenda Pública

Em 2013 ainda em resposta à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça n.º 31, foi criada a Triagem Farmacêutica no Juizado Especial da Fazenda Pública (JEFAZ). O projeto JEFAZ premiado com menção honrosa do Instituto Inovare, tem como proposta fazer uma análise prévia do processo, por técnicos da SES-SP junto às varas dos juizados especiais da Fazenda Pública, a fim de identificar outros meios para o paciente, que não seja a judicialização. Quando pertinente são dadas orientações sobre os Programas Oficiais de Assistência Farmacêutica do SUS e seus Protocolos, a fim de reinserir o paciente no SUS, quando possível.

f) Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde

A Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde (REPATS), formada pelos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS) presentes em hospitais e instituições de ensino e assistência à saúde, funciona desde 2011 como uma rede de colaboração dentro do Estado de São Paulo. Aos NATS cabe articular um conjunto de ações de ATS, solucionando problemas e atendendo às suas demandas, fazendo uso de instrumentos consagrados como avaliações da eficácia, efetividade, eficiência e segurança das intervenções de diagnóstico, prevenção, tratamento, recuperação ou cuidados paliativos, e também a criação de diretrizes terapêuticas baseada em evidências, visando sempre o uso racional de tecnologias e principalmente a segurança do paciente.

A REPATS realiza reuniões mensais, em que são discutidas suas produções e temas de relevância para a área de ATS. Vista como uma forma de motivação para a rede se movimentar, compartilhar experiências e estabelecer parcerias, essas reuniões atualmente são transmitidas ao vivo e gravadas pela Unidade de Telemedicina do Instituto do Coração da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, via parceria da Rede Universitária de Telemedicina (RUTE). Outra iniciativa da REPATS com o objetivo de impulsionar a criação de novos NATS e fortalecer os já existentes, é a formação de capital humano por meio de oficinas de capacitação em ATS realizadas mensalmente.

g) Comissão de Farmacologia

O atendimento administrativo foi regulamentação em 2012, com a aprovação da estrutura e funcionamento da Comissão de Farmacologia da SES-SP, em consonância com a Política Nacional de Medicamentos, e com o objetivo de assessorar na formulação de diretrizes para seleção, padronização, prescrição, aquisição, distribuição, dispensação e seguimento farmacoterapêutico no âmbito do Sistema Único de Saúde do Estado de São Paulo. Desta forma, a solicitação de medicamento por protocolo clínico de tratamento de instituição pública de saúde passou a ser realizado de acordo com formulário específico de solicitação de medicamento, para posterior análise da comissão. A solicitação de medicamento por paciente em caráter de excepcionalidade pode ser realizada, desde que esgotadas todas as alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS e com base em forte nível de evidência científica para sua utilização.

Apesar de todo empenho acima mencionado a judicialização ainda é uma firme probabilidade. Com isso, é primordial considerar outras alternativas que propiciem a diminuição das demandas.

O diálogo entre a Administração Pública, juízes, defensores públicos, promotores, advogados, médicos, comitês, núcleos de apoio e demais agentes ligados à saúde e medicamentos se faz necessário para dar efetividade à redução da demanda e diminuição dos gastos para o Poder Público.

Deve-se ouvir os gestores (secretarias municipais, estaduais ou Ministério da Saúde) antes da apreciação da medida de urgência, bem como analisar com apoio técnico de instituições médicas e científicas, a possibilidade de haver disponível outra medicação capaz de produzir o mesmo efeito já disponível no sistema público, apreciando as questões clínicas.

No entanto, sabe-se que o debate das questões públicas ainda é insatisfatório no Brasil, até porque a estrutura da organização política não disponibiliza grandes espaços para a manifestação da cidadania ativa, apesar das previsões constitucionais para a participação direta da população.

Não obstante, a sociedade brasileira contemporânea tem como característica o individualismo o que praticamente inviabiliza um diálogo para trazer soluções mais satisfatórias.

No caso da saúde pública, bem como da saúde privada seguindo a orientação de Carlini (2014, p. 178) é que as Câmaras ou Núcleos Técnicos de Assessoria, disponham de médicos de várias especialidades clínicas diferentes para que questionem e verifiquem realmente a necessidade da utilização daquele medicamento ou tratamento e não simplesmente concordar com o posicionamento do colega de profissão.

Necessário ainda verificar se o medicamento ou procedimento completa outro ou substitui; quantas vezes o indivíduo fará uso do medicamento ou daquele tratamento, aprimorando a relação custo-benefício.

Importante ressaltar que todo esse questionamento precisa ser pautado com muita seriedade e ética para que possa realmente atender às necessidades dos cidadãos e não apenas pensando nos proveitos políticos.

No âmbito da saúde pública a mediação poderá ser um espaço a ser trabalhado pelos Conselhos Municipais de Saúde que poderão atuar de forma a representar os cidadãos junto ao Poder Público municipal, estadual ou federal, com a finalidade de auxiliar e coautoria com as soluções e implantações de políticas públicas a serem implantadas, fiscalizadas e avaliadas conjuntamente pela comunidade e pelo governo.

Infelizmente o Brasil ainda parece estar longe de se conseguir uma mudança significativa neste assunto (TOMA; SOARES; SIQUEIRA; DOMINGUES, 2017, p. 65):

O país, contudo, ainda carece de um debate público substancial no tocante ao significado e ao objeto do direito à saúde à luz dos novos avanços médicos. Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil (consolidando, de uma forma mais ampla, a farmacêuticalização da saúde), os vários braços do governo ainda precisam desenvolver avaliações sólidas da tecnologia em saúde. Somadas a isso, são necessárias medidas regulatórias mais audaciosas na fixação de preços de medicamentos, juntamente com reconsideração das responsabilidades dos planos de seguro saúde privados na cobertura de custos com medicamentos (que no momento não existe). Deve-se atentar também para os aspectos mais abrangentes do direito à saúde, incluindo intervenções infraestruturais e com respeito aos determinantes sociais da saúde, como educação, água potável, saneamento,

controle de vetores, poluição do ar e prevenção da violência. Enquanto isso, pacientes-cidadãos-consumidores, de difícil definição, valem-se da linguagem e da jurisprudência dos direitos humanos, e fazem com que os governos funcionem para eles, enquanto navegam os imprevistos do mercado e da sobrevivência.

Os sujeitos e as instituições que atuam na saúde pública, devem buscar uma real forma de garantir o direito humano à saúde e de cumprir as promessas de aumento do acesso a medicamentos e tratamentos lidando ao mesmo tempo, com os debates recorrentes sobre prevenção versus tratamento e as limitações dos sistemas de cuidado.

Enquanto não sedimentar este entendimento e estruturar as políticas públicas, a judicialização da saúde continuará a ser de fato uma infraestrutura paralela para atender aos anseios e necessidades dos cidadãos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise deste trabalho demonstrou que a judicialização da saúde merece consideração especial de todos os setores da sociedade, dado que seu incomensurável crescimento tem trazido graves consequências para o desequilíbrio orçamentário do país.

A saúde é, indubitavelmente, um direito fundamental alicerçado no princípio da dignidade humana. No entanto, encontram-se problemas estruturais na execução do direito, sendo este talvez o principal fator que desencadeia a expansão do movimento.

Há necessidade de um equilíbrio entre a consecução do direito individual e as políticas públicas previstas para que o orçamento público não seja sobrecarregado e torne inviável a atuação do Estado.

Permanece o entendimento da necessidade do acesso a medicamentos especiais e outros tratamentos de alto custo abraçando-se sem restrições a tese do direito à saúde como um direito subjetivo público em favor de qualquer cidadão em face ao Estado.

Assim sendo, relacionando com o objeto principal da pesquisa, qualquer cidadão pode promover uma ação individual visando obter medicamento especial, ainda que não fornecido gratuitamente pela Rede Pública de Saúde. No nível infraconstitucional, o SUS (Sistema Único de Saúde) foi ordenado pela Lei Federal 8.080 de setembro de 1990. O art. 2º, *caput*, desta lei, prevê que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Como se pode depreender, o Estado tem o dever de assegurar efetivamente o Direito à Saúde a todos os cidadãos como corolário da própria garantia do direito à vida. A Constituição Federal, em seus dispositivos, garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

A divisão de tarefas entre os entes governamentais e a organização do Sistema Único de Saúde não pode obstaculizar o direito do indivíduo ao acesso aos medicamentos e tratamentos indispensáveis.

A precariedade do sistema público de saúde, associada ao insuficiente fornecimento de remédios gratuitos para todas as camadas sociais, ocasionou o surgimento do fenômeno da judicialização da saúde.

Sendo o direito à saúde intrínseco ao direito à vida, torna-se inimaginável a

recusa do fornecimento gratuito de remédios ou tratamentos, particularmente, a pacientes que se encontram em estado grave e, muitas vezes, sem condições financeiras de custear as despesas decorrentes de sua doença.

É certo que o Direito à Saúde deve ser compreendido de forma ampla, não podendo se restringir apenas aos casos de risco de vida ou de grave lesão à saúde física ou mental, havendo necessidade de alcançar e assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar àquele que necessita.

Os entes públicos criticam veementemente a judicialização da saúde especialmente sob a alegação de que essa interferência do Judiciário irá acarretar a inoperância do sistema público de saúde, haja vista os representativos gastos financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde.

No entanto, a judicialização da saúde ainda representa uma alternativa eficaz para conter as omissões do Estado. Afinal, o direito à vida, que consiste em um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser tutelado pelo Judiciário.

O simples fato de um medicamento ou tratamento médico encontrar-se fora do protocolo do SUS não é justificativa para a não concessão.

Como guardião dos direitos sociais dos cidadãos, tanto ao Ministério Público quanto a Defensoria Pública, deveriam averiguar se as medidas concernentes à saúde pública estão sendo cumpridas. O Poder Judiciário, após provocação, poderá intervir para garantir a efetivação dos direitos sociais, principalmente os que fazem parte do núcleo essencial, não havendo que se falar em violação dos princípios da reserva do possível e separação dos Poderes; devendo prevalecer sobre estes, o princípio do mínimo existencial, ou seja, a preservação da vida e a saúde do indivíduo.

Diante desses levantamentos realizados, a melhor solução é traçar um diálogo entre o Poder Público, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados, pacientes, médicos, instituições farmacêuticas, bem como a sociedade como um todo, a fim de contribuir com melhorias gradativas no SUS, assim como diminuir as demandas judiciais, podendo resolver tais questões no âmbito administrativo.

É necessário buscar um sistema público de saúde de qualidade para que futuramente a judicialização desta prerrogativa não seja mais necessária ou, ao menos, tão intensa.

É certo que o tema, em sua amplitude, não foi esgotado e sequer se teve a

pretensão de fornecer as soluções, tendo em vista a dificuldade que envolve o Direito à Saúde.

O que se nota é a imprescindibilidade de um novo modelo de atuação legislativa, executiva e judiciária, bem como implementação de políticas públicas eficientes com uma expansão no acesso a esse direito fundamental, principalmente, às pessoas hipossuficientes que necessitam a garantia dos medicamentos para que tenham uma vida com dignidade.

O contato com a realidade trazida por esta pesquisa cria um novo objetivo de envolvimento profissional com esta área.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Transparência institucional**. [2019] Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/index.php/aans/transparencia-institucional/2025-agenda-regulatoria2>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos de fraternidade como direitos fundamentais de terceira dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista Amicus Curiae**, Criciúma, v. 8, n. 8, p. 1-25, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA (INTERFARMA).

**Judicialização da saúde na prática: fatos e dados da realidade brasileira**.

Interfarma: São Paulo, 2016. Disponível em:

<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Audiência pública saúde**. 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/>

[arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf).

Acesso em: 2 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade

democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.23-32, 2012. Disponível em:

<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388.pdf>.

Acesso em: 20 nov. 2018.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. O princípio da reserva do possível

como aspecto econômico a ser observado na efetivação do direito à saúde. **Revista**

**Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3149, 14 fev. 2012. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/21072>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Resolução Normativa RN nº 323, de 3 de abril de 2013, dispõe sobre a instituição de unidade organizacional específica de ouvidoria pelas operadoras de planos privados de assistência saúde.

**DOU:** Brasília, DF, Seção I, p. 35, 4 abr. 2013. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&forma t=raw&id=MjQwNA==>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **DOU:** Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU:** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2016:** ano base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justicaemnumeros-20161.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. DJE/CNJ: Brasília, DF, n. 61, 7 abr. 2010, p. 9-10. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_107\\_06042010\\_1102012191858.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_1102012191858.pdf). Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2006. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. DJE/CNJ: Brasília, DF, n. 160, 9 set. 2016, p. 8-9. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_238\\_06092016\\_09092016173942.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_238_06092016_09092016173942.pdf). Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **DOU:** Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. **DOU:** Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; remaneja cargos em comissão e funções de confiança; altera os Decretos nº 6.061, de 15 de março de 2007, nº 2.181, de 20 de março de 1997, e nº 1.306, de 9 de novembro de 1994. **DOU:** Brasília, DF, 29 maio 2012.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7738.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7738.htm). Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 1.920, de 25 de julho de 1953. Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências. **DOU**: Rio de Janeiro, RJ, 29 jul. 1953. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L1920.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L1920.htm). Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **DOU**: Brasília, DF, 23 mar. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm). Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

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. **DOU**: Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm). Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **DOU**: Brasília, DF, 14 nov. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9313.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 jun. 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **DOU**: Brasília, DF, 4 jun. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 29 jan. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. **DOU**: Brasília, DF, 16 jan. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; [...]. **DOU**: Brasília, DF, 25 out. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm). Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**: Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.321/GM, de 5 de junho de 2007. Define os recursos para Estados e Distrito Federal, a título de co-financiamento, referentes à competência maio e junho de 2007, para aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação Excepcional da Tabela SIA/SUS. **DOFC**: Brasília, DF, Seção I, p. 65, 6 jun. 2007. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt1321\\_05\\_06\\_2007.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt1321_05_06_2007.html). Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.566/GM, de 4 de outubro de 2017. Institui Núcleo de Judicialização com a finalidade de organizar e promover o atendimento das demandas judiciais no âmbito do Ministério da Saúde. **DOU**: Brasília, DF, Seção I, p. 110, 5 out. 2017. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2566\\_05\\_10\\_2017.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2566_05_10_2017.html). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Aprova o componente de medicamentos de dispensação excepcional. **DOFC**: Brasília, DF, Seção I, p. 147, 30 out. 2006. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2577\\_27\\_10\\_2006\\_comp.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2577_27_10_2006_comp.html). Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916/GM, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **DOFC**: Brasília, DF, Seção I, p. 18, 10 nov. 1998. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html). Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 20, de 27 de julho de 2017. Dispõe sobre a internalização do Sistema S-Codes e a cooperação entre entes na gestão dos impactos da judicialização da saúde, a partir da definição de diretrizes e estratégias comuns de atuação para a organização de fluxos, informações e procedimentos. **DOU**: Brasília, DF, Seção I, p. 58, 28 jul. 2017. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2017/res0020\\_28\\_07\\_2017.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2017/res0020_28_07_2017.html). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Agravo Regimental na (AG Reg) na Petição (PET) 1996/SP. Suspensão de tutela antecipada (deferimento). Agravo regimental. (cabimento). Competência do Superior Tribunal. Lesão à saúde e à ordem públicas (art. 4º da Lei nº 8.437/92). Agravo improvido. Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: Min. Nilson Naves, 3 mar. 2004, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, 5 abr. 2014, p. 185. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=458174&num\\_registro=200201263649&data=20040405&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=458174&num_registro=200201263649&data=20040405&formato=PDF). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). Agravo em Recurso Especial (AREsp) 1122260/CE. Processual civil. Agravo em Recurso Especial. Fornecimento de medicamentos. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ. Acórdão fundado em interpretação eminentemente constitucional. Impossibilidade de análise em sede de recurso especial. Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial. Agravante: Antonio Luzitelma Sousa Gomes. Agravada: União. Min. Mauro Campbell Marques. 1º ago. 2017, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, 4 ago. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74738025&num\\_registro=201701553855&data=20170804](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74738025&num_registro=201701553855&data=20170804). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 59/SC. A União requer, com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/92, a suspensão da tutela antecipada concedida pelo Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Santa Catarina nos autos da Ação Civil Pública nº 2002.72.02.004552-1 e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos do Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.055409-6. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Min. Nilson Naves, 30 dez. 2013, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, 2 fev. 2004. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=1066555&num\\_registro=200302323823&data=20040202&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=1066555&num_registro=200302323823&data=20040202&formato=PDF). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Conflito de Competência (CC) 83676/MG. Conflito de competência. Juízo Federal de Juizado Especial e Juízo Federal de Juizado Comum. Competência do STJ para apreciar o conflito. Juizado Especial Federal. Competência. Critérios. Sustação de cobrança de assinatura básica mensal para utilização de serviço de telefonia e repetição de valores pagos a tal título. Ação de procedimento comum. Direitos individuais homogêneos. Ações individuais propostas pelo próprio titular do Direito. Competência dos Juizados. Autor: Sandra Regina dos Santos. Réus: Telemar Norte Leste S/A e outros. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 22 ago. 2007, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, 10 set. 2007, p. 179. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=714187&num\\_registro=200700860099&data=20070910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=714187&num_registro=200700860099&data=20070910&formato=PDF). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 6564/RS. Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Inexistência. Direito líquido e certo para a concessão de segurança, e aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio. [...]. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, 23 maio 1996. **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, 17 jun. 1996, p. 21448. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500687828&dt\\_publicacao=17-06-1996&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17-06-1996&cod_tipo_documento=). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial (REsp) 947324/RJ. Processual civil. Ação civil pública. Melhoria de atendimento no Hospital Municipal Souza Aguiar. Obrigação de fazer. Prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ. Art. 1º da Lei nº 7.347/85. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Castro Meira, 19 fev. 2008, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, 18 abr. 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=727773&num\\_registro=200700975169&data=20080418&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=727773&num_registro=200700975169&data=20080418&formato=PDF). Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial (REsp) 1068731/RS. Administrativo. Direito à saúde. Direito subjetivo. Prioridade. Controle judicial de políticas públicas. Escassez de recursos. Decisão política. Reserva do possível. Mínimo existencial. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Herman Benjamin, 17 fev. 2011, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, 8 mar. 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038100&num\\_registro=200801379303&data=20120308&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038100&num_registro=200801379303&data=20120308&formato=PDF). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial (REsp) 1409706/MG. Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação de fornecimento de medicamentos/ tratamento médico. Direito difuso, defendido individualmente. Competência dos Juizados Especiais Federais. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberaba. Relator: Min. Herman Benjamin, 7 nov. 2013, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, 21 nov. 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1261783&num\\_registro=201302685218&data=20131121&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1261783&num_registro=201302685218&data=20131121&formato=PDF). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF recebe movimento pelo acesso a medicamentos de alto custo**. 23 out. 2017. STF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359768>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Suspensão de Segurança (SS) 3073/RN. O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Relatora do Mandado de Segurança do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Ellen Gracie, 9 fev. 2007, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 21, 14 fev. 2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%283073%2ENUME%2E+OU+3073%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7stahyv>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AI AgR) 809018/SC. Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Dias Toffoli, 25 set. 2012, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, n. 199, 10 out. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) 599529/RS. Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual civil e constitucional. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 14 jun. 2011, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, n. 125, 1º jul. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624856>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AgR AI) 238328/RS. Competência. Agravo de instrumento. Trânsito do extraordinário. A teor do disposto no § 2º do artigo 544 do Código de Processo Civil, cabe ao relator proferir decisão em agravo de instrumento interposto com a finalidade de alcançar o processamento do extraordinário. O crivo do Colegiado ocorre uma vez acionada a norma do artigo 545, também do Código de Processo Civil, no que previsto agravo inominado contra a decisão prolatada. Saúde – Promoção – Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos

indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Fernando Becker. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 nov. 1999, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 59, 18 fev. 2000. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) 259508/RS. Agravo regimental em recurso extraordinário. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Lei estadual nº 9.908/93. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre na comissão intergestores bipartite. Inobservância das cláusulas pactuadas entre as partes. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Patrício Palácio de Souza. Relator: Min. Maurício Corrêa, 08 ago. 2000, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 137, 16 fev. 2001. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=351209>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) 271286/RS. Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello, 12 set. 2000, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 101, 24 nov. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE AgR) 410715/SP. Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator: Min. Celso de Mello, 22 nov. 2005, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 76, 3 fev. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 29 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE AgR) 685.230/MS. Paciente com *diabetes melitus*. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos de uso necessário, em favor de pessoa carente. Dever constitucional do Estado (CF. arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravante: Estado do Mato Grosso do

Sul. Agravado: Handel Correa de Campos. Relator: Min. Celso de Mello, 5 mar. 2013, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, n. 56, 25 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3542167>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário (RE) 195192/RS. Mandado de segurança. Adequação. Inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. Saúde. Aquisição e fornecimento de medicamentos. Doença rara. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Igor Koehler Moreira. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 fev. 2000, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 57, 31 mar. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA AgR) 175/CE. 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. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 mar. 2010, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, n. 76, p. 70, 30 abr. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança (MS) 22164/SP. Reforma agrária. Imóvel rural situado no Pantanal Mato-Grossense. Desapropriação-sanção (CF, art. 184). Possibilidade. Falta de notificação pessoal e prévia do proprietário rural quanto a realização de vistoria (Lei nº 8.629/93, art. 2º, § 2º). Ofensa ao postulado do *due processo of law* (CF, art. 5º, LIV). Nulidade radical da declaração expropriatória. Mandado de segurança deferido. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 30 out. 1995, **Diário de Justiça (DJ)**: Brasília, DF, p. 39206, 17 nov. 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE RG) 566471/RN. Saúde. Assistência. Medicamento de alto custo. Fornecimento. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 nov. 2007, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, n. 157, 7 dez. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE RG) 657718/MG. Saúde. Medicamento. Falta de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Ausência do direito assentada na origem. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Configuração. Possui repercussão geral a controversia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 nov. 2011, **Diário de Justiça Eletrônico (DJe)**: Brasília, DF, n. 51, 12 mar. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de saúde no Brasil. *In*: MOTA, Ana Elizabete; BRAVO, Maria Inês de Souza; Uchôa, Roberta; NOGUEIRA, Vera; MARSIGLIA, Regina; GOMES, Marlene (orgs.). **Serviço social e saúde: formação e trabalho profissional**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 88-110.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região**: suplemento Especial Comemorativo, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008a. Disponível em: [https://www.trt8.jus.br/sites/porta1/files/pdfs/revista/Revista\\_81\\_0.pdf](https://www.trt8.jus.br/sites/porta1/files/pdfs/revista/Revista_81_0.pdf). Acesso em: 27 abr. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento; PINTO, Márcio Alexandre da Silva. A Evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira. **Revista Horizonte Científico**, Uberlândia, v. 4, n. 2, p. 1-22, jan. 2010. Disponível em:

<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4402>. Acesso em: 27 abr. 2019.

CIEGLINKI, Thaís. Judicialização da saúde: diálogo e mudança de mentalidade são essenciais. 24 out. 2018. **CNJ**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87892-judicializacao-da-saude-dialogo-e-mudanca-de-mentalidade-sao-essenciais>. Acesso em: 5 nov. 2018.

CIEGLINKI, Thaís. Justiça gaúcha reduz gastos com demandas sobre saúde. 17 abr. 2017. **CNJ**, Brasília, 2017. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 29 abr. 2019.

COLLYER, Francisco Renato Silva. A liberdade na teoria de Robert Alexy e a colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 10 jan. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57857&seo=1>. Acesso em: 27 abr. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 20 dez. 2018.

DALLARI, Dalmo de A. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. **UNESCO**: Brasília, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DRUMMOND, Letícia Barbosa. **Controle judicial das políticas públicas e o princípio da reserva do possível**. 2008. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2008/Discentes/Controle%20Judicial.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2008/Discentes/Controle%20Judicial.pdf). Acesso em: 17 dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo, 2010.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Judicialização da saúde: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações com demandas de saúde**. 23 abr. 2015. CNJ: Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude>. Acesso em: 29 abr. 2019.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12359>. Acesso em: 27 abr. 2019.

FIOCRUZ Brasília. **Fiocruz Brasília apresenta panorama da judicialização da saúde no Brasil**. 25 jan. 2018. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.br/fiocruz-brasil-ia-apresenta-panorama-da-judicializacao-da-saude-no-brasil/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. 2004. Dissertação (Mestrado). Faculdades de Vitória – FDV, Vitória, 2004. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2018.

GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE. Judicialização na saúde: aumentam os gastos, número de processos e iniciativas para conter o fenômeno. **Observatório de análise política em saúde**: Salvador, 7 maio 2018. Disponível em: <https://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/e607ae373d8892945fedc9dc984355a5/>. Acesso em: 17 dez. 2018.

ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. **Revista da DPU**, 2007. Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf). Acesso em: 17 mar. 2010.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. 2014. Disponível em: <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAO REPUBLICA PORTUGUESA.ASPX>. Acesso em: 29 abr. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/1984. 11 abr. 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 29 abr. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Núcleo de assessoria técnica é considerado referência nacional por secretários estaduais e municipais do país**. 28 abr. 2014. TJRJ: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5162771>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito de Saúde**: Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Ltr, 1999.

SANTOS, Caroline Regina dos. Judicialização da saúde no Brasil em números. **IPOG**, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-saude-em-numeros/>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 167-204, jul./set. 2009a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção do direito à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In*: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (orgs.). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 1-35.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. A Efetivação dos direitos sociais no Brasil, garantias constitucionais de financiamento e judicialização. *In*: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coords.). **A Eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-42.

SILVA, Cristiane Maria da Costa; MENEGHIM, Marcelo de Castro; PEREIRA, Antonio Carlos; MIALHE, Fábio Luiz. Educação em saúde: uma reflexão histórica de suas práticas. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2539-2550, ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a28.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2018. Monografia (Especialização em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf). Acesso em: 21 nov. 2018.

SÃO PAULO (Estado). **Ações de Governo**. Saúde. Governo do Estado de São Paulo, [2018a]. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/acoes-governo/saude/>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SÃO PAULO (Estado). **SP cria núcleo técnico para auxiliar o Judiciário em demandas da Saúde**. 21 ago. 2018. Governo do Estado de São Paulo, 2018b. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/sp-cria-nucleo-tecnico-para-auxiliar-o-judiciario-em-demandas-da-saude/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado da Saúde. **SP cria ofensiva para combater a “judicialização” da saúde**. Governo do Estado de São Paulo, [2018c]. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/centro-de-referencia-e-treinamento-dstaidsp/homepage/destaques/sp-cria-ofensiva-para-combater-a-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SÃO PAULO (Município). **São Paulo firma adesão ao Programa Acessa SUS**. 18 fev. 2019. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/sao-paulo-firma-adesao-ao-programa-acessa-sus>. Acesso em: 29 abr. 2019.

TOMA, Tereza Setsuko; SOARES, Amanda Cristiane; SIQUEIRA, Paula Sue Fecundo de; DOMINGUES, Robert. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no Estado de São Paulo. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-54, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v6i1.359>. Acesso em: 21 jun. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 42, 1990.

VITAL, Danilo. TJ-SP inaugura núcleo de embasamento técnico em processos da saúde. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-16/tj-sp-inaugura-nucleo-embasamento-tecnico-processos-saude>. Acesso em: 29 abr. 2019.