

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DA
DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

MESTRANDO: JOSÉ CARLOS ALVES DO NASCIMENTO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

MARINGÁ 2021

JOSÉ CARLOS ALVES DO NASCIMENTO

**O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DA
DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar –
UNICESUMAR, como requisito à obtenção do
título de Mestre em Ciências Jurídicas

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Menengoti
Gonçalves Ribeiro

MARINGÁ 2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244d Nascimento, José Carlos Alves do.

O direito à saúde no Brasil: uma análise da ineficiência do Estado na prestação dos serviços públicos de saúde e da desjudicialização como forma de efetivação dos direitos da personalidade / José Carlos Alves do Nascimento. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.

165 f. ; 30 cm.

Orientadora Profa. Dra. Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Direitos à saúde. 2. Direitos da personalidade. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Judicialização. 5. Desjudicialização. I. Título.

CDD – 344.8104

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JOSÉ CARLOS ALVES DO NASCIMENTO

**O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DA
DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar – UNICESUMAR, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas com a orientação da Profa. Dra. Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: _____
Profa. Dra. Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro
(UNICESUMAR)

Membro interno: _____
Profa. Dra. Juliana Marteli Fais Feriato
(UNICESUMAR)

Membro externo: _____
Prof. Dr. Valter do Carmo Moura
(UNIMAR)

Maringá, 25 de janeiro de 2021.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Rosângela e ao meu filho Carlos Vinicius, pelo companheirismo, paciência, apoio incondicional e por acreditarem nos meus sonhos, fazendo dos meus sonhos, os deles também.

Aos meus pais, José Basilio (*in memoriam*) e Almerinda, por terem me dado a vida e me ensinado os primeiros passos tão importantes para chegar ao final desta longa caminhada.

Aos meus irmãos, pelo apoio e palavras de incentivo que renovaram a cada dia as minhas forças e esperanças por dias melhores, em especial a minha irmã caçula Josy, que, com sua garra e força, me mostrou que é possível superar os obstáculos da vida; minha fonte de inspiração,

À minha orientadora, Profa. Dra. Daniela, pelo apoio incondicional de todas as horas e em todas as ocasiões, pela paciência e dedicação ao trabalho acadêmico, a qual, com extrema sabedoria na sua orientação, me possibilitou chegar a este momento de conclusão de curso;

Aos amigos que fiz no mestrado. Isso mesmo, contrariando todas as expectativas, fiz amigos no mestrado, os quais fizeram a caminhada mais curta e leve, e que passo a nominar, não pela ordem de importância, mas pelo tamanho do amor que sinto por eles: Lucas Martins, Luis Borri, João Lucas, Cristian Tenório, Joelson Bolotti, Daniel Zuin e Marcelo Dantas; sem o apoio de vocês, o caminho até aqui, com certeza, teria sido mais difícil e doloroso.

Àqueles que participaram direta e indiretamente dessa jornada acadêmica

Tudo o que um sonho precisa para ser realizado é alguém que acredite que ele possa ser realizado (Roberto Shinyashiki).

RESUMO

Considerando que a saúde foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde como direito humano e que na nova ordem constitucional brasileira passou a ser um direito de todos e dever do Estado e que deve ser um direito garantido a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, religião, origem e classe social, este trabalho tem como ponto de partida investigar e identificar se o Poder Público tem condições econômicas para implantar políticas públicas de saúde que atendam a demanda coletiva por medicamentos e tratamentos terapêuticos da população brasileira e, com isso, eliminar a judicialização da saúde. Para tanto, empregou-se o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em textos, análise da legislação, das normas que regulam as políticas públicas de saúde e das decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde no Brasil, a fim de esclarecer as causas que levam à judicialização da saúde e as suas consequências e se é possível a desjudicialização da saúde. Como corolário lógico da análise desenvolvida ao final do presente trabalho, há sugestões de utilização de práticas já desenvolvidas por alguns entes da federação, os quais resultaram em redução significativa da judicialização da saúde e que podem ser ampliadas e utilizadas pelos demais entes federativos. Como conclusão do presente trabalho, destacou-se a importância da solução consensual dos conflitos que podem ser resolvidos pelas partes antes mesmo de chegar ao Judiciário, citando como exemplo a possibilidade de instalação de Centros Judiciais de Soluções de Conflitos – CEJUSC – no âmbito da Administração Pública; o incentivo à arbitragem, à mediação e à conciliação, bem como a utilização dos cartórios extrajudiciais para ampliar o acesso a esses serviços como instrumento a ser utilizado pela população em geral em busca da solução dos conflitos sem a participação ou intervenção do judiciário e, assim, a concretização efetiva do direito à saúde como direito da personalidade, buscando o equilíbrio entre a necessidade da população que pleiteia a concretização do direito à saúde e, de outro lado, a possibilidade do Estado no atendimento dessa demanda por saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana. Judicialização. Desjudicialização.

ABSTRACT

The WHO (World Health Organization) recognizes health as a human right and the new Brazilian constitutional order considers it a right guaranteed to all people, regardless of race, sex, religion, origin and social class, as well as a State obligation. The objective of this work was to investigate and identify whether Public Authorities have economic conditions to implement public health policies to meet the collective demand for medicines and therapeutic treatment of the Brazilian population and, consequently, eliminate the judicialization of health. In order to do so, the hypothetical-deductive method through a bibliographic search in texts, analysis of the legislation, norms that regulates public health policies and judicial decisions related to the right to health in Brazil was adopted, to verify the causes that lead to the judicialization of health and their consequences, and whether it is possible to de-judicialize health. As a logical corollary of the analysis conducted at the conclusion of this work, there are some suggestions such as the use of practices already adopted by some federation entities, which resulted in a significant reduction in the judicialization of health, which could be expanded to other federative entities. As a conclusion of this work, it was highlighted the importance of the consensual resolution of conflicts that can be solved by the parties even before they reach the Judiciary. It cites as an example the possibility of installation of Judicial Centers of Conflict Solutions - CEJUSC - in the scope of the Public Administration; the incentive to arbitration, mediation, and conciliation, as well as the use of extrajudicial notary offices to increase access to these services. They can be used as tools by the general population in search of conflict resolution without the participation or intervention of the judiciary. They promote the effective realization of the right to health as a personality right, seeking for a balance between the needs of the population that pleads for the realization of the right to health, and, on the other hand, the possibility of the State in meeting this demand for health.

KEY WORDS: Right to health. Personality right. Human being dignity. Judicialization. De-judicialization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	15
2.1 Breve evolução histórica do direito à saúde	15
2.2 Direito à saúde como direito fundamental	22
2.3 A dignidade da pessoa humana como fundamento do direito à saúde	27
2.4 O dilema entre a “reserva do possível” e o “mínimo existencial” no direito à saúde	28
2.5 Direito à saúde como direitos da personalidade	32
3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	36
3.1 Competência dos Entes da Federação em matéria de saúde	36
3.2 Dos serviços públicos de saúde em face do disposto na Constituição Federal de 1988 .	41
3.3 O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil	44
3.4 O auge da judicialização da saúde	49
3.5 Razões para a judicialização da saúde.....	51
3.6 Ausência de critérios para as decisões judiciais de prestação à saúde	54
3.7 As consequências econômico-financeiras do atendimento das decisões judiciais em matéria de saúde pública	58
3.8 Aplicação de penalidades pecuniárias à Fazenda Pública pelo não cumprimento das decisões judiciais e a possibilidade de sequestro de verbas públicas para o atendimento dessas decisões	65
4 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE PRESTAÇÃO À SAÚDE	69
4.1 Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde	71
4.2 Audiência Pública realizada pelo STF em abril de 2009: a tentativa de equacionar e reduzir a judicialização da saúde	88
4.3 O posicionamento atual do STF: a mudança de paradigma e a adoção de critérios acerca da concessão de pedidos de atendimento ao direito à saúde	92
5 A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E REDUÇÃO DA SUA JUDICIALIZAÇÃO OU A DESJUDICIALIZAÇÃO TOTAL DA SAÚDE	104
5.1 Das políticas públicas de atendimento à saúde da população em geral	105
5.2 Estratégias para a redução da judicialização da saúde.	124

5.2.1 Estratégias para a redução da judicialização da saúde no âmbito do Poder Executivo.	125
5.2.2 Estratégias para a redução da judicialização da saúde no âmbito do Poder Judiciário.	129
5.2.3 Estratégias para a redução da judicialização da saúde no âmbito do Poder Legislativo.	136
5.3 Rumo à desjudicialização do direito à saúde.	138
6 CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	147

1 INTRODUÇÃO

A saúde na nova ordem constitucional brasileira foi incluída no rol dos direitos sociais dentro do capítulo dos direitos fundamentais, e, portanto, o direito à saúde passou a ser um direito de todos e dever do Estado e que deve ser um direito garantido a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, religião, origem e classe social.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, ao lado de outros fundamentos como a Soberania, Cidadania etc. e, por essa razão, é reconhecida pela doutrina como um “superprincípio”, que deve nortear todos os demais princípios constitucionais e o ordenamento jurídico pátrio.

Pode-se afirmar que a dignidade humana possui duas acepções, uma externa, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo, enquanto ser dotado de autonomia e que corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e, portanto, inviolável, e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, à qual pode, em algum momento, sofrer violações, pois ainda que seja um valor fundamental, a dignidade humana não pode ser tomada como absoluta.

A dignidade humana, como um valor fundamental e também princípio constitucional, funciona como uma justificativa moral e como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais, sendo parte do núcleo essencial desses direitos, tais como a igualdade, a liberdade etc.

Ademais, o fundamento da dignidade da vida humana tem como bem maior o próprio direito à vida, considerado como o mais importante direito fundamental, pois, sem vida, não há que se falar em direito à liberdade, à igualdade, à propriedade etc.

O direito à vida traduz-se em direito à saúde, o qual, por sua vez, foi inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, como um direito social, previsto no artigo 6º da Norma Constitucional e como um direito de todos e dever do Estado, conforme descrito no artigo 196, *caput*, da Constituição.

O direito à saúde passou a ser um direito de todos e dever do Estado garantido a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, religião, origem e classe social, sendo um dever do Estado, compreendido como Poder Público, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

A saúde como direito à integridade física e psíquica está inserida na categoria dos direitos da personalidade inerente à dignidade da pessoa humana, que por seu turno, tem a proteção do Estado, visto que se trata de direitos irrenunciáveis, inalienáveis, irrestingíveis.

São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra e igualdade.

Todavia, em que pese à preocupação do Poder Constituinte de 1988, bem como do legislador infraconstitucional, presencia-se uma realidade diferente daquela prevista em nosso ordenamento jurídico, a ausência de eficácia do direito fundamental à saúde, com centenas de pessoas à espera de medicamentos ou de tratamento terapêutico que não é fornecido adequadamente pelo Poder Público.

Dessa omissão do Estado em oferecer um serviço de saúde de qualidade é que está se presenciando atualmente uma excessiva judicialização da saúde, em que o Poder Judiciário, atuando em substituição ao Poder Executivo decide pela obrigação em fornecer medicamentos ou disponibilizar tratamentos inexistentes na rede pública ou prestados com insuficiência para atender os cidadãos que deles necessitam.

Sob a premissa dessa realidade, o presente estudo tem como objetivo o direito à saúde na sociedade atual, bem como o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico para a tutela desse direito. Destaque-se que o enfoque da pesquisa não se limitará apenas aos aspectos materiais do tema, mas também às questões processuais que eventualmente o envolvem e que resultam na denominada judicialização da saúde.

Neste sentido, o presente trabalho buscará analisar as condições em que as decisões judiciais concessivas de fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos são exaradas pelos Tribunais e apontar eventuais soluções para diminuir ou até eliminar a judicialização da saúde, uma vez que como preconiza a Constituição, é um direito de todos. Trata-se de um trabalho acadêmico, limitado a uma revisão bibliográfica do tema, dado que, devido à extensão e dinâmica do assunto, não se almeja esgotá-lo.

A opção metodológica, que parte de uma investigação de pontos gerais (conceitual, taxiológico e principiológico) para pontos específicos (a efetividade da tutela do direito à saúde), deve-se ao fato que se está lidando com um direito relativamente novo, antropocêntrico, que deve ser compreendido em sua gênese, para que se tenha a noção de sua dimensão e da importância de sua proteção jurídica.

Pautado no método hipotético-dedutivo quando da análise da legislação e da doutrina pátrias, bem como pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da CF (1988), cuja pesquisa de jurisprudência foi realizada diretamente no sítio eletrônico do STF (www.stf.gov.br), tendo como elemento de busca o termo “direito à saúde”, no período compreendido entre 1990 e 2020, no qual foram encontrados inicialmente 1.444 acórdãos.

Utilizando a expressão “direito à saúde/medicamentos” esse número foi reduzido para 125 acórdãos, sendo esse o critério utilizado na pesquisa.

Encontra-se este trabalho dividido em quatro capítulos, em que são desenvolvidos estudos específicos direcionados a compreender, como um todo, o processo que envolve a tutela do direito à saúde como parte integrante e inseparável dos direitos de personalidade, mais especificamente no que tange à busca do Judiciário para a efetivação desse direito, resultando na judicialização excessiva da saúde. Dessa forma, os capítulos descortinam-se conforme se descrevem em continuidade.

No primeiro capítulo, o estudo está direcionado à conceituação da saúde pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, bem como a sua evolução histórica a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, passando pelos tratados e convenções internacionais até a Constituição Federal de 1988, sem deixar de apontar a legislação infraconstitucional que disciplina a questão da saúde no país. Também será tratada, no primeiro capítulo, a inserção da saúde como direito fundamental e como um direito da personalidade que exige proteção especial do estado.

Segue-se o estudo com a apresentação do segundo capítulo que destaca a judicialização da saúde no Brasil, quais as causas dessa judicialização, bem como a análise das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos aos cidadãos que buscam por saúde e não são atendidos de forma efetiva. Além disso, aborda-se a aplicação de penalidades pecuniárias aos Estados e aos Municípios pelo não cumprimento das decisões judiciais, bem como o sequestro de verbas públicas para o efetivo cumprimento dessas decisões.

No terceiro capítulo, busca-se analisar e entender as decisões judiciais que determinam a prestação dos serviços de saúde a partir do ano de 1999 pelo STF, quando teve início o auge da judicialização da saúde, bem como sobre o impacto financeiro dessas decisões judiciais em face das políticas públicas de saúde.

Por fim, apresenta-se o quarto capítulo tecendo considerações acerca da possibilidade de ampliação das políticas públicas de saúde como forma de efetivação do direito à saúde e consequente redução da sua judicialização ou até a desjudicialização da saúde. A desjudicialização, por sua vez, é um movimento contrário à judicialização e que vem crescendo no Brasil, a qual pode ser conceituada como a faculdade das partes optarem pela solução consensual do conflito sem a intervenção do Poder Judiciário, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis, indicando o deslocamento

de algumas atividades atribuídas ao Poder Judiciário para serem realizadas diretamente pelas partes sem a intervenção judicial.

Como se vê, busca-se traçar os parâmetros que cercam as políticas públicas de saúde, passando-se pelo direito à saúde como um direito fundamental e integrante do rol de direitos da personalidade, observando-se as decisões judiciais que buscam a efetividade desse direito e finalizando com o estudo da possibilidade de ampliação das políticas públicas de efetivação da saúde e redução de sua judicialização.

Ao final do presente trabalho, será possível vislumbrar as conclusões e as referências utilizadas que deram o suporte teórico para o seu desenvolvimento.

2 DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A saúde como direito social é também um direito fundamental de todo cidadão brasileiro e um direito de todos e dever do Estado que deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme previsto na Constituição Federal¹.

Como direito fundamental da pessoa humana, a saúde é ainda um direito da personalidade, pois apesar de não constar expressamente do texto constitucional, bem como do Código Civil de 2002 que trouxe um capítulo inteiro sobre os direitos da personalidade, pode-se afirmar que a personalidade é composta por atributos inerentes à pessoa humana, como a própria vida e a integridade física, e nos aspectos externos que compõem o indivíduo como a honra, o nome, a capacidade, a propriedade, a dignidade, a liberdade, a intimidade, a saúde etc. Assim, denominam-se direitos da personalidade aqueles decorrentes dos atributos citados, cujo objetivo é a proteção e a promoção da pessoa humana e de sua dignidade.

Todavia, o direito à saúde tem sido constantemente objeto de estudos e debates no meio acadêmico, tendo em vista a busca incessante do Judiciário na solução de litígios envolvendo a saúde pública, resultando na excessiva judicialização da saúde, que traz consequências nefastas a toda coletividade, conforme se verificará no decorrer deste trabalho.

O presente estudo tem como foco verificar, analisar e demonstrar se o Poder Público tem condições de ampliar as políticas públicas de atendimento à saúde, bem como adotar meios alternativos de soluções consensuais de conflitos sem a intermediação do Judiciário, ou seja, diretamente pelas partes interessadas.

2.1. Breve evolução histórica do conceito de direito à saúde

Antes de iniciar o presente estudo sobre o direito à saúde faz-se necessária uma breve reflexão acerca da evolução na história sobre o direito à saúde, desde a sua conceituação pela Organização Mundial de Saúde (OMS), passando pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pelos instrumentos normativos internacionais como os tratados dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Aborda-se também a

¹ BRASIL.[Constituição (1988)]. **República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/nstituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada “Pacto de São Jose da Costa Rica”, por ser o mais importante instrumento do Sistema Interamericano de direitos humanos.

Nesse ponto cumpre destacar o protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos no Domínio dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominado “Protocolo de San Salvador”, que prevê, de forma expressa, que todo mundo tem direito à saúde, entendido como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, o qual será abordado mais adiante.

Na sequência, trata-se do direito à saúde no direito interno, mormente a partir da Constituição Federal de 1988, que elencou a saúde como um direito social e, conseqüentemente, um direito fundamental a ser implementado pelo estado em favor de todo cidadão brasileiro, uma vez que a Constituição previu também que a saúde é um direito de todos e dever do estado.

Todavia, importante destacar, neste estudo, que a saúde é um direito social e, portanto, dentre a classificação doutrinária dos direitos humanos que dão origem aos direitos fundamentais, os direitos sociais são considerados como de segunda geração. Para tanto, leve-se em conta a clássica classificação trazida por Karel Vazak em 1979, que até hoje é utilizada na definição de direitos humanos, embora essa classificação dos direitos humanos em gerações venha sofrendo severas críticas, como se verá mais adiante.

É importante também salientar que a saúde, conforme se observará da conclusão deste estudo, é concebida como um direito fundamental, uma vez que está inserida no rol dos direitos sociais dispostos no Título II da CF/88, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais.

Há, ainda, a necessidade de se analisar a saúde como um direito da personalidade, uma vez que a Constituição não trata de maneira expressa sobre quais os direitos ali previstos seriam considerados como direitos da personalidade e, por outro lado, o Código Civil de 2002, ao trazer um capítulo inteiro tratando dos direitos da personalidade da pessoa natural, também não fez referência expressa à saúde em seus dispositivos.

Na metade do Século XX, no auge da Revolução Industrial, havia duas posições sobre o conceito de saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como algo diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doenças e seu subsequente

isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como sendo a ausência de doenças”².

Posteriormente, a Organização Mundial de Saúde – OMS (1946), ou *World Health Organization (WHO)*, Organismo Internacional ligado ao sistema da Organização das Nações Unidas e que tem por objetivo promover o acesso à saúde de qualidade a todos os povos do mundo, em sua constituição, conceituou a saúde como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade”³.

A criação da OMS surgiu da necessidade de pensar em um organismo internacional cujo propósito seria a promoção da saúde englobando todos os países membros da ONU, uma vez que a falta de acesso à saúde e a consequente propagação de doenças infectocontagiosas constituem uma ameaça à paz mundial.

Neste sentido, a OMS em sua carta inaugural, além de conceituar a saúde como um completo bem estar físico, mental e social, ainda ressaltou que gozar de um melhor estado de saúde constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano e que a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança, dependendo da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

A Organização das Nações Unidas (ONU) reforçou o conceito de saúde, apontando quatro condições mínimas para que um Estado assegure o direito à saúde ao seu povo: disponibilidade financeira, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade do serviço de saúde pública do país.

No que tange ao direito à saúde como objetivo a ser alcançada pelas nações, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o parâmetro para o reconhecimento, em nível internacional, dos direitos humanos e, em seu artigo 25, apontou a saúde como uma das condições necessárias para uma vida digna⁴.

² DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. São Paulo: **Revista de Saúde Pública**, 22: 57-63, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 21 de abr. 2020.

³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Estatuto da OMS**: Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança: A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade - Nova Iorque em 22 de Julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 02 de maio 2020.

⁴ Artigo 25º 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive quanto à alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias fora do seu controle. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS** - Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das

É indiscutível a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos na busca da consolidação desses direitos, mormente naquele momento em que o mundo acabara de testemunhar as maiores violações aos direitos humanos praticados durante a segunda Guerra mundial pelo Nazismo Alemão e a busca de uma resposta das autoridades mundiais para essas atrocidades. No entanto, apesar da importância insofismável da Declaração, ela, tecnicamente, não passa de uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas aos seus membros, contida no artigo 10 da Carta das Nações Unidas⁵.

Corroborando com esse entendimento é a posição da doutrina:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante⁶.

Em razão dessa ausência de força normativa é que se buscou a efetivação dos direitos humanos por meio de tratados e convenções internacionais que obrigassem os países que aderissem a esses instrumentos normativos ao seu cumprimento, surgindo daí os dois principais pactos internacionais de direitos humanos, a saber: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais, ambos adotados em dezembro de 1966 pela Assembleia Geral da ONU.

Posteriormente, por meio do Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991, o Brasil ratificou os dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos anteriormente citados, os quais foram, a partir de então, incorporados ao ordenamento jurídico pátrio⁷.

O instrumento mais importante do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual foi

Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3oUniversal-dos-Direitos-humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

⁵ Artigo 10 - A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no artigo 12, poderá fazer recomendações aos membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos. **CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS**, assinada em 26 de junho de 1945, ao término da Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas, e tornou-se lei em 24 de Outubro de 1945 - Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/ONU-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas/carta-geral-das-nacoes-unidas.html>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 232.

⁷ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991** - Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/538595/publicacao/15647457>. Acesso em: 04 maio 2020.

assinado em San Jose da Costa Rica no ano de 1969 e entrou em vigor em 1978. Vale ressaltar que apenas os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir à Convenção Americana.

O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto Presidencial nº 678, promulgado em 06 de novembro de 1992, reconhecendo, dessa forma, o dever de assegurar o catálogo de direitos civis e políticos similares ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁸.

Dentre os direitos previstos na Convenção, destaca-se o direito à vida, à liberdade, à integridade física etc. Cumpre, ademais, destacar que a Convenção não enuncia de forma expressa e específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar que os Estados alcancem de forma progressiva a plena realização desses direitos, conforme se conclui da análise do artigo 26 da Convenção Americana, abaixo transcrito:

Art. 26. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O dispositivo acima citado consagra, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o princípio da progressividade dos direitos sociais, também entendido como princípio da irreversibilidade, ou, ainda, o dever da não regressividade, além da previsão doutrinária e da jurisprudência adotando-o como fundamento em seus julgados, esse princípio está expressamente consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Protocolo de São Salvador de 1999, ambos ratificados pelo Brasil⁹.

Explicitando melhor o princípio da progressividade acima mencionado, os direitos sociais envolvem uma ampla gama de direitos, dentre os quais, o direito à saúde, cujo objetivo é a preservação do ser humano enquanto pessoa humana, e, por isso, pode-se dizer que integram os direitos fundamentais.

⁸ BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992** - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 04 maio de 2020.

⁹ BRASIL. **Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 04 maio 2020.

Nessa ordem de ideias, pensando no ser humano como o único ser dotado de um valor absoluto, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.

Uma vez consagradas legalmente, as prestações sociais como saúde e educação, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações, pois retirar esses direitos sociais já integrantes do patrimônio social da pessoa humana seria o mesmo que subtrair dessa um direito fundamental, e, por outro lado, privilegiar um retrocesso.

Nesse sentido, conclui-se que da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais.

Com efeito, enquanto os direitos civis e políticos são autoaplicáveis, na concepção do Pacto de São José da Costa Rica, os direitos sociais, econômicos e culturais têm aplicação progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (art. 2º, § 1º, do Pacto).

Retornando ao direito à saúde, objeto deste estudo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê, expressamente, em seu artigo 12.1 que os Estados-Partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, bem como a adoção de medidas para assegurar o pleno exercício desse direito, com ações que visem à diminuição da mortalidade infantil, a melhoria das condições de higiene do trabalho e do meio ambiente, à prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, e outras, e, assim como a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade¹⁰.

No âmbito interno, seguindo a linha dos instrumentos normativos internacionais anteriormente citados, a Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde a um direito fundamental do cidadão, incluindo a saúde no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna.

¹⁰ Art.12.1 **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

Todavia, nesse ponto, faz-se necessário um breve comentário acerca dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, do direito à saúde nas Constituições brasileiras, pois a CF/88 foi a primeira Constituição do Brasil a adotar a expressão “direitos e garantias fundamentais”, seguindo uma tendência mundial. As demais Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império, traziam a expressão “direitos civis e políticos” ou tratavam como “declaração de direitos”, em uma clara alusão à Carta da ONU.

Outra importante conquista da Constituição Federal de 1988 foi determinar que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, determinando, ainda, que o sistema público de saúde deve ser gratuito e de qualidade e acessível a todos os brasileiros.

Na sequência, regulamentando o dispositivo constitucional foi editada a Lei Federal nº 8.080/90 que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) e dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes¹¹.

O SUS foi uma grande conquista da população brasileira, sendo reconhecido como um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo e usado como modelo em muitos outros países, tendo como objetivo o atendimento de toda a população brasileira que busca por tratamento de saúde. Importante ressaltar que a Lei nº 8.080/1990 manteve o conceito de saúde definido pela OMS.

Assim sendo, o direito à saúde, na nova ordem constitucional, passou a ser um direito de todos e dever do Estado garantido a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, religião, origem e classe social, sendo um dever do Estado, compreendido como Poder Público, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

A saúde, então, é um direito subjetivo público de todo o cidadão, o qual dispõe de mecanismos jurídicos previstos no ordenamento jurídico pátrio, cujo destinatário final é o Estado, a quem cabe a sua prestação mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde.

¹¹ 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. Art. 3. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

2.2 Direito à saúde como direito fundamental

Cabe perquirir uma possível diferença de nomenclatura: A expressão “direitos fundamentais” teria o mesmo significado do termo “direitos humanos”? Parte da doutrina não atribui significativa diferença entre as expressões, embora outra parcela postule que os direitos fundamentais dizem respeito a uma ordem jurídica específica, concretizadora das prerrogativas que poderiam ser invocadas pelos indivíduos em sua relação com o Estado (dimensão vertical) ou até mesmo em situações de conflito com os demais indivíduos (dimensão horizontal), assunto que se enfocará adiante.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios juridicamente positivados e vigentes em um ordenamento jurídico interno que traduzem a concepção de dignidade da pessoa humana de uma determinada sociedade, legitimando, dessa forma, o sistema jurídico de determinado Estado.

Os direitos fundamentais, no entendimento de José Afonso da Silva, possuem diversas acepções e conceitos, dentre os quais se destaca a expressão “direitos fundamentais do homem”, pois é aquela reservada para designar, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Ao tentar-se entender o significado do termo “direitos fundamentais”, parecem intuitivos delimitar aquele núcleo mínimo “indepassável”, cuja proteção em face da interferência estatal permitiria uma maior amplitude de ação por parte do indivíduo¹².

Nesse sentido, os direitos humanos reconhecidos no âmbito interno de um Estado são denominados direitos fundamentais, posto que inseridos na norma fundamental da constituição daquele Estado. Para Konrad Hesse “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”¹³.

Desse modo, quando a Constituição de um Estado define a parcela dos direitos que pertencem aos que se encontram sob seu domínio, afirma-se que tais prerrogativas possuem o nome de direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos humanos são incorporados nos textos constitucionais dos Estados com o objetivo de limitar a atuação do poder político estatal, estabelecendo-se como verdadeiras declarações de direitos do homem, que juntamente com outros direitos subjetivos formam o que a doutrina chama de “direitos fundamentais”.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.178.

¹³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225.

Por outro lado, a definição dos direitos humanos possui um profundo cunho universal de inspiração jusnaturalista, sendo tratado pela doutrina como aqueles pertencentes aos indivíduos em geral, independentemente de limites geográficas e que são estabelecidos globalmente pelo simples fato de se partilhar os valores de uma comunidade humana. A expressão “direitos humanos” traz a concepção de que tais direitos são válidos para todos os povos e em todos os tempos e faz referência aos direitos do homem em nível supranacional.

Na lição de Cançado Trindade: “Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”¹⁴.

Nesse sentido, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional, deve ser fortalecida a cada dia.

Contribuindo para esse debate, Gonzalo Aguilar Cavallo afirma que “não existe e nem poderia haver uma separação ou diferenciação entre os conceitos de direitos humanos, e, conseqüentemente, não poderia haver qualquer distinção em relação às ordens normativas que os regulam¹⁵”.

Não é preciso ressaltar a difícil tarefa que representa atingir um grau de consenso, sobretudo, quando tratam de valores. O tempo acaba modificando algumas premissas estabelecidas no passado, sendo bastante improvável alcançar-se sucesso na busca por um critério absoluto e atemporal no campo axiológico. Nessa linha é a lição de Norberto Bobbio:

[...] da finalidade visada pela busca de fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. [...] Os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas¹⁶.

Compreende-se, assim, que são fundamentais na medida em que, sem esses direitos, a pessoa humana não se realiza e sequer sobreviverá, pois se referem àqueles direitos essenciais à existência da própria pessoa humana, tais como a vida, a liberdade, igualdade etc.

¹⁴ CANSADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos**. 2. Ed. atual. e ampl., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004, p. 206.

¹⁵ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **Derechos fundamentales-Derechos humanos. Una distincion válida en el siglo XXI?** México: **Boletim mexicano de derecho comparado** – ano XLIII, núm. 127 – enero-abril de 2010. pp. 15-71. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n127/v43n127a1.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 13a ed.. São Paulo: Campus, 2004, pp. 16-32.

Apesar dos documentos consagrarem o conjunto de direitos como universais e indivisíveis, os direitos humanos são tradicionalmente estudados a partir de gerações utilizadas por Karel Vasak em uma conferência que ministrou, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos inspirando-se na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité* (liberdade, igualdade e fraternidade)¹⁷. O despretenso discurso de Vasak ganhou simpatizantes, como, por exemplo, Norberto Bobbio, que ajudou na divulgação da ideia.

Assim, de forma didática, os direitos humanos, de acordo com Vasak, podem ser divididos em três gerações, quais sejam: os direitos de primeira geração se traduzem nos *direitos civis e políticos*, que tem o foco no indivíduo visando diminuir a influência do Estado na vida particular, por essa razão incluem os direitos individuais vinculados ao valor da liberdade; já os de segunda geração são os denominados *direitos econômicos, sociais e culturais*, que constituem direitos de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si, e que se fundam na ideia de igualdade e de justiça social; e, por último, os direitos de terceira geração que formam os *direitos difusos* ou *metaindividuais*, que abrangem uma coletividade indeterminada, porém, ligada por uma circunstância, fundando-se no valor da fraternidade e da solidariedade.

Essa teoria dimensional, ou seja, que adota as gerações ou dimensões dos direitos humanos, não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos, mas afirma, para, além disso, sua universalidade e indivisibilidade desses direitos, conceitos introduzidos pela chamada “concepção contemporânea de direitos humanos introduzidos pela Declaração de 1948”, conforme afirma Piovesan.

No entanto, a teoria adotada por Vasak classificando os direitos humanos em gerações sofreu severas críticas por parte da doutrina contemporânea, a começar pela nomenclatura “gerações” que foi substituída por “dimensões” deixando claro que uma geração/dimensão não substitui e não é mais ou menos importante que a outra, dando a ideia de complementariedade.

Parte da doutrina adota essa concepção dimensional dos direitos humanos em substituição à concepção geracional afirmando que a evolução histórica dos direitos humanos e a respectiva classificação em gerações ou dimensões não trazem em si nenhuma hierarquia

¹⁷ KAREL Vasak, em 1978, havia publicado pela ONU a obra intitulada “Les dimensions internationales des droits de l’homme”, destinada ao ensinamento dos direitos do homem nas universidades.

entre esses direitos, ou seja, não existe escalonamento e nenhum direito exerce primazia sobre os demais.

Nesse sentido, Joaquim Herrera Flores ressalta que a teoria das gerações de direitos humanos, embora tenha seu cunho pedagógico, deve ser analisada com cautela, pois ela pressupõe uma visão exageradamente unilateral e evolutiva da história do conceito induzindo à ideia uma geração foi superada por outra e se tornou obsoleta:

“Por isso, ainda que seja uma boa medida pedagógica, devemos ter cuidado no uso da famosa e corrente teoria das gerações de direitos (1ª geração: os direitos individuais; 2ª geração: os direitos sociais; 3ª geração: os direitos referentes ao meio ambiente; 4ª geração: os direitos culturais...), pois ela pressupõe uma visão exageradamente unilateral e evolutiva da história do conceito. Como dizemos, tal teoria permite que pedagogicamente “visualizemos” como se avançou no reconhecimento jurídico das lutas pela dignidade. Mas tem seus perigos, pois pode induzir a pensar que, do mesmo modo que as tecnologias de última geração, a atual fase ou geração de direitos já superou as fases anteriores: aparentemente os direitos de quarta geração tornaram obsoletas as velhas lutas pelos direitos civis e os direitos sociais. Basta estar atento ao que ocorre no mundo para perceber que isso não é assim e que se deve continuar lutando, cotidiana e complementarmente, por todas as gerações de direitos”¹⁸.

Reafirmando esse posicionamento, Flores diz que a luta pela dignidade humana deve ter caráter global e que uma geração de direitos deve ser complementada por outra, centrada na análise das gerações de problemas e lutas, consistente em reivindicar a interdependência e a indivisibilidade de “todos” os direitos humanos.

Corroborando esse entendimento, Sarlet assim conclui: “não existe, pois, relação hierárquica entre os direitos humanos que compõem um único conjunto de direitos que não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma interativa e sistêmica”¹⁹.

Arjun Sengupta enuncia que até meados dos anos 50, os direitos humanos eram elementos inter-relacionados e interdependentes, porém, com o desenrolar da Guerra Fria, o descompasso entre o desenvolvimento dos direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, se acentuaram²⁰.

Diante da perspectiva de necessidade da prestação positiva na consecução dos direitos econômicos, sociais e culturais – também denominados direitos prestacionais ou direitos

¹⁸ FLORES, Joaquim Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 69.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁰ SENGUPTA, Arjun. O Direito ao desenvolvimento como um Direito Humano. **Revista da Social Democracia Brasileira**, n. 68, mar. 2002. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/\\$File/G0015327.pdf?OpenElement](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/$File/G0015327.pdf?OpenElement). Acesso em: 24 jan. 2020.

positivos - os Estados relutaram em se comprometer em garanti-los, porém, não se pode ignorar o caráter menos restritivo ou tardio dos textos sobre esses últimos direitos. Isso se refletiu tanto no âmbito global quanto no âmbito interamericano, em que os tratados de proteção dos direitos humanos foram elaborados de forma a abordar as liberdades individuais, os direitos civis e políticos, e, separadamente, os direitos econômicos, sociais e culturais.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, ambos de 1966, acrescentaram números significativos de direitos de alcance geral.

Os dois Pactos acima citados judicializaram a Declaração de 1948, que em conjunto com esta, constituem a chamada *Carta Internacional dos Direitos Humanos*, que consolida o regime normativo de proteção global. Posteriormente, o sistema normativo global foi ampliado com diversos tratados de alcance específico, como as convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra mulheres, a violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas de violação.

No sistema interamericano, as liberdades individuais, os direitos civis e políticos foram contemplados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, e os direitos econômicos, sociais e culturais foram matéria do Protocolo de San Salvador de 1988. Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade em seu percurso histórico, os direitos humanos têm-se norteado pelos princípios da *universalidade*, da *integralidade* e da *indivisibilidade*, inspiradores de toda sua evolução, bem como pelo princípio da *complementaridade* dos sistemas e mecanismos de proteção (de base convencional e extraconvencional, de âmbito global e regional). Este *corpus juris* de proteção forma, desse modo, um todo harmônico e indivisível²¹.

A observância universal dos direitos humanos em tratados internacionais trouxe à tona o ideário da universalidade do direito, fundado na necessidade do indivíduo de perseguir os objetivos da justiça, do respeito à dignidade da pessoa humana, da correção das injustiças sociais e da busca da paz como ideais da humanidade.

Em suma, em que pese divergências apontadas pela doutrina acerca das diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos, pode-se concluir que os direitos humanos são aqueles válidos para todos os povos, de forma universal, e em todas as épocas, enquanto que

²¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 145.

os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados em determinado Estado cuja vigência estará limitada no tempo e no espaço.

2.3. A Dignidade da pessoa humana como fundamento do direito à saúde

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, ao lado de outros fundamentos como a Soberania, Cidadania etc. Por ser um fundamento da República Federativa do Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana é reconhecida pela doutrina como um “superprincípio”, que deve nortear todos os demais princípios constitucionais.

Assim sendo, como princípio constitucional consagrado pela doutrina e jurisprudência, o respeito à dignidade humana obriga não só Estado, mas seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo. Desse modo, nenhum princípio é mais humano ou mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana²².

Pode-se concluir, assim, que a dignidade da pessoa humana, como superprincípio, serviu de parâmetro para o estabelecimento dos demais direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF/88, que, com eles, não se confunde, mas serve de fundamento de validade e de instrumento de ponderação em caso de conflito entre aqueles direitos fundamentais.

Ademais, o fundamento da dignidade da vida humana tem como bem maior o próprio direito à vida, considerado como o mais importante direito fundamental, pois, sem vida, não há que se falar em direito à liberdade, igualdade etc., conforme descrito no caput do artigo 5º da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Nessa ordem de ideias, pode-se entender que, para que a pessoa humana tenha uma vida digna, é necessário ter saúde para exercer com dignidade os demais direitos fundamentais, como liberdade, igualdade, propriedade, além dos direitos sociais previstos no texto constitucional como o lazer, o trabalho, a moradia, a alimentação etc. O direito à vida traduz-se em direito à saúde, o qual foi inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, como um direito social, previsto no artigo 6º

²² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p.637.

da Norma Constitucional²³ e como um direito de todos e dever do Estado, conforme descrito no artigo 196, *caput*, da Constituição²⁴.

A saúde, como direito à integridade física e psíquica, inserida no rol dos direitos da personalidade inerentes à dignidade da pessoa humana, por seu turno, tem a proteção do Estado, como ensina Pontes de Miranda: “Os direitos de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que deles se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra e igualdade²⁵”.

Conforme se verificou, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, pressupõe o direito à vida digna, à integridade física, psíquica e social. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável²⁶.

Considerando que o fundamento da dignidade da pessoa humana tem como bem maior, o próprio direito à vida, que é compreendido como um direito fundamental inviolável, pode-se enunciar que o direito à saúde representa consequência indissociável do direito à própria existência e a ineficiência ou omissão do Estado na prestação desses serviços tem como consequência lógica a violação da própria dignidade da pessoa²⁷.

2.4 O dilema entre a “reserva do possível” e o “mínimo existencial” no direito à saúde

A inclusão dos direitos sociais no conceito de direitos fundamentais, bem como a possibilidade de aplicação das dimensões subjetiva e objetiva a essa espécie de direitos,

²³ CF- Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 maio de 2020.

²⁴ CF - Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 maio de 2020.

²⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo I, p. 216

²⁶ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

²⁷ CF - Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 maio de 2020.

principalmente pelo fato de que sua aplicação concreta depende de uma atuação positiva do Estado, o qual, não raras vezes, encontram limitações decorrentes daquilo que por convenção denomina-se de princípio da reserva do possível, e resulta em divergências no campo doutrinário.

Conforma apontado por Martins, a expressão “reserva do possível” foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1973, em decisão que analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970, ocasião em que a Corte Alemã afirmou que “os direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos seus recursos”²⁸.

Dá a tendência de se negar ao Poder Judiciário a análise dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a efetivação de tais direitos depende sempre da disponibilidade orçamentária, o que está localizado no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos²⁹.

Assim sendo, a expressão “reserva do possível” parece sustentar a ideia de que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável.

A despeito disso, parte da doutrina insiste em sustentar a posição de que o “regime geral dos direitos fundamentais permanece aplicável mesmo diante de direitos de natureza social”. Nessa perspectiva, Ingo Sarlet aduz que:

Aos direitos sociais também se aplica o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta, ainda que o alcance de sua eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais (sociais ou não), princípios e mesmos interesses públicos e privados³⁰.

Mais adiante, Sarlet argumenta que também deve ser aplicável aos direitos fundamentais sociais a proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais, já que, na esfera dos direitos

²⁸ MARTINS, Flavio. **Curso Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 950.

²⁹ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, **CONPEDI, 2007**, p.62. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf. Acesso em 18 out. 2020.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.46.

fundamentais sociais, passou a ganhar espaço a tese da proibição do retrocesso (efeito cliquet) como “garantia implícita” dessas mesmas prerrogativas. Assim posto, corrobora-se a percepção de que, mesmo essa espécie de direitos fundamentais, encontra guarida contra mudanças que busquem afetar o seu núcleo essencial (entricheiramento ou preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais)³¹.

No Brasil, as discussões em torno da expressão “reserva do possível”, na sua maior parte, chegaram ao Poder Judiciário em demandas relacionadas à implementação de direitos sociais que exigem prestações positivas do estado.

Apenas para ilustrar o debate acerca da cláusula da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática do ministro Celso de Mello, exarada nos autos da ADPF/DF nº 45, decidiu que em que pese as considerações acerca da reserva do possível, há a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. E assim concluiu o Ministro no julgado retrocitado: “Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento de preceito no processo de concretização das liberdades positivas, direitos constitucionais de segunda geração”³².

Desse modo, a reserva do possível pode ser considerada uma restrição aos direitos sociais de natureza prestacional, porém, ela não é absoluta, podendo ser mitigada e até mesmo afastada no caso concreto, mormente pelo argumento da manutenção do “mínimo existencial”, como decidiu o STF.

Como se pode observar, a decisão judicial exarada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal utilizou a expressão “mínimo existencial” em contraponto à expressão “reserva do possível”. Com efeito, essa expressão “mínimo existencial” foi extraída do texto do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual dispõe que todo ser humano tem

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 47.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, 2003. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=m%EDnimo%20existencial&processo=45>. Acesso em: 05 maio de 2020.

direito a um padrão de vida mínimo, capaz de assegurar, a si próprio e à sua família, saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação etc³³.

Em conclusão, o mínimo existencial pode ser entendido como o conjunto de prestações positivas materiais necessárias e essenciais à existência digna do indivíduo, enquanto pessoa humana, encontrando, dessa forma, respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, essa teoria do mínimo existencial foi utilizada pela Corte Alemã e, no ordenamento jurídico pátrio, passou a ser deduzido a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, bem como nos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Carta Magna brasileira.

Corroborando com esse entendimento, J.J. Gomes Canotilho leciona que:

A única vinculação razoável e possível pelo estado em sede de direitos sociais se reduz à garantia do mínimo existencial. A arguição indiscriminada da reserva do possível pela administração pública, desprovida de qualquer juízo de razoabilidade e proporcionalidade, revela situações em que o núcleo mínimo dos direitos sociais prestacionais é violado³⁴.

Neste sentido, pode-se concluir que a doutrina e a jurisprudência brasileiras possuem uma forte percepção de que argumentos de natureza econômico-pragmáticas não podem afetar a esfera do mínimo existencial dessa espécie de direito, concebendo essa premissa como uma garantia das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, especialmente no tratamento jurisprudencial do direito à saúde, objeto do presente estudo.

Na perspectiva objetiva, ainda levando em conta a lição de Sarlet, a tutela dos direitos sociais reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária)³⁵.

³³ Art. 25: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-humanos/d-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 05 maio 2020.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.

³⁵ SARLET, INGO Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Porto Alegre: Renovar, 2003, p. 46.

Nessa esfera, também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito constitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e à promoção dos direitos sociais.

Desse modo, conforme apontado por José Afonso da Silva é incontroverso que a saúde é um direito fundamental de todo cidadão, pois, além de constar expressamente no rol dos direitos sociais integrantes dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, encaixa-se no conceito de direitos fundamentais da pessoa humana³⁶.

Por outro lado, conforme disposto no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, têm eficácia plena, direta e imediata, sem depender de qualquer norma infraconstitucional para o ser exercício.

Dessa forma, a saúde compreendida como um direito fundamental tem aplicação imediata e integral e, portanto, o Estado tem o dever de prestar um serviço público de saúde a quem necessitar desse atendimento.

2.5 Direito à saúde como direito da personalidade

Antes de se analisar o direito à saúde como direito da personalidade, necessário se faz uma breve análise acerca do conceito de direitos da personalidade, para que se possa enquadrar o direito à saúde dentro daquele conceito.

A categoria dos direitos da personalidade, segundo Tepedino é recente, fruto da doutrina francesa e tedesca de meados do século XIX: “São direitos atinentes à tutela da pessoa humana, sendo essenciais a sua dignidade”³⁷.

O conceito sobre os direitos da personalidade sofreu, no decorrer dos anos, mudanças radicais, uma vez que, no final do Século XIX, era fundamentado no direito de propriedade

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 22a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro** – Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 143.

sendo que, somente no Século XX, percebeu-se a necessidade de garantir proteção a uma esfera de privacidade das pessoas, seguindo-se os demais direitos da personalidade³⁸.

Neste sentido, Orlando Gomes conceituou os direitos da personalidade como os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição³⁹.

Seguindo essa ordem de ideias, é a lição de Gagliano:

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros⁴⁰.

Os direitos da personalidade, na lição de Mattia, integram a categoria de direitos subjetivos inerentes à própria pessoa humana e constituem prerrogativa ou faculdades que permitem a cada ser humano o desenvolvimento de suas aptidões e energias tanto físicas como espirituais, que constituem o conteúdo essencial da personalidade⁴¹.

Dessa maneira, pode-se afirmar que a personalidade é composta por atributos inerentes à pessoa humana, como a própria vida e a integridade física, e aqueles que compõem o indivíduo no seu aspecto externo, como a honra, o nome, a capacidade, a propriedade, a dignidade, a liberdade, a intimidade, a saúde, etc. Assim, denominam-se direitos da personalidade aqueles decorrentes dos atributos citados, cujo objetivo é a proteção e a promoção da pessoa humana e de sua dignidade.

No Brasil, a fonte primeira e principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição Federal, a qual prevê, de forma implícita, a cláusula geral de tutela da personalidade, mormente ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988, denominada constituição cidadã, previu, em seu artigo 5º, os direitos individuais e coletivos, cujo rol de direitos elencados no referido artigo são os direitos fundamentais como a vida, liberdade, igualdade, propriedade, etc., os quais são, em tese, direitos da personalidade. Objetivando a proteção dos direitos da personalidade a

³⁸ DE MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. São Paulo: **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007.

³⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 22ª ed., p. 131.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67.

⁴¹ MATTIA, Fabio Maria. **Direitos da personalidade – aspectos gerais**. São Paulo: RT, 1979, p. 99.

Constituição proíbe, expressamente, qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas⁴².

Os direitos da personalidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, engloba os direitos fundamentais previstos na CF/88, dentre eles o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem e, ainda, à saúde como direito social.

Diferentemente do Código Civil de 1916, o Código Civil atual, publicado em 2002, em consonância com o texto constitucional de 1988, dispensou especial tratamento aos direitos da personalidade, reservando um capítulo inteiro sobre o tema⁴³.

O Código Civil de 2002 previu como características a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade e a indisponibilidade dos direitos da personalidade, dispondo, ainda, que tais direitos não podem sofrer limitação voluntária no seu exercício⁴⁴.

Apesar de o Código Civil ter feito referência expressa a apenas as três características acima citadas, Maria Helena Diniz aponta outras características dos direitos da personalidade, a saber: “São inatos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, impenhoráveis e inexpropriáveis”⁴⁵.

Também o Código elencou expressamente alguns direitos da personalidade que merecem especial proteção do Estado e da sociedade, como o direito à integridade física e psíquica, à imagem e à honra, ao nome e à vida privada.

De outra banda, o Enunciado 274 do CJE/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, no ano de 2006, prevê que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal⁴⁶”.

Diniz, ainda define os direitos da personalidade como o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra

⁴² CF/88 – Art. 199, § 4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 maio de 2020.

⁴³ BRASIL. **Código civil brasileiro**. Lei nº 10.406/2002. Título I, Capítulo II.

⁴⁴ BRASIL. **Código civil brasileiro**. Lei nº 10.406/2002. Art. 11, *Caput*.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.32.

⁴⁶ ENUNCIADO n. 274 do CJS/STJ: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 05 maio 2020.

etc. Finaliza a autora: “É o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial”⁴⁷.

Dentre os vários conceitos dos direitos da personalidade, adota-se, porém, neste trabalho, aquele definido por Tartuce:

Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa...”. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade⁴⁸.

Pode-se concluir que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais, do indivíduo e o que se busca proteger com eles é exatamente os atributos específicos da personalidade, compreendendo-se, neste sentido, a personalidade como a qualidade do ente considerado como pessoa.

Os direitos da personalidade têm como fundamento o direito natural e, neste aspecto, confunde-se com o início da própria personalidade da pessoa humana, a qual, segundo o Código Civil, terá início a partir do nascimento com vida, resguardado os direitos do nascituro desde a sua concepção⁴⁹.

O direito à saúde, integrante do rol de direitos sociais previstos no texto constitucional pátrio, bem como nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os quais foram ratificados pelo Brasil, é também um direito da personalidade, pois não há como o indivíduo gozar desses direitos, em sua plenitude, se não estiver em boas condições da saúde.

Neste aspecto, é que o direito à saúde deve ser considerado como direito da personalidade, já que a saúde é conceituada como direito à integridade física e psíquica, estando inserida no rol dos direitos da personalidade inerente à dignidade da pessoa humana, e, por seu turno, tem a proteção do Estado.

O direito à saúde, dessa forma, deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos, os quais, no âmbito da saúde, devem ter por objeto não apenas o tratamento, mas também a redução do risco dessas doenças e agravos, através de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o almejado estado de saúde de todos.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.32.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 1. São Paulo: Forense, 13ª ed., 2016, p. 153.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil: Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Como é cediço, a saúde como um direito social exige para a sua implementação uma prestação positiva do Estado por meio de políticas públicas que permite o acesso de todo o cidadão aos serviços públicos de saúde.

Para a execução das políticas públicas de saúde, o Poder Público necessita de disponibilização de recursos financeiros, muitas vezes escassos e insuficientes para o atendimento da população que necessita desses serviços de saúde, razão pela qual o Estado apresenta o princípio da reserva do possível como obstáculo para o cumprimento do dever de prestar os serviços públicos de saúde a quem dele necessitar.

De outra banda, o usuário do sistema público de saúde, não recebendo o medicamento ou tratamento terapêutico pleiteado administrativamente, busca o Judiciário para que, por meio de uma ordem judicial, seja atendida a sua demanda.

Essa busca pelo Judiciário para obter o atendimento de serviços públicos de saúde, em substituição ao Executivo a quem compete a formulação e execução das políticas públicas, tem como consequência a judicialização da saúde, que traz consequência danosas ao sistema público e aos usuários dos serviços de saúde em geral, conforme será abordado mais adiante.

3.1 A competência dos Entes da Federação em matéria de saúde.

Da leitura do texto constitucional constata-se que a saúde é um direito de todos e dever do estado, o que logicamente pressupõe a prestação positiva de todos os entes da federação, conforme se depreende do disposto no artigo 23 da Carta Magna, que estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidarem da saúde pública⁵⁰.

Nesse contexto, pode-se concluir que a saúde é responsabilidade de todos os entes federativos, cuja responsabilidade será solidária, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em julgado recente que firmou a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e

⁵⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro⁵¹.

Essa divisão de competências dos entes da federação em matéria de saúde está expressamente prevista no artigo 198 da CF/88 que estabelece serem as ações e serviços públicos de saúde integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, descentralizado e com direção única em cada esfera de governo⁵².

O sistema previsto no dispositivo constitucional citado, estabelece ações e serviços públicos de saúde e que forma o denominado Sistema Único de Saúde – SUS, o qual será tratado de forma mais detalhada a seguir.

O Sistema Único de Saúde - SUS é considerado “Único”, na medida em que seus princípios e diretrizes regem a organização dos serviços de saúde em todos os entes da Federação brasileira – Federal, Estadual, Distrital e Municipal. Tais princípios demonstram os objetivos que inspiraram a criação e implementação do SUS e se personificam nas bases de um conceito amplo de saúde e seu reconhecimento como direito.

Ao Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 200 da CF/88, dentre outras atribuições, compete⁵³:

- a) Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- b) Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- c) Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- d) Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Rel. Min. Luiz Fux, 2020. Tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 04 out. 2020.

⁵² 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 [...]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

⁵³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

e) Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos etc.

Dessa forma, a Constituição Federal, além de instituir um Sistema Único de Saúde, estabelecendo a forma regionalizada e hierarquizada dos serviços públicos de saúde, ainda definiu, de forma ampla, as suas atribuições.

Evidencia-se, assim, que o SUS norteia-se por princípios doutrinários e organizativos, sendo aqueles, reflexo das bases filosóficas do sistema, enquanto esses orientam seu funcionamento. São princípios doutrinários do SUS: a universalidade, a equidade e a integralidade. A universalidade do SUS é o que garante o acesso de toda a população aos serviços de saúde, em todos os níveis de assistência, sem privilégios ou preconceitos de qualquer espécie⁵⁴.

Nesta medida, segundo Paim, o perfil de saúde de uma coletividade depende de condições vinculadas à própria estrutura da sociedade e a manutenção do estado da saúde requer a ação articulada de um conjunto de políticas sociais mais amplas, relativas ao emprego, salário, previdência, educação, alimentação, ambiente, lazer. Desta feita, percebe-se que a definição de universalidade engloba um “conjunto de políticas públicas que intentam a melhoria das condições de vida da população e uma percepção alargada do que venha a se entender por saúde”⁵⁵.

Todavia, o artigo 200 da Constituição Federal remeteu à lei a regulamentação desse Sistema Único de Saúde, o qual foi disciplinado pela Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, cuja norma infraconstitucional dispõe sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e tem por objeto regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”.

Posteriormente, no mesmo ano, foi editada a Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde⁵⁶.

A Lei nº 8.080/90, juntamente com a Lei nº 8.142/90, formou o que se denominou

⁵⁴ RONCALLI, A. G. **O desenvolvimento das políticas de saúde e a construção do SUS**. Porto Alegre: ARTMED, 2003, p. 29.

⁵⁵ PAIM, Jairnilson Silva. Direito à saúde, cidadania e estado. In: Conferência Nacional de Saúde. 8ª ed. Anais. Brasília: **Centro de Documentação do Ministério da Saúde**, 1987, pp. 45-59. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

“Leis Orgânicas da Saúde (LOS)”, as quais apresentam detalhes importantes que foram pensados e incorporados pela Constituição Federal de 1988 e que só passaram a ser praticadas com a aprovação das referidas Leis Orgânicas da Saúde.

Desde a sua concepção, a questão relacionada às ações para descentralização, operacionalização e financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) trouxe uma grande preocupação em envolver as três esferas públicas na gestão, a operacionalização e controle da aplicação dos recursos destinados à saúde com a divisão das responsabilidades por estas ações entre municípios, estados e governo federal.

A teor do que dispõe o disposto na Constituição Federal, que estabelece um sistema único de saúde, José Afonso da Silva assim definiu esse sistema:

“O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito coletivo, de outro”⁵⁷.

Conclui-se, daí, que o Sistema Único de Saúde – SUS foi idealizado e concebido com base na repartição de competências entre os entes federativos, buscando-se o equilíbrio entre as três esferas de governos e observando ao pacto federativo, e em última instância, objetivando uma melhor eficiência na prestação dos serviços públicos de saúde.

O Sistema Único de Saúde é grande e possui uma enorme quantidade de procedimentos oferecidos para população, mas ainda há dificuldades em universalizá-lo e financiar os gastos crescentes com novos procedimentos, pois, ainda que não se tenha alcançado a eficiência na prestação dos serviços públicos de saúde, o SUS possui uma estrutura capaz de atender quase que a totalidade dos municípios brasileiros, com atenção às políticas públicas de saúde, que têm por objetivo não apenas o tratamento da doença, mas também a redução do risco de doenças e outros agravos, através de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o almejado estado de saúde de todos, como por exemplos as campanhas de vacinação contra gripe e poliomielite; as ações de combate à dengue e a instalação de postos estratégicos da saúde da família (ESFs) etc.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 22a ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 807.

A ineficiência na prestação de serviços públicos de saúde apontada nesse estudo como causa da judicialização da saúde diz respeito à incapacidade de atendimento à população que necessita desses serviços, tanto em quantidade quanto em qualidade, bem como na demora no atendimento que também é uma das causas da judicialização da saúde.

Dessa forma, essa ineficiência na prestação dos serviços de saúde é que deixa vulnerável as pessoas que necessitam desses serviços, mormente às populações mais carentes que não têm acesso a planos de saúde e a hospitais particulares, ficando a mercê da própria sorte, enfrentando filas intermináveis nos postos de saúde e hospitais públicos para atendimento, resultando na judicialização da saúde.

Em razão do aumento dessa judicialização da saúde e objetivando estabelecer um diálogo entre os membros do Poder Judiciário na análise e decisões sobre a matéria de saúde, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça realizou-se as Jornadas de Direito da Saúde (JDS) em que foram propostos enunciados interpretativos sobre os diversos aspectos relacionados ao tema, como por exemplo, a repartição de competências que foi objeto do enunciado nº 8 da referida Jornada⁵⁸.

No sentido de orientar o cumprimento das medidas judiciais e objetivando manter esse equilíbrio entre as três esferas de governos, com fundamento na responsabilidade solidária dos entes federativos é que foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no âmbito da Jornada de Direito da Saúde (JDS), o enunciado nº 60, o qual dispõe o seguinte:

“a responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”⁵⁹.

Nessa mesma linha a decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº RE 855.178 - Tema nº 793:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **ENUNCIADO Nº 8**, 2014: Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados. III Jornada de Direito de Saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 09 out. 2020.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **ENUNCIADO Nº 60**, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro⁶⁰.

A despeito da responsabilidade solidária dos entes da federação na prestação de serviços públicos de saúde, expressamente prevista nos dispositivos constitucionais mencionados, há que se ressaltar que o financiamento do sistema único de saúde será efetivado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, conforme disposto no artigo 198, § 1º da CF/88: “§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que o cidadão isoladamente ou a coletividade, possuem direito subjetivo à saúde, direito esse garantido na Constituição Federal, cuja omissão desse direito leva à judicialização da saúde e que encontra respaldo na repartição de competências entre os entes da federação, podendo, inclusive, acionar judicialmente apenas um ente ou se preferir todos os entes, os quais figurarão no polo passivo da demanda, cuja responsabilidade é solidária.

3.2 Dos serviços públicos de saúde em face do disposto na Constituição Federal de 1988

A saúde, em face do disposto na Constituição Federal, compõe o sistema de Seguridade Social, sendo um direito de todos e dever do Estado e que será garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como ao acesso universal e gratuito.

Nesse sentido é a definição de Tsutiya: “a saúde é um direito subjetivo público pelo qual o Estado tem o dever de prestá-lo, independentemente de contribuição, vez que se insere no contexto de direitos fundamentais com o intuito de cumprir o princípio da dignidade humana”⁶¹.

Nessa ordem de ideias, a saúde constitui um dos serviços públicos mais importantes tendo em vista a sua relevância, cujas ações e serviços de saúde são regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Recurso Extraordinário 855.178**. Relator Ministro Luiz Fux, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/28861430/processo-n-855178-do-stf>. Acesso em: 16 out. 2020.

⁶¹ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.477.

Os serviços de saúde não são de exclusividade do Estado, podendo ser exercidos pelos particulares com o intuito de lucro, porém, com a fiscalização permanente do Estado. Nesse caso, a qualidade e a eficiência dos serviços serão aferidas pelos seus usuários/clientes, os quais pagam para obter esse serviço e, portanto, esperam receber um serviço de qualidade equivalente ao custo despendido.

Por outro lado, a saúde pública poderá ser prestada diretamente pelo Estado, por meio de seus Órgãos internos, Secretarias e Divisões de Saúde ou por meio de parcerias com Instituições sem fins lucrativos, como Organizações Sociais etc.

Quando prestado diretamente pelo Poder Público, os serviços públicos de saúde, como todo serviço público, deve observância ao princípio da eficiência previsto no *caput* do artigo 37 da CF/88, que prevê que a “Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. O princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998.

O princípio da eficiência também está previsto no artigo 2º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, cujo dispositivo legal repete o texto da Constituição Federal⁶².

Na definição de Meirelles, “a eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, exigindo ainda resultados positivos para o serviço público e satisfatório no atendimento das necessidades da coletividade”⁶³.

Para Bandeira de Mello: “o princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo de há muito tratado no Direito Italiano, denominado princípio da boa administração”⁶⁴.

Na lição de Di Pietro, o princípio da eficiência apresenta dois aspectos:

[...] em relação ao modo de atuação do agente público que deve buscar atingir o melhor resultado no desempenho de suas atribuições e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública com vistas a atingir o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços públicos⁶⁵.

⁶² BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal. Art. 2º. Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 1999, p.89.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2005, p. 110.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 30ª ed., 2017, p. 114.

Segundo esse princípio, o agente público deve se empenhar em obter o melhor resultado com o mínimo de recursos, porém, o princípio não abrange apenas o servidor público, mas também a administração pública, que deve atentar para uma boa administração, tornando o aparelho estatal menos burocrático e mais atualizado aos padrões modernos, porém sem prejuízo da sociedade.

Por fim, uma prestação de serviços eficiente deve garantir uma célere solução de controvérsias, o que exige uma eficiência das atividades estatais, contribuindo para a satisfação dos interesses da sociedade, conclui Matheus Carvalho⁶⁶. Para tanto, o Estado precisa dispor de um quadro de pessoal profissionalizado e corrigir todas essas distorções para se tornar ágil e eficiente de forma a que possa de fato cumprir a sua função de contribuir para o bem estar da sua população.

Com a inclusão do princípio da eficiência na Constituição Federal, o cidadão passa a ter o direito de questionar a qualidade dos serviços públicos exercidos diretamente pelo Estado ou por seus delegados. Nessa ideia, boa parte dos princípios e regras utilizados para se exigir eficiência dos particulares em prestações de serviços pode ser aplicada ao Estado e o Judiciário tem o dever pelo direito de todos que a ele forem destinados para cobrar boa qualidade.

No entanto, resta saber se os serviços de saúde se enquadram dentro do conceito de serviços públicos propriamente ditos, os quais devem observância ao princípio da eficiência que rege toda a atividade administrativa.

Em sentido amplo, serviço público é definido por Meirelles como “todo o aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”⁶⁷.

Em sentido estrito, o Autor traz uma classificação dos serviços públicos, como serviços próprios e impróprios do Estado, sendo que para nosso estudo interessa a classificação de serviços próprios do Estado: “São aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e a saúde públicas) e para a execução dos quais a Administração usa da supremacia sobre os administrados”⁶⁸.

⁶⁶ CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. Salvador: JusPodium, 7ª ed., 2020, p. 81.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 1999, p. 297.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 1999, p. 299.

Di Pietro define serviços públicos como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁶⁹.

Assim, pode-se concluir que as ações e serviços de saúde, por serem atividades de relevância pública, conforme preceitua a CF/88 em seu artigo 197 não são juridicamente classificados como serviços públicos propriamente ditos, e, portanto, sendo de “relevância pública” o desempenho desta atividade por particulares não está integralmente disciplinado pelo Direito Privado, mas por normas de Direito Público que derogam aquelas no que lhe for contrária⁷⁰.

Ainda que não sejam considerados serviços públicos propriamente ditos, as ações e serviços de saúde devem observância ao princípio da eficiência quando da sua realização pelo Poder Público, sob pena de ser considerada *letra morta* o dispositivo constitucional que consagra o referido princípio da eficiência.

Ocorre que a despeito da exigência de se observar a eficiência na prestação dos serviços públicos, mormente as ações e serviços de saúde, o Estado não conseguiu ainda atingir essa eficiência no que tange à saúde pública, razão pela qual a judicialização da saúde se mostra o principal caminho para a satisfação das demandas por saúde da população.

Nesse contexto é que o presente trabalho busca apontar as falhas na prestação dos serviços públicos de saúde e a ineficiência do Poder Público na elaboração e execução de Políticas Públicas em matéria de saúde e que leva à judicialização excessiva a qual abarrotava ainda mais o Poder Judiciário.

3.3 O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil

Conforme já abordado no capítulo anterior, o direito à saúde foi incluído no rol dos direitos fundamentais dentro do capítulo dos direitos sociais positivados no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, representando uma verdadeira conquista social da população brasileira após a redemocratização do país.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 30ª ed., 2017, p. 139.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

No entanto, a concretização do direito à saúde, como todo direito social, exige uma prestação positiva do Estado. Nesse sentido, insta destacar a observação de Cardoso:

“o direito à saúde, a exemplo dos direitos sociais em geral, comporta duas vertentes: uma negativa, materializada no direito de exigir que o Estado ou um terceiro se abstenha de prejudicar sua saúde, e outra positiva, essa sim, consistente no direito a prestações estatais visando a prevenção das doenças ou seu tratamento”⁷¹.

Um dos principais entraves da atualidade reside justamente na efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, em relação aos direitos sociais que detém uma dimensão prestacional por parte do Estado, como no caso o direito à saúde, e, por esse motivo, necessita muitas vezes da intervenção do Poder Judiciário para que sejam socialmente assegurados e implementados⁷².

Dessa ausência do estado na prestação positiva consistente em formalização de políticas públicas voltadas à prestação dos serviços públicos de saúde é que o cidadão não encontra alternativa senão a busca pelo Judiciário para obter a prestação jurisdicional e em consequência a efetivação do direito à saúde que a Constituição lhe garantiu como um direito fundamental, resultando, dessa forma, na judicialização da saúde, que passou a ser uma regra e não a exceção.

O termo judicialização, em linhas gerais, vem sendo utilizado pela doutrina moderna como significado das decisões exaradas pelos Órgãos do Poder Judiciário em questões sociais e políticas em substituição às decisões que deveriam ser, em tese, tomadas no âmbito do Poder Legislativo ou Executivo, atuando o Judiciário como controlador das políticas públicas estatais, corrigindo uma omissão do estado.

Para Barroso a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo⁷³.

A judicialização das políticas públicas, dentre as quais se enquadra as políticas públicas de saúde, é entendida como a necessária intervenção do Poder Judiciário, feita nos

⁷¹ CARDOSO, Daniel. **Judicialização da Saúde. Solução ou parte do problema?** Londrina: Ed. Thoth, 2020, p. 62.

⁷² STURZA, Janaína Machado; LEVES, Aline Michele Peron; CAVALHEIRO, Andressa Simmi. A saúde como um sistema social: Do risco da inefetividade à judicialização excessiva em matéria de medicamentos. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/agosto 2019, v. 19, n. 2, pp. 557-586. Disponível em: file:///D:/Downloads/7088-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-34425-2-10-20190831.pdf. Acesso em: 11 out. 2020.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v.2, n. 21, jan/jun.2010. Disponível em: www.e-publicacoes.eurj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297 Acesso em: 04 out. 2020.

casos em que a omissão do legislativo ou do executivo impede a concretização de determinado direito garantido por lei ou pela Constituição, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e exercida em absoluto respeito à principiologia constitucional balizadora da atuação do judiciário⁷⁴.

A judicialização da saúde, desse modo, na lição de Sturza, se traduz nas ações que os usuários do serviço público de saúde propõem em face do Estado, ou seja, “é o processo pelo qual o Judiciário atua no sentido de assegurar a efetividade da proteção do direito à saúde em defesa da dignidade da pessoa humana”⁷⁵.

Nesse sentido, a judicialização da saúde é o movimento no qual o cidadão, de forma individualizada, na maioria das vezes, ou de forma coletiva, busca o Judiciário para pleitear o fornecimento de medicamentos, cirurgias, consultas especializadas e tratamentos terapêuticos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, e, portanto, não disponibilizados à população, ou até aqueles tratamentos que constam da lista de fornecimento do SUS, mas que por algum motivo não são fornecidos ao paciente.

Essa situação representa a realidade atual no cenário da justiça no Brasil, sendo apenas mais um capítulo da era das judicializações, na qual questões políticas e sociais estão sendo debatidas e decididas no âmbito do Judiciário e não na seara administrativa em que deveria ocorrer esse debate sem a interferência do judiciário.

Desse modo, a judicialização da saúde, que deveria ser a exceção e não a regra, passa a ser um grande desafio para o sistema público de saúde que exige de um lado uma adequação do Estado para o cumprimento das decisões judiciais que lhe são impostas, e, de outro lado, há exigência de políticas públicas para o atendimento da população em geral.

Nessa ordem de ideais, Schwartz afirma que dentro do caráter sistêmico da saúde, a procura pela sua efetivação/solução não é problema apenas do Judiciário ou de um único estamento social, muito pelo contrário, essa é considerada um desafio para todas as instâncias do poder estatal e componente da sociedade, isso porque, o problema da inefetividade da saúde pública abrange “a todos os integrantes de uma nação, possuindo característica interdisciplinar e holística”⁷⁶.

⁷⁴ MARTINS, Thiago Penido; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SAMPAIO JR, Rodolpho Barreto. **Judicialização das Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Ed. D’ Plácido, v.2, 2017, p. 113.

⁷⁵ STURZA, Janaína Machado; LEVES, Aline Michele Peron; CAVALHEIRO, Andressa Simmi. A saúde como um sistema social: Do risco da inefetividade à judicialização excessiva em matéria de medicamentos. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/agosto 2019, v. 19, n. 2, pp. 557-586. Disponível em: <file:///D:/Downloads/7088-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-34425-2-10-20190831.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

⁷⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 156.

Acerca dessa situação-problema Hachem esclarece que, especialmente no âmbito da saúde, os tribunais passaram, cada vez mais, a conceder “prestações estatais postuladas individualmente, satisfazendo o direito daqueles que logravam acesso ao Poder Judiciário, mas sem resolver o problema da vasta maioria das classes marginalizadas da população”⁷⁷.

Por outro lado, o Judiciário também usurpa a função do Poder Legislativo que teria como função típica legislar acerca do tema relacionado à saúde pública.

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista, mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, mormente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

Neste sentido, é comum deparar-se com decisões exaradas pelas Justiças estadual e federal em todo o país, condenando a União, o Estado ou o Município — por vezes, os três solidariamente — a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

A judicialização excessiva da saúde tem causado muitos transtornos às Administrações Públicas, conforme se verificará adiante, pois ao cumprir uma liminar para fornecimento de medicamento ou tratamento terapêutico de forma individualizada torna ainda mais difícil a efetivação de políticas públicas de saúde para a coletividade, uma vez que, não raras vezes, o cumprimento dessas decisões liminares demanda recursos financeiros que, em tese, estavam alocados em outros setores da saúde, como a contratação de profissionais de saúde, aquisição de equipamentos etc.

Pode-se afirmar assim que o aumento da demanda por saúde na justiça e, de outro lado, a concessão de liminares para fornecimento de medicamentos e de tratamentos terapêuticos, têm repercussões sobre a gestão pública da saúde, influenciando na tomada de decisão dos gestores de saúde pública, o que, ao menos em parte, decorre das deficiências da própria administração pública.

O atual excessivo número de processos judiciais envolvendo prestações de saúde pública é um mau sinal, como afirmam Schulze e Gebran Neto pois demonstra, em um primeiro momento, que o serviço público de saúde não é prestado adequadamente e por isso o

⁷⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/35104>. Acesso em: 15 out. 2020, p. 2.

direito somente pode ser conquistado na via judicial ou porque há abuso do cidadão (do Ministério Público ou da Defensoria Pública) na busca por um direito que não existe⁷⁸.

Conquanto a judicialização da saúde resulte em aspectos desvantajosos, mormente por tratar de forma individualizada e não coletivamente o direito à saúde, não se pode negar que essa judicialização tenha seu lado positivo na medida em que busca responsabilizar o Estado que se omite a desenvolver procedimentos adequados para atender à demanda da população que necessita dos serviços de saúde, tais como fornecimento de medicamentos e procedimentos terapêuticos pela rede pública, bem como proporciona ao cidadão um mecanismo de efetivação do seu direito à saúde, e, conseqüentemente, a cessação da ameaça ou lesão a esse direito.

O fator negativo, de outro lado, é que a judicialização, quando excessiva, combinada com as decisões judiciais sem critérios técnicos ou científicos, pode causar uma “disfunção nos sistemas”, com o risco de se desenvolver a via judicial como principal meio para garantir o acesso à saúde e, dessa forma, causar impacto negativo às políticas públicas que têm por objeto a efetividade do direito à saúde.

No entanto, quando a Administração é constrangida, nas vias jurisdicionais, a prestar, indiscriminadamente, atendimento médico e assistência farmacêutica, os cofres públicos sofrem grande prejuízo, comprometendo o funcionamento do Estado como um todo e não apenas da estrutura do SUS.

A judicialização da saúde teve início na década de 1990, com o aumento de números de pacientes soropositivos no país e, conseqüentemente, na falta de tratamento adequado para esses pacientes, levando a uma busca pelo Judiciário para a obtenção de medicamentos específicos para a doença que até então assolava o país e o mundo causando inúmeras mortes.

Todavia, até aquele momento prevalecia no Judiciário o entendimento de que a norma da Constituição que previa o direito à saúde como um direito social se tratava de norma programática, adotando-se a tese de José Afonso da Silva⁷⁹ que considerava que as normas programáticas constituiriam espécie de normas de eficácia limitada, relativas a “matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social”.

⁷⁸ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 38.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 84.

3.4 O auge da judicialização da saúde no Brasil

A judicialização da saúde, desde o início da década de 90, vem crescendo a cada ano, alcançando números alarmantes, trazendo com isso bastante preocupação para os setores envolvidos no problema, exigindo, dessa forma, um estudo constante acerca desse fenômeno.

Esse crescimento da judicialização da saúde é facilmente constatado no nosso cotidiano, como bem explicitou Duarte e Vidal:

Desde que as primeiras demandas judiciais requerendo acesso a prestações de saúde não alcançadas administrativamente começaram a ser propostas, no início deste milênio, até os dias atuais, a busca pela efetividade do direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário cresceu vertiginosamente, tendo atingido, desde 2010, segundo levantamento efetuado pelo Conselho Nacional de Justiça, o aumento de 130%⁸⁰.

No final dos anos 1990, com a mudança de posicionamento do Judiciário, quando ocorreu o primeiro julgamento pelo STF sobre o tema do direito à saúde, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos para paciente com HIV/AIDS, é que a judicialização da saúde passou a ganhar força, dando início à busca pelo Judiciário de novas questões relacionadas à saúde, resultando em uma judicialização excessiva da saúde⁸¹.

O auge dessa judicialização da saúde ocorreu entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, ou seja, no período de oito meses, quando a Universidade de São Paulo (USP) recebeu cerca de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substância *fosfoetanolamina sintética*, a pacientes de câncer, cuja substância ficou conhecida como a “pílula do câncer”⁸².

A substância denominada *fosfoetanolamina sintética*, ainda não era um medicamento, não tinha sequer registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e nem havia percorrido as etapas de pesquisa em animais e pesquisa clínica que se exigem para sua adoção terapêutica em seres humanos⁸³.

⁸⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Víctor Luna. **Direito à Saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.29.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 238.328/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, 1999. Ementa: paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=1749380>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁸² Jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”, ed. 14 fev. 2016, p. A18. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/procura/#!/Jornal+%E2%80%9CO+ESTADO+DE+S%C3%83O+PAULO%E2%80%9D%2C+ed.+14+fev.%2C+2016%2C+p.+A18.+Acervo/acervo>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139.

O fato teve origem em pesquisa de mestrado desenvolvida pela Universidade de São Paulo (USP) no *campus* da cidade de São Carlos, interior de São Paulo, no laboratório de Química da Instituição, ocasião em que, após a experiência em ratos, o orientador do estudante e mais cinco pessoas registraram a patente da referida substância e, a partir de então, espalhou-se a notícia de que a “pílula do câncer” seria a solução para a cura dessa doença e de outros males.

O resultado dessa “crença” na descoberta da “cura” do câncer foi a busca excessiva pelo Poder Judiciário para obter a substância, uma vez que ainda não se tratava de um medicamento e, conseqüentemente, não era fornecida pelos serviços públicos de saúde, nem encontrada no mercado, não havendo outra forma de adquirir a substância senão através de liminares concedidas pelo Judiciário determinando o fornecimento pela USP, até então a única a produzir a referida substância.

O que causou estranheza foi o fato de que não se tratava de uma simples crença popular que a substância tinha o poder de cura do câncer, mas também os magistrados passaram a acreditar nessa cura milagrosa e determinavam o fornecimento da referida substância aos pacientes que pleiteavam judicialmente, sem demonstrar qualquer preocupação com a eficácia ou seus efeitos colaterais e desrespeitando os protocolos adotados para o registro de medicamentos pela Anvisa, levando ao paroxismo a judicialização da saúde no Brasil.

Diante dessa excessiva judicialização em busca da “pílula do câncer”, em 19 de maio de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu, por maioria de votos, a eficácia da Lei nº 13.629/2016 que autorizava o uso da *fosfoetanolamina sintética*, deferindo medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-5501) que questionava a constitucionalidade da referida norma e que autorizava o uso da referida substância em pacientes diagnosticados com neoplasia maligna⁸⁴.

A partir daí, os Tribunais passaram a adotar posição mais cautelosa nas questões envolvendo o direito à saúde, levando, inclusive, as Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça a editar o enunciado nº 06 com a orientação aos magistrados, no momento

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501/DF**. Ementa: Direito Constitucional. Medida Cautelar em ADI. Lei nº 13.269/2016. Autorização de uso de substância (“pílula do câncer”) sem a realização de testes clínicos que comprovem sua eficácia e segurança e sem registro na Anvisa. Plausibilidade jurídica da alegação de violação ao direito à saúde e de violação à separação de poderes. Deferimento da medida cautelar. Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

das decisões judiciais, no caso concreto, para evitar a concessão de medicamentos não registrados na Anvisa ou em fase experimental⁸⁵.

3.5 Razões (causas) para a judicialização da saúde

Inúmeras são as razões que podem ser destacadas para a judicialização da saúde, seja pela ausência de políticas públicas voltadas para o atendimento da população que necessita dos serviços públicos de saúde, seja pelo não fornecimento de medicamentos e não disponibilização de tratamentos terapêuticos às pessoas que buscam atendimento desses serviços, seja ainda, pela omissão do Estado na prestação de serviços de saúde etc.

As pesquisas realizadas com base em dados coletados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e nas publicações científicas sobre o tema relacionado ao direito à saúde identificaram algumas razões e causas que levam à judicialização da saúde, as quais se destacam a ineficiência do Estado na elaboração e execução de políticas públicas voltadas à prestação de serviços de saúde, o que tem como consequência lógica a busca pelo judiciário, que por outro lado, tornou cultural essa judicialização de tudo.

Dentre essas causas que levam a judicialização da saúde se encontra a falta de medicamentos de primeira necessidade no atendimento básico; a demora ou até mesmo a falta de atendimento de especialidades médicas, por ausência de profissionais especializados; a não realização de cirurgias de pequena e média complexidade e a indisponibilização de tratamentos terapêuticos em todas as áreas da medicina.

A ineficiência estatal na prestação de serviços públicos de saúde pode ser compreendida no aspecto financeiro, em um primeiro momento, no que se refere à própria dificuldade de se obter recursos para o atendimento da população que necessita dos serviços de saúde, e, no segundo momento, na aplicação equivocada desses recursos, agravado pela incompetência dos gestores de saúde.

George Marmelstein elencou, dentre outras, as seguintes falhas dos órgãos de gestão de saúde pública que contribuem para a elevada taxa de judicialização de demandas por saúde no país, a saber:

⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 06: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

- a) A falta de medicamento padronizado, que ocorre quando o medicamento é registrado na ANVISA, foi aprovado pela CONITEC, incorporado à lista RENAME, mas não é disponibilizado pelos órgãos do SUS, apesar da prescrição médica, seja por má gestão, desorganização administrativa, falta de planejamento e de controle de estoque [...], o que não justifica a negativa do tratamento;
- b) Falta na atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Nesse caso, a possibilidade de falha no fornecimento de medicamentos ocorre quando uma nova tecnologia está registrada na ANVISA, aprovada pela CONITEC, mas ainda não foi incluída na lista RENAME;
- c) Falta de aprovação da CONITEC. Outra situação possível, que tem sido objeto de muitos casos de judicialização, ocorre quando a medicação é aprovada na ANVISA, mas não na CONITEC⁸⁶.

Outra causa citada por Marmelstein e que contribui para o aumento da judicialização da saúde é a prescrição, por médicos do setor público, de medicamentos e materiais ou procedimentos não padronizados pelo SUS, que não foram ainda incorporados pelo serviço público de saúde⁸⁷.

Essa mesma causa também é apontada por Andrade, cujo estudo identificou como uma das causas para a judicialização excessiva da saúde a prescrição, por médicos do setor público, fora do contexto do procedimento adotado pelo sistema público de saúde, de medicamentos, materiais ou procedimentos não padronizados pelo SUS que não foram (ainda) incorporados pelo serviço público de saúde, seja porque o médico não conhece os protocolos ou porque cede facilmente ao *lobby* da indústria farmacêutica, optando logo por medicamentos ou materiais não padronizados, deixando de esgotar as alternativas terapêuticas oferecidas pelo sistema⁸⁸.

Nesses casos, a Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça (JDS/CNJ), orienta aos magistrados que proceda a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimento sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como

⁸⁶ MARMELSTEIN, George. You can't Always get what you want: repensando a judicialização da saúde, com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54. N. 216, p. 114, out./dez. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 10 out. 2020.

⁸⁷ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 114-115.

⁸⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Temas atuais de Direito Público**. 2ª ed., Salvador: Juspodium, 2020, p. 24.

para firmar declaração de eventual conflito de interesse (ENUNCIADO 58, JDS/CNJ⁸⁹).

A falta de comprometimento do profissional médico, vinculado ao próprio sistema público de saúde, que passa a prescrever medicamentos não padronizados pelo SUS, induz logicamente o cidadão a recorrer ao Judiciário objetivando a obtenção de tais fármacos ou tratamentos.

Dessa forma, Andrade aponta que é imperioso que aos médicos na rede pública, seja recomendado ou até determinado que reservem para hipóteses realmente excepcionais a prescrição de medicamentos não padronizados ou a solicitação de materiais cirúrgicos não disponibilizados pelo SUS⁹⁰.

Soma-se a isso, ainda, a corrupção endêmica que envolve toda a estrutura administrativa, que desvia dinheiro público destinado à saúde para os bolsos dos políticos e fornecedores, ficando, ainda, mais escancarada essa corrupção nesse momento de pandemia do Covid-19, conforme noticiado pela imprensa nacional e que citamos apenas para exemplificar o caso do Estado do Rio de Janeiro⁹¹.

De outra banda, a questão cultural também tem sua parcela de contribuição para o aumento da judicialização da saúde, pois o usuário do sistema público de saúde não tem dúvida em buscar o judiciário para obter o tratamento ou medicamento de que necessita, muitas vezes sem a urgência que apresenta, furando, dessa forma, a fila de espera dos demais usuários, ocasionando um círculo vicioso e estimulando os demais a também buscarem a justiça.

A cultura da justiça gratuita, concedida sem maiores critérios, e a certeza de que o processo quase nunca terá consequência ao autor, do ponto de vista da sucumbência, dá azo à propositura desenfreada de ações irresponsáveis e desprovidas de fundamentos, sendo seu melhor exemplo, talvez, os pedidos de indenizações por danos morais⁹².

Essa cultura da judicialização não está limitada às políticas públicas de saúde, mas também expandida a outras áreas, tornando-se um fenômeno cultural que atinge

⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO N° 58: “Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME ou na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES ou nos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

⁹⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Temas atuais de Direito Público**. 2ª ed., Salvador: Juspodium, 2020, p. 25.

⁹¹ **Portal G1**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/29/esquemas-de-corrupcao-desviaram-quase-r-18-bilhao-da-saude-do-rj-desde-2007-valor-supera-gastos-com-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁹² CARDOSO, Daniel. **Judicialização da Saúde. Solução ou parte do problema?** Londrina: Ed. Thoth, 2020, p. 96.

principalmente as demandas por direitos sociais. Todavia, a cultura da judicialização encontra-se mais evidenciada nas questões relacionadas à saúde, uma vez que o cidadão individualizado é um potencial autor desse tipo de ação, levando-se em conta que, em algum momento da sua vida, necessitará de atendimento do serviço público de saúde, ainda que seja apenas uma simples consulta em uma modesta unidade básica de saúde.

De fato, são inúmeras as causas da judicialização da saúde, porém, seja qual for a causa, o que se conclui é que há uma inegável dificuldade de concretização dos direitos sociais, mormente do direito à saúde. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos assim discorreu:

Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa)⁹³.

Inobstante ser a judicialização da saúde uma realidade atual, na maioria das vezes, o problema poderia ser resolvido na esfera administrativa, sem a necessidade de se buscar o Judiciário, uma vez que, não raras vezes, o que se pleiteia em Juízo é o fornecimento de algum medicamento não disponibilizado pelo sistema público de saúde ou tratamentos e cirurgias não constantes da lista de serviços oferecidos aos cidadãos.

3.6 Ausência de critérios para as decisões judiciais de prestação a saúde.

Em virtude da falha do Estado na prestação dos serviços públicos de saúde, o direito à saúde tem se transformado em uma busca incessante pelo Judiciário, resultando na judicialização da saúde, na qual o Poder Judiciário substitui o Executivo nas decisões de políticas, que, em tese, seriam desse Poder e não daquele. Por outro lado, o Judiciário também usurpa a função do Poder Legislativo que teria como função típica legislar acerca do tema relacionado à saúde pública.

A indagação que se faz é se são observados critérios técnicos ou científicos nas decisões judiciais, mormente em primeira instância, ao determinar o fornecimento de medicamentos ou a disponibilização de tratamentos não fornecidos pelo SUS e, em alguns casos, não possui eficácia ou indispensabilidade?

⁹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288.

A resposta é negativa, pois da análise das decisões judiciais adiante citadas, a conclusão é que o magistrado, na maioria das vezes, se limita apenas a determinar o fornecimento do medicamento ou a disponibilização de tratamentos pleiteados com base na suposta necessidade e urgência da parte autora sem levar em consideração os argumentos trazidos pelo Poder Público.

Observa-se da análise das decisões judiciais realizadas durante a elaboração do presente trabalho é que essas decisões são desprovidas de qualquer embasamento técnico-científico, sendo mais comuns em sede de liminares e de tutelas de urgência, ocasiões em que o magistrado se limita apenas a determinar o fornecimento do medicamento e/ou tratamento com argumento da necessidade urgente do cidadão consubstanciada no perigo da demora, estabelecendo multa diária em caso de descumprimento, não restando alternativa ao Poder Público senão o cumprimento imediato da decisão.

Nesse sentido, buscando evitar a concessão de medidas liminares e de tutelas de urgência sem a análise mais aprofundada dos critérios técnicos e científicos, a III Jornada de Direito à Saúde do CNJ, para a orientação dos magistrados, editou o seguinte enunciado:

ENUNCIADO Nº 92

Na avaliação de pedido de tutela de urgência, é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente (III JDS-CNJ, 2019).

O Estado, por sua vez, passou a ingressar com recursos aos tribunais superiores e pedidos de suspensão de segurança e de tutela antecipada, o que levou o Supremo Tribunal Federal a realizar em 2009 uma audiência pública diante da incompletude sobre o tema relacionado à saúde, convocada pelo então Presidente daquela Corte, Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁹⁴.

Na referida audiência pública, foram convocadas e ouvidas diversas pessoas com experiência e autoridade em matéria de saúde pública, objetivando esclarecer as questões técnico-científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relacionadas com a prestação dos serviços públicos de saúde.

Foi debatido na audiência pública o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário, bem como a judicialização baseada em laudos médicos

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências Públicas realizadas. Judicialização do direito à saúde.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 05 out. 2020.

estranhos aos quadros do sistema público de saúde, sendo considerado ilegítimo, salvo casos excepcionais, e, ainda, a responsabilidade dos entes federados, o dever do poder público custear prestações de saúde não abrangidas nas políticas públicas existentes, a possibilidade (ou não) do bloqueio de verbas públicas decorrentes de decisão judicial e da pertinência do princípio da reserva do possível, sem, contudo, ser possível a identificação de posicionamento majoritário nesses casos.

O destaque da audiência foi o debate demonstrando a preocupação com a análise dos magistrados na concessão do pleito, ocasião em que se chegou à conclusão de que deve existir maior cuidado e não deferir todo e qualquer pedido para fornecimento de medicamentos ou tratamentos, conforme mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu discurso de encerramento da referida audiência pública⁹⁵.

Outros temas também foram objeto de debates na referida audiência pública como a gestão e a legislação do Sistema Único de Saúde e a universalidade do sistema e a ilegitimidade de se buscar, judicialmente, produtos experimentais ou não registrados na Anvisa, como ressaltado pela professora Sueli Dallari em sua participação na referida audiência:

A Anvisa falou, nesta Audiência, que tem a obrigação de proteger igualmente a saúde de todas as pessoas, assegurando segurança dos medicamentos para todas as pessoas. No caso em exame, há algumas obrigações que nos parecem bastante razoáveis, como, por exemplo: vincular o registro à obrigação de comercializar - coisa que faz, por exemplo, a Agência Europeia de Medicamentos, e nós ainda não fazemos⁹⁶.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, a partir da referida audiência pública, estabeleceu alguns critérios mínimos para determinar ao poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, como a comprovação pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, bem como a demonstração da inexistência ou ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido; deve, ainda, a parte autora demonstrar a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências Públicas realizadas. Judicialização do direito à saúde.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/Aud_Pub__Min_GM.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências Públicas realizadas. Judicialização do direito à saúde.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/SUELI_DALLARI.pdf. Acesso em 05 out. 2020.

a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) etc.

Nessa linha de ideias, o Superior Tribunal de Justiça em decisão exarada em sede de recurso especial representativo de controvérsia (tema 106) definiu que, para a concessão dos medicamentos não incorporados, deve ser exigida demonstração da “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito”⁹⁷.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, em julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, definiu alguns fatores a serem levados em consideração quando do julgamento do caso concreto envolvendo o direito à saúde, tais como: a inexistência de tratamento ou medicamento similar oferecido gratuitamente pelo SUS, ou em caso de existência, sua ineficácia no tratamento do paciente postulante; a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; a aprovação do medicamento pela ANVISA e a não configuração de tratamento experimental⁹⁸.

A questão controvertida que permeia a judicialização da saúde refere-se à demonstração de incapacidade financeira, à qual deve ser analisada levando-se em conta a situação financeira da parte autora e o valor da prestação de saúde pública pleiteada, pois o indivíduo pode até ser estável financeiramente, mas ser incapaz de suportar os custos do tratamento no caso específico.

Por último, em decisão recentíssima, em 11 de março de 2020, o Plenário do STF decidiu, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN com repercussão geral que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS,

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156/RJ**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 2018. Ementa: Administrativo. Recurso Especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. STA 175 AgR/CE Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. 29/04/2010. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 07 out. 2020.

porém, em casos excepcionais e preenchidos alguns requisitos, pode-se determinar o fornecimento ou o ressarcimento pela União (tema 06)⁹⁹.

No referido julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator e, no seu entendimento, o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS), afirmou que: “Não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada”. (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

Encerrando esse tema, cabe assinalar que é de suma importância a análise criteriosa dos parâmetros que orientam as decisões concessivas de medicamentos e tratamentos médicos por parte dos magistrados, seja em sede de tutela de urgência ou pedido liminar, seja no julgamento do mérito, sopesando o efetivo direito à saúde a ser demonstrado pelo demandante e a possibilidade jurídica do pedido.

3.7 As consequências econômico-financeiras do atendimento das decisões judiciais em matéria de saúde pública

A elevada quantidade de decisões judiciais determinando a concessão de medicamentos ou tratamentos terapêuticos tem sido motivo de preocupação dos gestores públicos de saúde, que necessitam reorganizar as políticas públicas de atendimento à população em geral em busca do atendimento à decisão da justiça que determinou o atendimento individualizado da parte autora.

Essa reorganização das políticas públicas que em princípio foi estruturada para atender toda a coletividade exige realocações de recursos financeiros, muitas vezes comprometidos com aquelas políticas previamente aprovadas e constantes dos orçamentos públicos em execução.

Nesse ponto se faz necessária uma breve análise acerca dos orçamentos públicos e como a judicialização da saúde impacta a execução orçamentária.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Tema 06 (repercussão geral): "O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento=6>. Acesso em: 07 out. 2020.

Para o presente trabalho, adotamos o conceito de orçamento público trazido pela doutrina de Régis Fernandes de Oliveira:

Pode-se conceituar o orçamento como a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público¹⁰⁰.

O orçamento público é o instrumento legal pelo qual o Executivo se orienta na execução das políticas públicas cuja previsão de receitas e despesas já consta da lei orçamentária aprovada pelo Legislativo e de cumprimento obrigatório pelo agente público, pena de incidir em improbidade administrativa em caso de descumprimento da norma orçamentária. Daí a orientação segundo a qual “o orçamento deixa de ser mera peça orçamentária para tornar-se um poderoso instrumento de intervenção na economia e na sociedade. Passa a ser um programa de governo” (OLIVEIRA, 2008).

O alto custo da judicialização da saúde causa forte impacto nas contas públicas dos entes da federação, os quais, não raras vezes, são obrigados a cumprir ordens judiciais para fornecimento de fármacos de alto custo sem a correspondente contraprestação orçamentária, causando, dessa forma, um “rombo” nas contas públicas que têm como consequência lógica o déficit financeiro para a implementação das políticas públicas de saúde para a coletividade.

Apenas para ilustrar, em pesquisa realizada para obtenção de dados sobre os custos da judicialização da saúde, constatou-se que somente a União teve um aumento insustentável nos seus gastos para cumprir ordens judiciais em matéria de saúde, tendo alcançado quase 1 (um) bilhão de reais a cada ano, o que representa um aumento de 30.000% entre 2008 e 2017, ou seja, em menos de uma década¹⁰¹.

Já no plano estadual, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% no mesmo período, enquanto que o número de processos judiciais cresceu 50%, tendo a Justiça Estadual de São Paulo como uma das principais responsáveis por esse grande número de processos no Brasil, conforme informação do CNJ¹⁰².

Ainda com relação ao Estado de São Paulo, aqui utilizado como parâmetro da pesquisa, em 2010 foram gastos R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais) para

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.318.

¹⁰¹ ARAÚJO, Cynthia Pereira de. LÓPEZ, Éder Mauricio Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde: Saúde Pública e Outras Questões**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 26.

¹⁰² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde n Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Instituto de Ensino e Pesquisa**, 2019, p. 46. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 01 nov. 2020.

cumprir ordens judiciais, sendo que em 2015 esse número saltou para R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão de duzentos milhões de reais) para cumprir 51.000 processos¹⁰³.

Assim, não restam dúvidas que a judicialização excessiva da saúde atrapalha a execução das políticas públicas a serem implementada pelo Poder Público (União, Estados e Municípios), réus na maioria das ações judiciais, e que é o responsável constitucionalmente, pela formulação e execução dos programas que deveriam assegurar o direito à saúde da coletividade, cujas políticas públicas são consideradas como “programas de ação governamental juridicamente definidos e se associam a um instrumental de análise que se amolda bem à perspectiva de governo”¹⁰⁴.

Nesse sentido, analisando os problemas relacionados ao fenômeno da excessiva judicialização da saúde, é a conclusão de Andrade:

Enfim, no enfrentamento do problema, devem as autoridades envolvidas agir de modo mais racional, mais ágil e menos sentimental, buscando-se preservar a higidez do sistema, o qual, por sua vez, precisa ser aprimorado nos seus pontos falhos pelos gestores do Ministério da Saúde. [...]. Do contrário, persistindo as falhas e a falta de compreensão adequada do fenômeno, os entes federativos continuarão a despender valores tão significativos para a aquisição de remédios ou de materiais não padronizados que não sobrarão recursos para investir nos programas e ações de saúde essenciais para a melhoria desse relevante serviço em favor do povo brasileiro¹⁰⁵.

Para fazer frente à judicialização da saúde e encontrar mecanismos de redução dessa judicialização ou até mesmo a sua desjudicialização, necessário se faz um esforço concentrado entre todos os atores envolvidos no problema, quais sejam os entes da federação e também os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a sociedade em geral, para o estabelecimento de estratégias e metas a serem alcançadas com o objetivo comum de reduzir ou eliminar a judicialização da saúde.

O direito à saúde, dentro do cenário da justiça, se destaca pelo fato de que a judicialização da saúde, em âmbito nacional, agigantou-se a ponto de os Poderes Públicos terem seus orçamentos alterados de forma drástica para atender às decisões judiciais¹⁰⁶.

¹⁰³ BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. **Intervenção judicial da saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais.** Disponível em: http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2013/jun/16/Panoramadajudicializacao_2015_modificacaodoemjunhode2016.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

¹⁰⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

¹⁰⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. **Temas atuais de Direito Público.** 2ª ed., Salvador: Juspodium, 2020, p. 40.

¹⁰⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde.** Aspectos Econômicos e Político. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24.

A judicialização da saúde resulta em decisões judiciais impositivas à administração e exige um redirecionamento nas políticas públicas de saúde programadas para o setor, tendo a Administração Pública que se adaptar a essas decisões isoladas e imprevistas inicialmente nos programas estatais.

Pode-se afirmar que o aumento da demanda por saúde na justiça e, de outro lado, a concessão de liminares para fornecimento de medicamentos e de tratamentos terapêuticos têm repercussões direta sobre a gestão pública da saúde, influenciando na tomada de decisão dos gestores, o que, ao menos em parte, decorre das deficiências da própria administração pública.

O número de ações na justiça relacionadas ao direito à saúde pode ser contado em dezenas ou mesmo centenas de milhares causando impactos econômicos impressionantes nos orçamentos públicos (INSPER; CNJ, 2019¹⁰⁷).

Segundo dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), atualmente são mais de dois milhões de ações sobre saúde, sendo que a maioria envolve pedidos de acesso a medicamentos, muitos deles previstos na lista do Sistema único de Saúde (SUS), mas negligenciado pelo Estado e outros nem sempre cobertos pelo poder público ou mesmo pelos planos de saúde, são, por exemplo, os medicamentos em fase experimental¹⁰⁸.

Ainda que amparado no direito de acesso à justiça garantido constitucionalmente como direito fundamental do cidadão, a judicialização da saúde interfere diretamente na administração dos recursos públicos destinados à saúde pública em geral, com impacto no planejamento das três esferas de governo: municipal, estadual e federal.

Conforme levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), no relatório analítico propositivo intitulado “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, entre 2008 e 2017, foi registrado aumento de 130% nas ações de saúde. Os dados apontam que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos em primeira instância, distribuídos em 17 tribunais estaduais de justiça; e 277.411 processos em segunda instância, distribuídos em 15 tribunais de justiça estaduais”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ INSPER, CNJ. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd26017d08f4.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

¹⁰⁸ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Notícias CNJ, 2020**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 08 out. 2020.

¹⁰⁹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), Relatório Analítico Propositivo: “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”. 2019. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%C%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2020.

O resultado da judicialização foi o impacto no orçamento do Ministério da Saúde que aumentou em 14 vezes os gastos em atendimento a demandas judiciais, sendo que em junho de 2016 esse gasto chegou a R\$ 1,6 bilhão. Estima-se em R\$ 7 bilhões o gasto anual total do SUS somente para o cumprimento de decisões judiciais (CNJ, 2019).

Embora esse número não seja preciso, o gasto para atendimento de decisões judiciais no ano de 2015 passou de R\$ 1 bilhão de reais somente no governo federal sendo que, em 2008, esses valores eram de aproximadamente setenta milhões de reais, ou seja, aumento em mais de quatorze vezes em oito anos, conforme relatório do Tribunal de Contas da União isso somados aos gastos dos Estados e Municípios, a conclusão é que a judicialização da saúde gera um enorme impacto sobre o orçamento do SUS¹¹⁰.

A judicialização da saúde também impactou o funcionamento das instituições, exigindo mudanças significativas na gestão do sistema de saúde, na administração da justiça e na relação entre o sistema de saúde e os órgãos do Judiciário, fazendo com o que a Administração Pública se organizasse na gestão a fim de mitigar os efeitos da judicialização.

Uma das consequências da judicialização foi a edição da Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011 que alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, cujo projeto da referida lei, mencionou, em suas exposições de motivos, a judicialização da saúde entre suas principais motivações¹¹¹.

A Lei nº 12.401/2011 acrescentou o artigo 19-M, inciso II na Lei nº 8.080/90 e definiu critérios para a dispensação de medicamentos, cujo dispositivo prevê que “a assistência terapêutica integral” consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com as relações (listas) de medicamentos estabelecidas pelos gestores federais, estaduais e municipais, delimitando, dessa forma, o princípio da integralidade.

A referida norma também criou um novo órgão, denominado “Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC” responsável por auxiliar o Ministério da

¹¹⁰ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1.787/2017, Plenário, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 08 out. 2020.

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 12.401 de abril de 2011**. Alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Saúde em decisões sobre incorporação ou exclusão de novas tecnologias, assim como a constituição e alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas¹¹².

A lei exige que a CONITEC faça avaliações com base na evidência científica sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança de um tratamento; bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, cujas conclusões são encaminhadas ao Ministério da Saúde para decisão final, que via de regra, segue as recomendações da CONITEC.

O CNJ, em observância ao disposto na legislação de regência, que criou a CONITEC e, objetivando estabelecer diretrizes a serem seguidas pelos operadores do direito, mormente os magistrados, como resultado dos estudos e debates realizados nas Jornadas de Direito da Saúde, editou o enunciado nº 57, com a seguinte redação: “Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC”¹¹³.

Por outro lado, o CNJ estabeleceu que havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS-CONITEC- pela não incorporação de tecnologia, a determinação judicial de fornecimento deve apontar o fundamento e a evidência científica que afaste a conclusão do órgão técnico, em razão da condição do paciente (ENUNCIADO Nº 103, CNJ-JDS, 2019)¹¹⁴.

Nessa ordem de ideias, é de se concluir que, em tese, os Juízes, antes de exarar suas decisões, seja em sede de análise preliminar em mandados de segurança ou ainda em pedidos de tutelas de urgência, deveriam observar os dispostos nos enunciados do CNJ-JDS que condicionam o fornecimento dos fármacos e/ou tratamentos terapêuticos à prévia análise da CONITEC.

¹¹² BRASIL. **Lei Nº 8.080/90**, Art. 19-Q.: A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

¹¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 57: “Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e86613d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 103: “Havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS-CONITEC- pela não incorporação de tecnologia, a determinação judicial de fornecimento deve apontar o fundamento e a evidência científica que afaste a conclusão do órgão técnico, em razão da condição do paciente”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

O próprio Ministério da Saúde cita a judicialização para justificar as mudanças trazidas pelo então novo sistema de avaliação de tecnologias em saúde para auxiliar nas decisões sobre incorporação de tratamentos¹¹⁵.

Não obstante a Lei nº 12.401/2011 tenha criado expectativas com as modificações legislativas, não se constata uma mudança das decisões judiciais, na qual a CONITEC é raramente citada, demonstrando desprezo pela nova legislação.

Por fim, em resposta à judicialização e com objetivo de dar cumprimento a decisões judiciais e prestar informações e esclarecimentos a juízes e partes ao longo do processo, as Secretarias Estaduais de Saúde criaram órgãos e procedimentos internos, com a contratação de mais servidores para atender às necessidades impostas pela judicialização.

A título de exemplo, em pesquisa recente realizada pela Universidade de São Paulo que analisou as estratégias de “gestão da judicialização” em quatro estados com maior volume de ações judiciais em saúde, São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, constatou-se que três dos quatro Estados contam com órgãos de gestão específicos que articulam setores internos das Secretarias, tanto para prestar esclarecimentos a juízes, procuradorias estaduais e demandantes, como para realizar a compra e entrega de medicamentos e serviços concedidos judicialmente¹¹⁶.

Ainda segundo a pesquisa da USP, em todos os quatro Estados as procuradorias criaram setores específicos ou especializaram procuradores para a atuação em ações de saúde, estabelecendo uma parceria entre Procuradoria Geral do Estado e Secretaria Estadual de Saúde que vai além da atuação nos processos judiciais, atuando também na elaboração de ações estratégicas que tem o objeto a redução da judicialização como um todo.

Esses novos procedimentos e órgãos criados pelo Estado para o enfrentamento da judicialização requerem a disponibilização orçamentária e de recursos humanos demonstrando, dessa forma, que o impacto da judicialização sobre a política de saúde vai além do custo do cumprimento das sentenças, pois na medida em que novas estruturas e

¹¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Nova Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias de Saúde e impacto ao Sistema Único de Saúde. “Esse fenômeno acontece no Brasil e em países da América Latina, nos quais a figura do direito à saúde é base legal de seus sistemas públicos de saúde. Como os julgamentos dessas ações se baseiam no direito individual à saúde, e não no direito de uma população, não levam em conta critérios de priorização, de oportunidade, de adequação ou racionalidade. Assim, a judicialização da saúde desafia o princípio da equidade, ameaça a sustentabilidade dos sistemas, desloca prioridades e gera riscos à saúde. Porém, tem o mérito de mobilizar as atenções para o setor Saúde, sinalizando o que a sociedade espera do SUS”. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 5. P. 993-996, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-102011000500024&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 08 out. 2020.

¹¹⁶ VASCONCELOS, Natalia Pires de; VERISSIMO, Marcos Paulo. Mandado de segurança ou ministério da saúde?: Gestores, procuradores e respostas institucionais à judicialização. 2018. **Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002915885>. Acesso em: 09 out. 2020.

procedimento são criados para prevenir e “gerir” a judicialização, recursos organizacionais também são redirecionados das demais atividades da política de saúde para o atendimento de ações judiciais.

A judicialização da saúde, como visto, tem como consequência imediata o redirecionamento das ações preestabelecidas nas políticas públicas de saúde, com a criação de novos procedimentos, órgãos e servidores capacitados para o atendimento da demanda judicial, causando, impacto diretamente no orçamento do Ministério da Saúde e nos demais entes da federação.

3.8 Aplicação de penalidades pecuniárias à Fazenda Pública pelo não cumprimento das decisões judiciais e a possibilidade de sequestro de verbas públicas para o atendimento dessas decisões

A aplicação de multa coercitiva, denominada *astreintes*, tem como finalidade coagir o devedor, no caso, a Administração Pública, ao cumprimento da obrigação mediante a imposição de multa pecuniária, ainda em sede liminar ou de tutela de urgência, o que leva o gestor público ao imediato cumprimento da medida com receio de se ver obrigado ao pagamento da referida multa e, conseqüentemente, ser questionado pelo Ministério Público e Tribunal de Contas.

A multa coercitiva (*astreintes*) tem previsão legal no artigo 537 do Código de Processo Civil e independe de requerimento da parte, podendo ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, e, ainda, na fase de execução, ou seja, o CPC admite a aplicação da *astreintes* em qualquer fase do processo¹¹⁷.

Na lição de Fredie Didier Jr. “as *astreintes* se destacam por sua natureza primordialmente coercitiva, isto é, constituir meio voltado a impelir o destinatário da ordem ao cumprimento da determinação judicial”. Todavia, não se pode negar o “caráter sancionatório da multa cominatória, ainda que sua característica predominante seja a coercibilidade”¹¹⁸.

Nada obstante o valor proveniente das *astreintes* somente seja exigido após o trânsito em julgado da decisão que a determinou favorável ao seu titular, o fato é que a simples previsão da multa cominatória diária já tem o condão de fazer o gestor público cumprir a

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 537: “A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito”.

¹¹⁸ DIDIER, Fredie Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª ed., v. 5, Salvador/BA: JusPodium, 2017, p. 273.

determinação, pois, não raras vezes o Juiz, ao aplicar a referida penalidade pecuniária, ainda prevê a eventual responsabilização do administrador por ato de improbidade administrativa em caso de não descumprimento.

A aplicação de *astreintes* tem sido constantemente utilizada pelos magistrados de primeiro grau no que tange ao direito à saúde, compelindo o gestor público ao cumprimento imediato da decisão, seja para fornecimento de medicamentos ou para disponibilização de tratamentos terapêuticos diversos, uma vez que há previsão legal para a sua aplicação e, por outro lado, não há qualquer impedimento para utilizá-las nas ações relacionadas ao direito sanitário.

Sobre a possibilidade de imposição de multa pecuniária à Fazenda Pública, a jurisprudência pátria já vem se posicionando favoravelmente nesse sentido: “As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra a pessoa jurídica de direito público, que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado”¹¹⁹.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu sobre a possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, e, complementando o seu voto, o relator assim concluiu: “E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida”¹²⁰.

O STJ, dessa forma, no que tange a possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) ao ente público, firmou a seguinte tese em sede de recursos repetitivos: “Possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros” (tema 98).

Todavia, conforme disposto na parte do caput do artigo 537 do CPC, conclui-se que a multa deve ser fixada em patamar razoável e compatível com a obrigação, com objetivo de compelir o devedor a não desistir do seu cumprimento. Na lição de Didier, o magistrado, diante do caso concreto, deve observar se a aplicação das *astreintes* é “suficiente ou

¹¹⁹ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. **Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor**, 50ª ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2019, p. 592.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.474.665/RS**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 2017. Tema 98: “Possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471215149/recurso-especial-resp-1474665-rs-2014-0207479-7/inteiro-teor-471215150>. Acesso em: 09 de out. 2020.

compatível com a obrigação”. Na verdade, ele deve pautar-se, nessa oportunidade e sempre, de acordo com o dever de proporcionalidade¹²¹.

Nesse sentido, é o teor do enunciado nº 86 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

As multas fixadas por descumprimento de determinações judiciais (*astreintes*) devem levar em consideração as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público ou por Agentes de Saúde Suplementar, bem como guardar proporcionalidade com o valor da prestação pretendida. (ENUNCIADO Nº 86, JDS, CJN, 2019)¹²².

Para além da imposição de multa cominatória ao ente público, com o objetivo de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial, há, ainda, a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos ou tratamentos terapêuticos quando a demora no cumprimento da obrigação possa acarretar risco à saúde, bem como à vida da parte autora, podendo, o magistrado, no caso concreto, determinar de ofício ou a requerimento da parte, o referido bloqueio como medida coercitiva para o fornecimento do fármaco.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou tese nesse sentido:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação (TEMA 84- STJ – Resp 1069810/RS¹²³).

Nessa mesma linha é a posição do Supremo Tribunal Federal, que em sessão de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral sobre o tema, a ministra relatora Ellen Gracie deixou assentado em seu voto o seguinte: “Ademais, verifico que a matéria já se

¹²¹ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª ed., v. 5. Salvador/BA: JusPodium, 2017, p. 281.

¹²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 86: “As multas fixadas por descumprimento de determinações judiciais (*astreintes*) devem levar em consideração as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público ou por Agentes de Saúde Suplementar, bem como guardar proporcionalidade com o valor da prestação pretendida”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 106.9810**, RS. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 2013. Tema 84: “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>. Acesso em: 09 out. 2020.

encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos”¹²⁴.

O tema também já foi objeto de discussão no âmbito do Conselho Nacional de Justiça que editou o enunciado nº 53 das Jornadas de Direitos da Saúde que, reconhecendo a possibilidade de bloqueio de numerário por ordem judicial, orienta a aquisição imediata do produto para atender ao princípio da economicidade no atendimento da determinação judicial, mesmo quando já efetuado o bloqueio da verba pública.

Todavia, conforme orientação do CNJ¹²⁵ (Enunciado nº 74, JDS), o bloqueio em conta bancária do ente demandado será efetuado pelo Juiz quando não houver cumprimento voluntário da ordem judicial, figurando a multa (*astreintes*) apenas em último caso.

Em conclusão, da análise das causas e consequências apontadas nesse estudo, evidencia-se que a judicialização progressiva da saúde é uma realidade no atual cenário da justiça no Brasil, é um fenômeno complexo que demanda ações conjuntas dos diversos setores públicos e da sociedade em geral para o enfrentamento do problema com vistas a sua redução ou até a eliminação total, pois caso contrário o sistema tende a entrar em colapso e levar a uma falência total de serviços públicos de saúde, prejudicando, principalmente a população mais carente que não possui recursos para buscar atendimento na rede privada e suplementar de saúde.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 607.582 - RG/RS**, Min. Ellen Gracie, 2010. “Fornecimento de medicamentos. possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. existência de repercussão geral”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1702/false->. Acesso em: 09 out. 2020.

¹²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 74: “Não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (*astreintes*) apenas como *ultima ratio*”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

4 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE PRESTAÇÃO À SAÚDE

Neste capítulo, busca-se analisar as decisões judiciais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde, a partir da promulgação da Constituição Federal (1988), quando a saúde foi erigida a categoria de direito fundamental social e teve início o movimento denominado “judicialização da saúde”, passando pelo período em que a judicialização da saúde atingiu seu auge em meados de 2016, com as milhares de decisões liminares determinando o fornecimento da substância denominada “pílula do câncer”, até os dias atuais.

A partir de 1990, teve início um movimento do cidadão em busca do Judiciário para a obtenção dos serviços públicos de saúde, utilizando, como regra, o fundamento constitucional que acabara de ser inserido no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que ainda que positivado, o direito à saúde carecia de efetividade.

No primeiro momento em que o tema chegou aos Tribunais Superiores, primeiramente no Superior Tribunal de Justiça (1996), em julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564, prevaleceu a tese da Fazenda Pública que atribuiu à saúde um caráter meramente programático, cuja decisão teve como fundamento a teoria de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais¹²⁶.

Na referida decisão, o STJ firmou entendimento de que “a norma constitucional seria de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, ou não dispõe de eficácia plena, posto que depende, para ter incidência sobre os direitos tutelados, de legislação suplementar”.

Esse processo judicial, individual e coletivo, contra os Poderes Públicos, teve início na década de 90, com as reivindicações das pessoas com HIV/AIDS para obtenção de medicamentos e procedimentos médicos, cujas reivindicações fundamentam-se no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade conjunta da União Federal, Estados e Municípios¹²⁷.

¹²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564/RS**. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1996. Acórdão resumido: “Inexistência. Direito líquido e certo. Norma de eficácia limitada. Necessidade de complementação, legislação”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>. Acesso em: 11 out. 2020.

¹²⁷ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis, Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, 2010, pp. 77-100. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

A ampla estratégia de advocacia empreendida pelas organizações não-governamentais (ONGs), em todo Brasil, resultou numa jurisprudência favorável à responsabilização dos entes federativos no cumprimento imediato dessa prestação estatal e em avanços nas políticas públicas de saúde às pessoas com HIV/AIDS, em especial o acesso universal e gratuito aos medicamentos antirretrovirais¹²⁸.

No final dos anos 1990, devido ao grande número de pessoas contaminadas pelo vírus HIV e doentes de AIDS e, conseqüentemente, com o aumento considerável das demandas judiciais em busca de medicamentos e tratamentos terapêuticos para essa doença, é que o tema relacionado ao direito à saúde chegou ao STF e, a partir daí, o Judiciário começou a mudar o seu posicionamento e a decidir favoravelmente à concessão das prestações dos serviços públicos de saúde¹²⁹.

Os avanços das políticas públicas na assistência às pessoas com HIV/Aids, em decorrência das decisões judiciais favoráveis, foi um incentivo para outros movimentos sociais organizados e para a população em geral, pois, nas últimas décadas, pode-se constatar que a reivindicação judicial passa a ser largamente utilizada como mecanismo de garantia de direitos e ampliação de políticas públicas, ampliando, inclusive, a atuação do Ministério Público neste âmbito¹³⁰.

O Judiciário passou então a julgar procedentes as demandas relacionadas ao direito à saúde como um “direito absoluto” determinando o fornecimento de medicamentos aos autores, interpretando na sua plenitude os dispositivos constitucionais. Tais decisões, geralmente proferidas em primeira instância, seja em pedidos de liminares em mandado de segurança ou em tutelas de urgências, bem como nas decisões de mérito, começaram a chegar aos Tribunais Superiores em virtude dos recursos interpostos pelo Estado.

Em princípio, os Tribunais Superiores – STF e STJ - partilhavam desse entendimento e mantinham as decisões exaradas no primeiro grau, reafirmando a posição de que o direito à

¹²⁸ LOYOLA, M.A. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciênc. Saúde Coletiva* [online]. 2008, v. 13, suppl., p. 763-778. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v13s0/a27hv13s0.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo de Instrumento 238.328/RS**, Min. Marco Aurélio, 1999. Ementa: “Saúde – Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757643/agravo-de-instrumento-ai-238328-rs-stf>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹³⁰ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo soc., São Paulo, v. 19, n. 2, pág. 39-85, novembro de 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 out. 2020.

saúde deveria ser garantido de maneira plena e absoluta, cujas decisões eram unânimes nesse sentido.

Posteriormente os Tribunais, mormente o STF, passaram a mudar entendimento e conseqüentemente a negar os pedidos de fornecimentos de medicamentos e tratamentos terapêuticos realizados apenas com fundamento da urgência, sem qualquer justificativa técnica e ou científica da necessidade do referido serviço de saúde, bem como sob o argumento de inexistência de recursos suficientes e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas.

Cumprir destacar ainda, a audiência pública realizada pelo STF, em meados de 2009, por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes para discutir os principais problemas envolvendo o direito à saúde e com objetivo de esclarecer questões político-administrativas e jurídico-econômicas relacionadas à prestação de serviços públicos de saúde.

4.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde

Nos termos da Constituição Federal (1988), “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, ou seja, cabe a esse órgão do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, a competência primeira (essencial, fundamental) da guarda da Constituição¹³¹.

José Afonso da Silva leciona que “a jurisdição constitucional, por seu turno, emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”¹³².

Com efeito, uma vez que é o “guardião” da Constituição, todas as questões relacionadas aos direitos previstos na Carta Magna acabam por desaguar no STF, e por essa razão, a Corte tem sido o palco de importantes decisões judiciais que impactaram toda população brasileira, de maneira geral, pois determinados assuntos que deveriam ser resolvidos internamente no âmbito de seus respectivos órgãos e dentro de suas atribuições, passaram a ser decididos pelo Judiciário e, em última instância, pelo STF.

¹³¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 554.

Vários assuntos foram levados ao STF e ali decididos, em detrimento das políticas públicas elaboradas para o atendimento do tema, podem-se citar, a título de exemplo, as questões relacionadas à família como a união homoafetiva; a questão das células-troncos e do aborto do feto anencéfalo etc.

Nessa linha, o direito à saúde ocupou um espaço bastante significativo na agenda da Corte Suprema, com importantes decisões que firmaram precedentes que são reivindicados constantemente pelos autores das demandas, sendo que nesse primeiro momento o STF firmou posição no sentido de que o direito à saúde deveria ser garantido de maneira plena e absoluta, cujas decisões eram unânimes nesse sentido, porém, essa posição inicial foi sendo flexibilizada, mormente após a audiência pública nº 04, quando se estabeleceu alguns critérios mínimos para a concessão do direito à saúde pleiteado¹³³.

A pesquisa foi realizada diretamente no *sítio* eletrônico do STF (www.stf.gov.br), tendo como elemento de busca o termo “direito à saúde”, no período compreendido entre 1990 e 2020, foram encontrados 1.444 acórdãos inicialmente. Objetivando delimitar a pesquisa, utilizou-se a expressão “direito à saúde/medicamentos”, sendo o número de acórdãos proferidos pelo STF naquele período reduzido para 125 acórdãos, cujo critério foi o escolhido para a realização da pesquisa e análise das decisões da Suprema Corte em matéria de saúde pública.

Assim, neste estudo, a escolha dos julgados se deu de forma qualitativa e de acordo com o tema objeto do presente trabalho, excluindo-se os julgados referentes à saúde suplementar, como por exemplo, as obrigações dos planos de saúde, dando-se preferência aos acórdãos cuja decisão mostrava pertinência temática com a prestação dos serviços públicos de saúde.

Delimitada a pesquisa, procedeu-se a leitura desses acórdãos, dos quais se citam como exemplos, em ordem cronológica e por ano de julgamento, os julgados abaixo:

1) Agravo de Instrumento nº 232.469/RS (1998). No referido recurso o STF firmou entendimento no sentido de que é obrigação do Estado o fornecimento de medicamentos aos que necessitam e não os podem adquirir, sendo essa considerada a decisão que se tornou o *leading case* na distribuição gratuita de medicamentos voltados ao tratamento do vírus HIV e que motivou o início das políticas públicas nesse sentido.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, em seu voto condutor assim concluiu:

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas realizadas. Judicialização da saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=2&tipo=realizada#>. Acesso em: 18 out. 2020.

A Constituição Federal prevê ações programáticas para assegurar à coletividade o direito à saúde, assim também ao indivíduo ao referir que o direito é de todos. A saúde – ou doença – está no corpo, impondo-se preservar a primeira, nas ações programáticas, e curar a segunda, na atenção particularizada, fornecendo aos carentes os medicamentos excepcionais, como os necessários ao tratamento da AIDS, como é de previsão legal[...]¹³⁴.

2) Agravo de Instrumento nº 238.328/RS (1999). Consolidando esse entendimento, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto proferido no julgamento do referido agravo, deixou claro que a prioridade dos gastos deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais.

Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem”¹³⁵.

3) Recurso Extraordinário nº 273.834 (2000). Na mesma linha de entendimento, o Ministro Relator Celso de Mello não conheceu do referido recurso e manteve a decisão de fornecimento de medicamentos para assegurar, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS.

Segue trecho do julgamento acima:

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 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

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Agravo de Instrumento nº 232.469/RS**, Rel. Min. Marco Aurélio, 1998. EMENTA: DECISÃO AIDS - MEDICAMENTOS - INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - RESPONSABILIDADE DO ESTADO (GÊNERO) - RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM - AGRAVO DESPROVIDO. 1. O recurso extraordinário cujo trânsito busca-se alcançar foi interposto, com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim sintetizado: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FUNDAMENTOS. A Constituição Federal prevê ações programáticas para assegurar à coletividade o direito à saúde, assim também ao indivíduo ao referir que o direito é de todos. A saúde - ou doença - está no corpo, impondo-se preservar a primeira, nas ações programáticas, e curar a segunda, na atenção particularizada, fornecendo aos carentes os medicamentos excepcionais, como os necessários ao tratamento da AIDS, como é de previsão legal (Lei nº 9.908/93) neste Estado. RECURSOS DESPROVIDOS (folha 322). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757829/agravo-de-instrumento-ai-232469-rs-stf>. Acesso em: 15 de out. 2020.

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 238.328/RS**, Min. Marco Aurélio, 1999. Ementa: “Saúde – Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757643/agravo-de-instrumento-ai-238328-rs-stf>. Acesso em 13 de out. 2020.

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 República¹³⁶.

4) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS, de 02 de agosto de 2000. Em julgamento desse recurso, o Relator Ministro Celso de Mello, em seu voto condutor, concluiu que 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 direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional¹³⁷.

5) No mesmo acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS (2000), acima citado, Celso de Mello, também entendeu que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional:

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 inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 273.834**. Rel. Min. Celso de Mello, 2000. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. “O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48950/47673>. Acesso em: 15 out. 2020.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, 2000. Ementa: Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, Arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>. Acesso em: 13 out. 2020.

cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (AgR. RE 271.286/RS)

Ainda com relação ao referido julgado, o Ministro Relator também mencionou a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes como forma de efetivação dos preceitos fundamentais do direito à vida:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade (AgR. RE 271.286/RS).

6) Recurso Extraordinário nº 342.413/PR (2004). No presente recurso, a Ministra Ellen Gracie, proferiu decisão no sentido de que os problemas orçamentários apresentados pelo Estado não podem ser obstáculos para justificar a inviabilidade do direito à saúde: “Saliento, ainda, que os obstáculos de ordem burocrática e orçamentária, até porque os Estados possuem regularmente programas de distribuição de remédios, não podem se entres as ao cumprimento de preceito constitucional que garante o direito à vida”¹³⁸.

7) Posteriormente, ainda que timidamente, o Supremo Tribunal Federal, passou a adotar posições diferentes, sendo um primeiro indicador de dessa mudança o voto do Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45 (2004), que apesar de se tratar de julgamento estranho ao tema, o Ministro passou a apresentar argumentos novos quanto à reserva do possível diante do direito à saúde.

É 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política¹³⁹.

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 342413/PR**, Rel. Min. Ellen Gracie, 2004. Ementa: “O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. [...] Recurso não conhecido.” Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795226/recurso-extraordinario-re-342413-pr-stf>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45**. Min. Celso de Mello, 2004. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal.

8) Suspensão de Tutela Antecipada 91 (2007): Todavia, o marco da mudança de posicionamento das decisões do Supremo Tribunal Federal pode ser considerado a Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, cuja decisão foi a primeira a determinar a não concessão do medicamento pleiteado, sob o argumento de inexistência de recursos suficientes, bem como pela necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas, atendendo o caráter de universalidade incorporado à regra do art. 196 da Constituição Federal, devendo garantir o direito à saúde a todos, e não de forma individualizada¹⁴⁰.

Nessa importante decisão, a Ministra Ellen Gracie, determinou que “o direito à saúde deve estar ligado à elaboração de políticas públicas para um acesso coletivo, igual e universal e não como medidas individualizadas”.

Destaca-se parte da decisão:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde (STF- Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91).

9) Suspensão de Segurança nº 3.073/RN (2007). Outra decisão da Ministra Ellen Gracie proferida nos autos da Suspensão de Segurança nº 3.073 que desobrigou o Estado a fornecer um medicamento pleiteado judicialmente pelo impetrante, uma vez que o medicamento solicitado, além de custo elevado, não consta da lista do Programa de

Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em: 13 de out. 2020.

¹⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2007. Decisão: “Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>. Acesso em 13 de out. 2020.

dispensação de medicamentos em caráter excepcional do Ministério da Saúde, estando ainda em fase de estudos e pesquisas.

A Ministra Ellen Gracie, no julgamento da referida Suspensão de Segurança, assim decidiu:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisão como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Come efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde¹⁴¹.

Evidenciou-se que, posteriormente, devido à grande repercussão do caso, as decisões exaradas pela Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Tutela Antecipatória e na Suspensão de Segurança acima citadas passaram a ser utilizadas pelo Estado para pleitear o não fornecimento ou a sua interrupção, funcionamento como precedente importante nas demandas propostas a partir de então.

10) Suspensão de Segurança nº 3.205 (2007). A Ministra Ellen Gracie, em decisões posteriores, manifestou-se preocupada com a repercussão do caso e declarou, em julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.205/AM, que a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados “isso porque, os pedidos devem ser analisados caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica”¹⁴².

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.073/RN**. Rel. Ellen Gracie, 2007. Decisão: “Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador", diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3205/AM**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2007. Decisão: “Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária. 7. Ante o exposto, indefiro o

No caso em questão, a decisão exarada pela própria Ministra Ellen Gracie, analisando o caso concreto, indeferiu a suspensão pretendida e manteve a liminar para determinar a concessão do medicamento pleiteado no “*mandamus*”:

Preocupa-me, assim, sobremaneira, a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados. Os pedidos de contracautela em situações como a que ensejou o deferimento da liminar ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. (...) Assim. No presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no ar. 4º da Lei nº 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço (STF - Suspensão de Segurança nº 3205/AM).

Citam-se, ainda, os casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte que ganharam a mídia pelas vultosas quantias a que o Estado foi condenado a desembolsar em tratamentos terapêuticos de doenças raras ou fornecimento de medicamentos importados, a saber:

11) Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG (2009): O pedido de Suspensão de Tutela Antecipada foi indeferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da presidência do STF, no qual se postulava a suspensão dos efeitos da tutela jurisdicional concessiva de medida que o obrigou o respectivo Estado de Minas Gerais a arcar com um tratamento de doença rara e degenerativa, no importe de R\$ 2.6000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais) por ano, segundo informou o governo daquele Estado.

O pedido de suspensão da tutela antecipatória foi fundamentado na lesão à saúde e segurança públicas, uma vez que, o medicamento pleiteado não havia sido registrado na ANVISA, sendo proibida a sua comercialização no país e embasado na lesão à economia pública em virtude do alto custo do tratamento.

Todavia, apesar dos argumentos apresentados pelo Estado de Minas Gerais, o pedido de suspensão foi indeferido com o argumento de que, ainda que considerado de alto custo o medicamento, e, considerando-se o risco inegável de lesão à economia pública, a ponderação de valores em conflito levou ao indeferimento e conseqüentemente à manutenção da tutela antecipatória concedida.

Assim votou o Ministro Gilmar Mendes: “A suspensão dos efeitos da decisão pode ocasionar graves e irreparáveis à saúde e à vida do paciente, parecendo, indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação originária”¹⁴³.

12) Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE (2008). O pedido de suspensão da tutela antecipatória foi realizado pelo Estado de Pernambuco pleiteando a cassação da decisão do Tribunal de Justiça local determinando o fornecimento de medicamentos no importe de US\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares), inclusive com a determinação de que R\$ 269.000,00 (duzentos e sessenta e nove mil reais) fossem pagos diretamente na conta do médico indicado pela família.

O pedido foi deferido pela então Ministra Ellen Gracie para suspender a determinação do Tribunal de Justiça local com o argumento de que a medida, caso mantida, representaria grave lesão à ordem pública, pois permitia a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde – SUS, sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou de avaliação médica credenciada para tanto¹⁴⁴.

No entanto, em decisão exarada nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada STA 223 (2008), a decisão do TJ local foi mantida pelo STF que deu provimento ao referido recurso e, conseqüentemente, o tratamento milionário foi ofertado pelo Estado de Pernambuco. Todavia, em que pese a importância da realização da Audiência Pública, o fato é que, na prática, após a realização da referida audiência houve pouca mudança

¹⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2009. Decisão: “Portanto, o fornecimento do medicamento Elaprase a menor portador de Síndrome de Hunter, na hipótese dos autos, não representa lesão à ordem pública. A decisão que determinou ao Estado o seu fornecimento, se suspensa, poderá acarretar dano irreparável para o menor. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137159/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-198-mg-stf>. Acesso em: 14 de out. 2020.

¹⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2008. Decisão: “Há que se considerar, finalmente, que a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão interlocutória proferida pelo MM. Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n.º 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, bem como a decisão que determina a liberação da quantia depositada nos autos da Ação de Indenização (Processo n.º 001.2007.043289-0), em tramitação perante a 4ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138622/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-223-pe-stf>. Acesso em: 15 de out. 2020.

nas decisões da Corte, que continuou a julgar procedente, na grande maioria, as demandas relacionadas à saúde pública¹⁴⁵.

É o que se conclui da análise das decisões a seguir:

13) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712-RS (2009). No presente julgado, em decisão do Relator Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência, negando provimento ao Agravo Regimental interposto contra decisão exarada em Agravo de Instrumento que decidiu pelo fornecimento de medicamento essencial sobe pena de aplicação de multa diária e de sequestro de valores ao Estado.

Ademais, o aresto impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS. Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de atuação no plano organizacional federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional¹⁴⁶.

14) Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (2009). No julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada acima, o Ministro Relator Gilmar Mendes, no exercício da Presidente da Corte Suprema, manteve a decisão que concedeu a tutela antecipada e determinou o

¹⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2008. Ementa: “Vítima de assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco ao qual se atribui omissão no desempenho da obrigação de oferecer à população local níveis eficientes e adequados de segurança pública - Prática criminosa que causou tetraplegia à vítima e que lhe impôs, para sobreviver, dependência absoluta em relação a sistema de ventilação pulmonar artificial - Necessidade de implantação de marcapasso diafragmático intramuscular (marcapasso frênico) - Recusa do estado de Pernambuco em viabilizar a cirurgia de implante de referido marcapasso, a despeito de haver supostamente falhado em seu dever constitucional de promover ações eficazes e adequadas de segurança pública em favor da população local (CF, art. 144, “caput”) - Antecipação de tutela concedida em favor da vítima, na causa principal, pelo Senhor Desembargador Relator do processo - Suspensão de eficácia dessa decisão por ato da Presidência do Supremo Tribunal Federal - Medida de Contracautela que não se justificava em razão da ausência de seus pressupostos - Direito à vida e à saúde - Dever Estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional (CF, Arts. 196 e 197)-Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-Membros da Federação - configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado de Pernambuco [...] - Doutrina - Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República- Recurso de Agravo provido”. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em: 15 de out. 2020.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712/RS**. Rel. Min. Dias Toffoli, 2009. Ementa: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Constitucional. Direito à saúde. Medicamentos. Fornecimento a pacientes carentes. Obrigação do Estado. I - O Acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à constituição, se existente, seria indireta. II- A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à constituição federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo Regimental improvido. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143791/agravo-de-instrumento-AI-671111-RS-STF>. Acesso em: 19 out. 2020.

fornecimento de medicamento pela União por não se constatar, no caso, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Em seu voto, o Relator, assim concluiu:

[...] Assim, saliento que, ao analisar o pedido de suspensão, entendi inexistirem os elementos fáticos e normativos que comprovassem grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Consignei, ainda, que havia informação da existência de prova pré-constituída, consistente em: laudo médico do Hospital Sarah certificando a essencialidade do medicamento para o aumento de sobrevida e de qualidade de vida da paciente, na impossibilidade de a paciente custear o tratamento e na existência de registro do referido fármaco na ANVISA.

[...] Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

[...] Por fim, destaco que a agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental¹⁴⁷.

15) Suspensão de liminar nº 710/RS (2013): O então Presidente da Corte Suprema, Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento da suspensão de liminar nº 710/RS, indeferiu a medida de contracautela por entender que não havia risco de ruptura social ou de ruína institucional, se a decisão impugnada for revista a tempo e modo próprios pelos instrumentos processuais ordinários, especiais e extraordinários disponíveis à União, e, conseqüentemente, não há risco à saúde pública na manutenção da decisão.

A medida pleiteada buscava a suspensão da liminar deferida que obrigava a União ao fornecimento a todas as pacientes acometidas de câncer de mama metastático do medicamento de alto custo, uma vez que o referido medicamento, apesar de ser dispensado regularmente pela rede pública, não foi liberado pela Anvisa para pacientes neste estágio mais grave da doença, alegando inexpressivos resultados eficazes e a existência de eventuais efeitos colaterais graves.

O Ministro indeferiu a medida alegando que não restou comprovada a alegação de possível dano ao erário, bem como por entender ser direito do paciente a escolha pelo tratamento, desde que conheça os riscos, principalmente por se tratar de medida que, muitas

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. Ementa: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 21 out. 2020.

vezes, oferece a “esperança” necessária para a continuidade da luta pela vida. Assim concluiu o Ministro:

Nesse sentido, o vulto da despesa, tão-somente por si, é insuficiente pra motivar o drástico ato da suspensão de segurança, de liminar ou de tutela antecipada. Exige-se comprovação de inexorável tendência de insolvência estatal, ou seja, da impossibilidade de atendimento de outros deveres públicos primários. De fato, a Constituição não estabelece um teto pecuniário acima do qual qualquer ente federado se tornaria imune à jurisdição¹⁴⁸.

16) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário nº 894.085/SP (2015). O Ministro Relator negou seguimento ao referido recurso com base na Súmula 279 do próprio STF que não admite reexame de fatos nesse momento processual. No entanto, em seu voto condutor, o E. Ministro reafirmou a jurisprudência da Corte Suprema e manteve a decisão de deferimento de fornecimento de medicamento a paciente portador de doença grave.

Assim concluiu o Relator:

Cabe registrar que esta Corte tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido¹⁴⁹.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 710/RS**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2013. Decisão: “Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pela União com o objetivo de suspender decisão que determinou ao ente federado o fornecimento, na rede pública, a todas as pacientes acometidas de câncer de mama que apresentem tumores com superexpressão do receptor HER2 no Estado de Santa Catarina., do fármaco “Trastuzumabe” (Herceptin). Sem prejuízo de novo exame da matéria por ocasião de eventual exame das questões de fundo, considero ausentes os requisitos que ensejariam a concessão da medida pleiteada. [...] Ante o exposto, indefiro o pedido para suspensão da liminar (art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 21, § 1º do RISTF)”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24139801/suspensao-de-liminar-sl-710-rs-stf>. Acesso em: 28 de out. 2020.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário nº 894.085/SP**. Rel. Ministro Roberto Barroso, 2015. Ementa: “Direito Constitucional. Direito à saúde. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Separação dos poderes. Violação. Não configurada. Obrigação solidária dos entes federativos. Precedentes. Hipossuficiência. Súmula 279/STF. 1. É firme o entendimento deste tribunal de que o poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310985864/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-894085-sp-sao-paulo-0043534-4920118260053/inteiro-teor-310985874>. Acesso em: 28 out. 2020.

17) Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 936.301/ES (2016). O recurso foi improvido com o fundamento na Súmula 279 do STF, que inadmite reexame de matéria de fato em sede de Recurso Extraordinário. Todavia, o E. Ministro ratificou o entendimento da Corte Suprema reafirmando a posição de que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado (lato sensu) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”¹⁵⁰.

18) Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 831.915/RR (2016). O E. Ministro Relator negou seguimento ao referido recurso com fundamento na Súmula 279 do próprio STF que veda o reexame de fatos em recurso extraordinário, reafirmando, no mérito, a jurisprudência da Corte Suprema no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade¹⁵¹.

19) Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 818/MG (2017).

O referido recurso foi julgado improvido pela Corte Suprema com fundamento de que o Agravante, no caso, a União, não trouxe argumentos suficientes a alterar a decisão agravada, cuja decisão concedeu a tutela antecipada com o argumento de que não restou comprovada lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública, reconhecendo, ao contrário, a possibilidade de ocorrência de dano inverso¹⁵².

20) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 639436/RS (2018). Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso que buscava a reforma da decisão do Tribunal que reconheceu a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para a efetivação da decisão judicial de fornecimento de medicamentos em matéria de direito à

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 936.301/ES**. Rel. Min. Edson Fachin, 2016. Ementa: “Direito à Saúde. Fornecimento de fraldas e de luvas descartáveis. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Inviabilidade do Recurso Extraordinário. Desprovimento do Agravo. 1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o tribunal de origem, seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos aplicáveis à espécie. Incidência da Súmula 279 do STF. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309151141&ext=.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 831.915/RR**. Rel. Min. Luiz Fux, 2016. Ementa: Administrativo. Fornecimento de medicamento. Responsabilidade solidária dos entes federados. Reafirmação da jurisprudência sob a sistemática da repercussão geral. RE 855.178-RG. Fornecimento de medicamento fora da lista do SUS. Possibilidade. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Agravo Regimental desprovido. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862937020/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agr-are-831915-rr-roraima-0001852-2920128230000/inteiro-teor-862937025?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 818/MG**. Rel. Ministra Carmem Lúcia, 2017. EMENTA: “Ação Civil Pública. Programa farmácia popular. Portadores de necessidades especiais. Políticas públicas de inclusão social. Ausência de argumentos ou fatos novos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo Regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769880949/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-agr-sta-818-mg-minas-gerais-9037753-2120151000000/inteiro-teor-769880959>. Acesso em: 29 out. 2020.

saúde.

Assim ficou redigida a ementa do Acórdão mencionado:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. 1. O acórdão recorrido dá efetividade aos dispositivos constitucionais que regem o direito à saúde. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para a garantia do fornecimento de medicamentos, questão que teve, inclusive, a repercussão geral reconhecida nos autos do RE nº 607.582/RS. 3. Agravo regimental não provido.

21) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 1.058.131/MG (2018). A Corte Suprema, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Agravo, reafirmando a sua própria jurisprudência no sentido de determinar o fornecimento de medicamentos às pessoas carentes, cuja ementa do referido acórdão expressamente consagra esse entendimento: “Direito à vida e à saúde – necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes – dever constitucional do estado (CF, Arts. 5º, “caput”, e 196) – Precedentes (STF)”¹⁵³.

22) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 1.206.231/PE (2019). O referido recurso foi julgado improcedente por unanimidade pelo STF, nos termos do voto do E. Ministro Relator, Gilmar Mendes, sob o argumento de ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada, bem como por inadmitir o reexame de provas em sede recursal extraordinária, conforme Súmula 279 do próprio STF. Dessa forma, o Tribunal manteve a determinação que obriga o Estado a disponibilizar tratamento com base em fornecimento de dieta enteral industrializada a paciente que não tem condições de se alimentar totalmente ou parcialmente por via oral¹⁵⁴.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 1.058.131/MG**. Rel. Ministro Celso de Mello, 2018. Decisão: “Solidariedade entre os entes da Federação em matéria de saúde. Agravo improvido. I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. II – Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III– Agravo regimental improvido.” Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386416/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 1.206.231/PE**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2019. Ementa: “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo e Constitucional. 3. Direito à saúde. Fornecimento de dieta enteral industrializada. 4. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. 5 Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur413485/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

23) Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 791/SC (2019). No referido julgamento, a Corte Suprema reafirmou a posição no sentido da possibilidade de bloqueio de valores para manutenção do atendimento público a pacientes do SUS, em virtude da não comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, e, ainda, na possibilidade de ocorrência de dano inverso.

Assim ficou redigida a Ementa do referido Acórdão:

EMENTA Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada. Direitos fundamentais sociais. Direito à saúde. Sistema Único de Saúde. Determinação de bloqueio de valores para manutenção do atendimento público a pacientes do SUS. Não comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. 2. Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade da manutenção do atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), sobressaindo-se a necessidade de proteção à saúde, à vida e à dignidade. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento¹⁵⁵.

Observa-se das decisões acima citadas, que o Supremo Tribunal Federal, em quase a totalidade dos casos, decide favoravelmente ao particular usuário do sistema público de saúde, sem levar em consideração os argumentos trazidos pelo Poder Público em suas contestações e/ou recursos.

Essa observação também foi apontada por Lima, o qual denomina essa postura do Judiciário de “cegueira de um olho só”. Segundo o autor, em sua pesquisa que analisou as decisões do STF em direito à saúde “o olho que deveria ver os argumentos vindos da política parece que ficou cego, ou quase isso. Em vários acórdãos, constatou-se completa indiferença aos argumentos da Administração Pública”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 791/SC**. Rel. Min. Dias Toffoli, 2019. EMENTA: “Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada. Direitos fundamentais sociais. Direito à saúde. Sistema Único de Saúde. Determinação de bloqueio de valores para manutenção do atendimento público a pacientes do SUS. Não comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. 2. Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade da manutenção do atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), sobressaindo-se a necessidade de proteção à saúde, à vida e à dignidade. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416744/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁵⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**. Aspectos Econômicos e Políticos – São Paulo, Almedina, 2020, p. 40.

Na maioria dos casos, a Suprema Corte meramente exclui as razões do ente público recorrente do processo argumentativo que teria como objetivo influenciar na decisão daquela Corte, chegando ao absurdo de sequer citar ou fazer qualquer remissão aos argumentos trazidos pela Administração Pública. Em outros casos, a decisão da Corte não enfrenta a tese jurídica proposta pelo ente público com fundamento do óbice à discussão de fatos e provas, citando a súmula 279 da própria Corte Suprema.

Na linha adotada pelo STF, o direito à saúde é tido como bem indisponível, fechando os olhos a qualquer argumento, que em seu entendimento limitaria esse direito. Materializa-se, assim, um jogo de lados no qual a política sempre seria o lado do mal e o jurisdicionado sempre representaria o lado do bem. O julgamento, desse modo, é ideológico e não jurídico (Lima, 2020).

Alguns julgados citados como exemplo por Lima (2020), os quais passo à análise, demonstra essa forma de julgar do STF:

1) Recurso Extraordinário nº 368.564/DF (2011): Nesse caso em que a União interpõe o referido Recurso Extraordinário, tem-se por objeto a reforma decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que a condenou a custear tratamento médico em Cuba para tratar doença rara denominada “retinose pigmentária”, à qual leva a uma perda progressiva da visão, assemelhada ao glaucoma¹⁵⁷.

A ação foi proposta por um grupo de pessoas que impetrou mandado de segurança, a qual foi denegada em primeira instância. O Regional Federal, por sua vez, deu provimento ao apelo concedendo a ordem aos impetrantes determinando a União a disponibilização do tratamento em Havana (Cuba) sob a alegação de que no Brasil não há tratamento para a doença.

No Recurso Extraordinário, em princípio, o então Ministro da Corte Suprema, Menezes Direito, relator original do recurso, estava dando provimento ao apelo da União, porém, devido à aposentadoria do relator original, o Ministro Marco Aurélio, ao assumir a relatoria, esse negou provimento ao recurso, e com tom de ironia, desqualificou todo e qualquer argumento trazido pela União e afirmou: “Estou desprovendo o recurso e mantendo o acórdão. O recurso é da União? Certamente, com esse tratamento, a viúva não ficará mais

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 368.564/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, 2011. Ementa: “Direito à vida e à saúde – Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – Fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes – Dever constitucional do Estado (CF, Arts. 5º, “caput”, e 196) – Precedentes (STF) – [...] Precedente (pleno) – Necessária observância dos limites estabelecidos no art. 85, §§ 2º e 3º do CPC – Agravo Interno improvido”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386416/false>. Acesso em 29 out. 2020.

pobre”.

Continuou o Ministro Marco Aurélio:

Essa denominada reserva do possível, no tocante ao Estado, leva-me à indignação como contribuinte, como cidadão, como juiz, pois, se for realmente empolgada e aceita, teremos desculpa para tudo, porquanto desde que me conheço, o Estado, em que pese à grande carga tributária, luta com escassez de receita, mas luta porque tem despesas excessivas, principalmente com a máquina administrativa e a dívida interna.

Na sessão de julgamento desse recurso, travou-se um debate interessante entre os Ministros da Corte Suprema acerca da alegação por parte da União do princípio da reserva do possível, cuja discussão, diga-se de passagem, resultou em uma verdadeira aula de direito, com posições contrárias e a favor da reserva do possível.

Em seu voto vista, o Ministro Ricardo Lewandowski deu provimento ao recurso da União para denegar a ordem concedida pelo Regional Federal.

Encerrados os debates, o recurso foi desprovido, por maioria dos membros da Corte, mantendo-se, assim, a decisão do TRF da 1ª Região que determinou o tratamento da doença na cidade de Havana em Cuba.

2) Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 926.469/DF (2016). No presente Recurso Extraordinário, o Distrito Federal pleiteou a reforma da decisão que deferiu o fornecimento de remédio de alto custo não constante da lista do SUS, porém, o referido recurso foi inadmitido, razão pela qual o ente da federação interpôs o Agravo Regimental. O E. Ministro Roberto Barroso, relator do Acórdão, negou provimento ao agravo sem enfrentar a tese trazida pelo Poder Público se limitando apenas a citar a jurisprudência da própria Corte: “A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados”¹⁵⁸.

Da leitura do referido acórdão, conclui-se que o relator não demonstra nenhuma preocupação em distinguir ou apontar os argumentos vindos da Administração Pública, quais

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 926.469/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, 2016. Ementa: “Direito Administrativo. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito à saúde. Medicamento não padronizado. Fornecimento pelo poder público. Precedentes. 1. A jurisprudência do supremo tribunal federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da constituição federal, o estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O supremo tribunal federal tem se orientado no sentido de ser possível ao judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo sus, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11202259>. Acesso em: 29 out. 2020.

sejam, os argumentos políticos, mantendo sua decisão nos seus argumentos exarados nas decisões da Corte.

4.2 A Audiência Pública realizada pelo STF em abril de 2009: a tentativa de equacionar e reduzir a judicialização da saúde

Diante das divergências nos julgamentos da Corte Suprema e em virtude do considerável aumento das demandas relacionadas à prestação de serviços públicos de saúde, seja pleiteando medicamento ou tratamentos terapêuticos, seja na busca de cirurgias e outros tratamentos, é que o Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência do STF, convocou uma Audiência Pública (nº 04/2009) para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e amplos conhecimentos em matéria de saúde pública, cujo objetivo foi o esclarecimento de questões técnico-científicas, administrativas, político-econômicas e jurídicas relacionadas com a prestação do direito à saúde, e, assim, subsidiar os integrantes da Suprema Corte em futuros julgamentos¹⁵⁹.

Assim, na referida Audiência Pública, foram ouvidos especialistas em matéria de Saúde Pública, especialmente os gestores públicos, bem como os membros da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, constatou-se a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, uma vez que o resultado da Audiência apontou que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas de proteção do direito à saúde, mas sim a necessidade de determinação judicial para o cumprimento de políticas já existentes.

Portanto, não se cogita o problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública, ou seja, no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas realizadas. Judicialização da saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=2&tipo=realizada#>. Acesso em: 18 out. 2020.

políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Finalizada a Audiência Pública, estabeleceram-se os seguintes parâmetros a fim de orientar as futuras decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde:

1) O primeiro dado a ser levado em consideração no momento da decisão pelo magistrado, conforme apontado pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Em caso positivo, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em caso negativo, ou seja, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação¹⁶⁰.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Nesse caso, conforme restou evidenciado pelos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa.

O registro de medicamento é uma garantia à saúde pública. E, a Anvisa, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Assim, após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a Anvisa passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na Anvisa configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

2) O segundo dado a ser considerado na ocasião do julgamento da demanda por medicamentos, também apontado pelo Ministro Gilmar Mendes (STA nº 175/2010), é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA Nº 175**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 07 out. 2020.

casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia¹⁶¹.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “medicina com base em evidências”.

Com isso, adotaram-se os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar os diagnósticos de doenças e os tratamentos correspondentes com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses.

Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigada a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA Nº 175**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 07 out. 2020.

Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial. Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. Todavia, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que

o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

A referida Audiência Pública foi considerada um marco importante, pois trouxe à baila as discussões sobre as questões relacionadas à saúde, numa tentativa de equacionar o problema e reduzir a judicialização da saúde.

4.3 O posicionamento atual do STF: a mudança de paradigma e a adoção de critérios acerca da concessão de pedidos de atendimento ao direito à saúde.

Conforme relatado até aqui, após análise dos acórdãos proferidos pela Suprema Corte, desde o início do movimento de judicialização da saúde, exceto as primeiras decisões do início da década de 90, a jurisprudência do STF é totalmente favorável ao fornecimento de remédios ou qualquer intervenção médica pleiteada pela parte requerente, chegando a quase 100% dos casos de deferimento do pleito.

Esse cenário começou a mudar, ainda que timidamente, somente a partir de meados de 2019 e mais recentemente em 2020, quando a Corte passou a impor alguns critérios e requisitos a serem preenchidos pela parte requerente para obtenção dos serviços de saúde pleiteados. Assim, passo a análise dos julgados que evidencia essa mudança de paradigma:

1) Tema 500: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela Anvisa. *Leading Case*: RE 657.718 MG (2019). Relator Ministro Marco Aurélio. Nesse julgamento, o STF fixou a seguinte tese:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019¹⁶².

¹⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema 500. *Leading Case*: RE 657.718/MG**. Relator Ministro Marco Aurélio, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRE&numeroTema=500>. Acesso em: 29 out. 2020.

O julgamento do referido Recurso Extraordinário (Tema 500), pelo STF, com repercussão geral, estabeleceu ser possível o fornecimento e o custeio de medicamento não registrado na Anvisa, pelo Poder Público, desde que preenchidos os seguintes requisitos: i) exista pedido de registro do medicamento no Brasil; ii) existência de registro do medicamento em renomadas agências com registro no Exterior; iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Um dos principais requisitos autorizadores do fornecimento do medicamento não registrado na Anvisa é a “mora irrazoável” da própria agência reguladora em apreciar o pedido de registro do medicamento, ou seja, que não sejam respeitados os prazos fixados pela Lei nº 13.411/2016, cujos prazos vão de 90 a 365 dias, prorrogados por até um terço do prazo originalmente fixado, uma única vez, cuja inércia administrativa justifica a intervenção do Judiciário.

A única exceção para esse requisito, conforme decidiu o STF, são os casos dos medicamentos designados “órfãos” para doenças raras e ultrarraras, que em razão da falta de viabilidade econômica, não há solicitação de registro por parte da indústria farmacêutica.

Além de estabelecer os requisitos para o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa, a Corte Suprema também determinou que as ações que demandem esse tipo de medicamento deve ser direcionada diretamente contra a União, rompendo, nesse caso, a solidariedade entre os entes da federação em matéria de saúde pública.

Por fim, quanto aos medicamentos experimentais, o STF foi taxativo: “Fornecimento e importação jamais serão justificados. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais” e “não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los”. Medicamentos experimentais, em suma, são aqueles sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, como por exemplo a fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer).

2) TEMA 793: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. *Leading Case*: RE 855.178/SE (2019). Relator Ministro Luiz Fux. No julgamento do Tema 793, o STF fixou a seguinte tese em repercussão geral:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro¹⁶³.

¹⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema 793. *Leading Case*: RE 855.178/SE.** Rel. Min. Edson Fachin, 2019. Tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a responsabilidade para fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos é solidária, sendo competência da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, que exercem a competência comum em matéria de saúde pública, conforme previsto no texto constitucional.

A tese firmada em repercussão geral que reconheceu a responsabilidade solidária entre os entes da federação admitiu, dessa forma, que o cidadão possa ingressar com a ação pleiteando o fornecimento de medicamentos ou tratamentos terapêuticos em face de qualquer ente da federação, ou seja, a escolha, a critério da parte requerente, pode recair sobre o Município, Estado ou a União, ou sobre todos, uma vez que se trata de competência comum desses entes em matéria de saúde pública.

Contudo, em que pese a responsabilidade solidária entre os entes da federação em matéria de saúde pública, o STF deixou a critério da autoridade judicial o direcionamento do cumprimento da demanda, conforme as regras de repartição de competências, e, consequentemente, determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Em julgamento recente da Suspensão de Tutela Provisória - STP 445/RS (2020), no RE 855.178/RS, que ora se analisa, o então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, reiterou o posicionamento fixado na tese em questão, e assim decidiu:

Buscou esta Corte com a tese firmada conciliar os legítimos interesses envolvidos: de um lado, o paciente, a quem não deve ser atribuída a responsabilidade para conhecer o complexo arcabouço da divisão de atribuições no âmbito do SUS; e, de outro, os entes da Federação, aos quais a Constituição Federal atribuiu o dever constitucional de assegurar a “promoção, proteção e recuperação” da saúde dos cidadãos brasileiros de forma comum, mas não superposta. Pretendeu, assim, esta Corte assegurar a máxima garantia ao direito à saúde sem, contudo, relegar a plano distinto, a necessária sustentabilidade do sistema de saúde, a qual se perfaz, em grande medida, pela repartição interna de atribuições entre os entes. Isso porque a responsabilidade indivisa, sem qualquer espécie de ordenação, conduziria à triplicidade de esforços em idênticas etapas da prestação à saúde, com evidente desperdício de recursos nessas áreas, o que implicaria risco à economia pública. Ademais, ante a amplitude do direito à saúde no ordenamento brasileiro (rememore-se que o sistema é universal e integral), o desperdício de recursos em uma etapa da prestação à saúde implicaria vazios assistenciais nas demais. Trata-se de uma evidência simples da economia em saúde: os recursos são escassos e as demandas são infinitas; a má utilização dos recursos induziria fatalmente à desassistência,

nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793#>. Acesso em: 29 out. 2020.

implicando risco à saúde pública¹⁶⁴.

No caso da STP 455/RS, o Juiz da causa havia direcionado o cumprimento da decisão apenas ao município de Santa Cruz do Sul/RS, autor do pedido de suspensão provisória, pois a ordem judicial determinou de modo distinto, apenas o referido município o fornecimento de medicamento de elevado custo.

O Ministro Relator, Dias Toffoli, no exercício da Presidência da Corte Suprema, ainda que não tenha admitido o pedido de suspensão de tutela como meio hábil à reforma de decisão do Tribunal de Origem ou do Juízo monocrático, como no caso, deferiu medida cautelar para determinar à autoridade competente (Juiz da causa) que promova a delimitação de atribuições entre os entes que compõem o SUS, e, se for o caso, ordene o ressarcimento entre os entes.

Essa importante decisão, reafirma a jurisprudência do STF com relação à responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde pública, bem como a orientação contida no Tema 793 em análise, acerca do direcionamento, pela autoridade judicial, do cumprimento da medida ao ente da federação e o conseqüente ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

3) TEMA 06. Dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. *Leading Case*: RE 566.471/RN (2020). Relator Ministro Marco Aurélio.

O referido recurso extraordinário teve reconhecida a repercussão geral, porém ainda não foi finalizado o seu julgamento, cuja sessão virtual iniciada em 21/08/2020 foi suspensa em 28/08/2020 em virtude de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. No entanto, o Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, votou pelo desprovimento do recurso e propôs a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral:

TESE PROPOSTA: Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): "O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória nº 455/RS no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE**. Ministro Dias Toffoli, 2020. Decisão: “Suspensão de Tutela Provisória. Fornecimento de medicamento de alto custo. Condenação solidária do estado e município. Inobservância do que decido no RE 855.178 – tema 793 da Repercussão Geral. Alegação de risco à ordem pública e econômica. Ocorrência. Elevado valor da prestação de saúde em comparação ao orçamento do município autor. Pedido de suspensão que se julga procedente. [...] *Ex positis*, julgo procedente o pedido de suspensão, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do processo nº 9001265-43.2020.8.21.0026 em relação ao município de Santa Cruz do Sul/RS até o trânsito em julgado do processo de origem, mantida a eficácia em relação ao Estado do Rio Grande do Sul”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1139918/false>. Acesso em: 02 nov. 2020.

do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil"¹⁶⁵.

Os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso também apresentaram teses distintas daquela apresentada pelo Relator.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou a seguinte tese:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento (STF - Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

O Voto do Ministro Roberto Barroso fixava a seguinte tese:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS (STF - Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

Tendo em vista as teses apresentadas que, apesar de desprover o recurso, apontam uma mudança de paradigma da Corte Suprema, alguns pontos merecem destaque nesse julgamento, uma vez que o seu objeto apresenta pertinência temática com o presente trabalho.

O recurso extraordinário ora analisado chegou ao STF em 08/10/2007, ou seja, há mais de 10 (dez) anos, tendo reconhecida a sua repercussão geral em 15 de novembro de

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Min. Marco Aurélio, 2020, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 29 out. 2020.

2007, cujo acórdão ficou assim ementado: “Saúde – Assistência – Medicamento de alto custo – Fornecimento. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo”¹⁶⁶.

Reconhecida a repercussão geral, mesmo após o fornecimento do medicamento à parte autora, o recurso prosseguiu até o julgamento pela Corte, sendo admitido o ingresso de terceiros interessados e de outros entes da federação.

O caso se refere à recusa do Estado de Rio Grande do Norte em fornecer o medicamento “sildenafil 50 mg”, destinado ao tratamento das enfermidades “miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar”, sob a alegação do alto custo do medicamento e por não constar no programa de dispensação de medicamentos pelo estado.

A autora ingressou com o pedido de obrigação de fazer, cuja ação foi julgada procedente em primeira instância e confirmada e mantida pelo Tribunal de Justiça local, cujo acórdão assim resumiu:

[...] fornecimento de medicamento de alto custo. Recusa do estado em fornecê-lo. Impossibilidade. Afronta a direitos assegurados pela Constituição Federal. Obrigação do estado apelante em fornecer o medicamento imprescindível ao tratamento de saúde da apelada.

No Recurso Extraordinário em análise, o Estado alegou que o atendimento individualizado compromete as políticas públicas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral, viola a reserva do possível, bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas sobre a saúde prevista na Carta Magna.

Assim, rompendo-se a tradição do STF em denegar seguimento aos recursos extraordinários com fundamento na Súmula 279, que veda o reexame de matéria de fato naquela fase processual, o presente julgamento analisa o mérito e as argumentações trazidas pelo ente público, o que até então era, na maioria das vezes, totalmente ignoradas pela Corte¹⁶⁷.

O Relator do processo, Ministro Marco Aurélio, levando em consideração os fundamentos do acórdão recorrido e as razões do extraordinário que revelam as perplexidades decorrentes de decisões dessa natureza, elencou alguns questionamentos que deveriam ser

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Min. Marco Aurélio, 2020, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Súmula 279**: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 04 nov. 2020.

respondidos no seu julgamento sob o ângulo da repercussão geral a fim de balizar e uniformizar a jurisprudência da Corte acerca do tema:

“É chegada a hora de o Supremo responder a esses questionamentos, sob o ângulo da repercussão geral, presente a recusa do Estado em fornecer medicamento de alto custo, necessário à saúde de paciente reconhecidamente hipossuficiente”(Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

São esses os questionamentos apresentados pelo Relator:

- 1) Teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo?
- 2) A relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva?
- 3) Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos?
- 4) A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie?
- 5) É possível a fixação de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país?

Em seu voto condutor, respondendo aos questionamentos acima apontados, o Ministro Marco Aurélio, confrontando as teses da “reserva do possível” e do “mínimo existencial” entende ser viável a judicialização das alocações orçamentárias, se destinadas à satisfação do mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos sociais, e, em casos particulares, revelado a existência do mínimo existencial, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada.

Respondendo a outro questionamento, Marco Aurélio, com relação aos direitos fundamentais de segunda geração, incluindo aí os direitos sociais e econômicos, afirma que:

A evolução dos direitos fundamentais está intimamente ligada ao progresso das constituições, desde os modelos liberais do século XVIII, passando pelas constituições sociais do início do século XX, e alcançando as constituições democráticas promulgadas a partir do fim da Segunda Grande Guerra. A afirmação constitucional dos direitos sociais mostra-se etapa das mais relevantes dessa caminhada dos direitos. A positivação progressiva dos direitos fundamentais está associada à evolução do papel do Estado – do Liberal ao Social, chegando ao Democrático – frente aos indivíduos e à sociedade. Tem-se, atualmente, a busca de um modelo de organização político-constitucional no qual, em equilíbrio, a atuação do poder público, de um lado, deve ser contida em nome de liberdades essenciais do homem e, de outro, revela-se imprescindível para a satisfação de certas necessidades

sociais. Antes, falava-se em direitos contra o Estado; hoje, além desses, em direitos por meio do Estado. Não se trata de uma escalada de rompimentos, e sim de complementações de direitos. Quando se faz referência a “gerações de direitos”, não se está a afirmar que o surgimento de uma nova representou o fim da anterior. O processo é cumulativo e ruma sempre a partir de bases fundamentais: dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade. Daí não ter ocorrido ruptura do Estado Liberal. Este precisou acomodar-se também como Estado Social, para dar conta de novas demandas, o que incluiu realizar prestações positivas, de conteúdo social e econômico, em favor de significativa parcela da sociedade, especificamente, das camadas pobres, mais frágeis e necessitadas. Nesse contexto de reafirmação de liberdades atrelada à busca por igualdade material e justiça social, vieram à balha os direitos socioeconômicos, classificados como direitos de segunda geração, impondo ao Estado realizar prestações positivas na área da saúde, assistência social, educação, trabalho, alimentação, moradia. Esses direitos sociais foram reconhecidos na Constituição de 1988”. [...] A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

Sobre o questionamento acerca dos limites e das possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado, o Ministro Relator, alegando a existência da controvérsia sobre o nível possível de tutela judicial voltada a obrigar o Estado a realizar os serviços necessários, assim conclui:

Sabe-se que há, no País, a Política Nacional de Medicamentos, com a elaboração de listas daqueles a serem distribuídos aos que necessitem, destacando-se o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, referente aos remédios de alto custo ou excepcionais. Espera-se que essas políticas cheguem, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional dos medicamentos. Entretanto, não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas políticas. Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas. Em casos do tipo, não se admite a alegação alusiva ao caráter puramente programático das normas constitucionais versando o direito à saúde. Verificada transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde revela-se imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa, como o do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas. Objeções de cunho administrativo, de primazia da *expertise* da Administração Pública, não podem subsistir ante violações ao mínimo existencial. Argumentos, genéricos, ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes não possuem sentido prático em face de casos de inequívoca transgressão a direitos fundamentais. Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável. A tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

Quanto à definição de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país, o Ministro Relator, estabeleceu a necessidade de presença de dois elementos configuradores do dever estatal de tutela do mínimo existencial:

- 1) O elemento objetivo; ou seja, a imprescritibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde, configurado pela necessidade essencial do paciente na utilização do fármaco para a sobrevivência ou à melhoria da qualidade de vida do paciente;
- 2) O elemento subjetivo; qual seja a incapacidade financeira de aquisição do medicamento reconhecidamente adequado e necessário ao tratamento de saúde do indivíduo caracterizador do dever estatal de tutela do mínimo existencial.

Há, ainda, que ressaltar no julgamento desse recurso extraordinário, conforme consignado na proposta de tese do Ministro Relator, a discussão travada na sessão de julgamento acerca dos deveres de solidariedade familiar quando se fala em incapacidade financeira do enfermo, sendo adotada a seguinte posição nesse caso:

Assim como o dever de todos em custear os direitos sociais mediante impostos e contribuições, a solidariedade familiar nesse campo possui base constitucional. Não há hierarquia formal entre esses diferentes deveres de solidariedade. Cabe ao intérprete realizar uma acomodação. Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é custeado por toda a sociedade por meio dos tributos. O Estado atua subsidiariamente exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária. Cumpre ressaltar que o mínimo existencial dos membros da família, ainda que presentes os deveres de solidariedade familiar, deve ser respeitado. Ou seja, a obrigação destes, precedente à do Estado, vai até onde subsistir a capacidade financeira para custeio de direitos básicos – saúde, educação, alimentação, moradia – de si mesmos e de eventuais membros mais próximos da mesma família. A proposta a ser formulada não pode implicar trocas de tutela do mínimo existencial. Surge o dever solidário de cada parente quando não prejudicado o sustento individual do próprio mínimo existencial e o dos familiares mais próximos, assim categorizados conforme a disciplina legal pertinente (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

O voto exarado pelo Ministro Relator, ante as relações familiares, no tocante ao dever de solidariedade ao fornecimento de medicamentos imprescindíveis, e tendo em vista a capacidade financeira da família solidária, ainda trouxe a seguinte ordem de prioridade a ser observada:

- 1º) cônjuge ou companheiro(a), consideradas as uniões homo e heterossexuais;
- 2º) ascendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites;
- 3º) descendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites;
- 4º) irmãos, germanos ou unilaterais. (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

No campo processual, para obtenção da liminar, tutela antecipada ou específica, o acórdão também estabeleceu critérios, como a incumbência do requerente instruir a inicial com a declaração não só da própria incapacidade financeira, como também dos familiares acima discriminados – cônjuge, companheiro(a), ascendentes, descendentes e irmãos –, devendo qualificá-los com a indicação de nomes, registros de identidade e endereços.

Ao final do seu voto, o Relator se posicionou pelo improvimento do recurso, com a justificativa de que não havia motivos para a mudança do seu entendimento em outros julgamentos anteriores, e assim concluiu:

Não tenho motivos para mudar o entendimento: defendo a máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, incluído o direito à saúde, particularmente se estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial. [...] Ante o exposto, estando configurados, conforme assentado na origem, os elementos objetivo e subjetivo do direito da recorrida à tutela estatal do mínimo existencial, desprovejo o recurso do Estado do Rio Grande do Norte (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN).

Em suma, da análise do julgamento desse Extraordinário evidencia-se uma mudança de posicionamento do STF, cuja preocupação aponta para uma maior cautela daquela Corte quando da decisão de deferimento ou não das demandas relacionadas a fornecimento de medicamentos ou tratamentos terapêuticos não disponibilizados pelo sistema público de saúde.

4) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501/DF. Em decisão recentíssima finalizada em 23/10/2020, em sessão virtual, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016 que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. O Plenário já havia concedido medida liminar para suspender a eficácia da norma. Segundo notícia publicada no sítio do STF (Informativo 996-STF), o Relator, ministro Marco Aurélio, assinalou que “compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) permitir a distribuição de substâncias químicas, segundo protocolos cientificamente validados. Segundo ele, o órgão nunca protocolou pedido de registro da fosfoetanolamina sintética”¹⁶⁸.

O Ministro destacou que, de acordo com a Lei 6.360/1976, a aprovação do produto é exigência para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais. O registro é imprescindível, também, ao monitoramento, pela Anvisa, da segurança, da eficácia e da qualidade terapêutica do medicamento. O acórdão ainda não foi publicado até o momento da

¹⁶⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal STF. **Informativo 996 – STF**, de 29 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/semanal996.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

inserção dessa informação.

A notícia, no entanto, é de suma importância para o presente trabalho, cujo objeto é o estudo do direito à saúde e a sua judicialização, e, o caso em questão, foi citado nesse trabalho no segundo capítulo como a causa que motivou o auge da judicialização da saúde com a concessão de milhares de liminares para o fornecimento da referida substância, cuja lei autorizadora do seu uso foi somente agora, ou seja, há aproximadamente quatro anos depois, declarada a sua inconstitucionalidade, embora se encontrasse suspensa desde maio de 2016 por uma decisão cautelar exarada pelo STF nos autos dessa ADI.

Conforme restou evidenciado da análise dos julgados da Suprema Corte, desde o final da década de 90, quando as ações por medicamentos começaram a chegar naquela instância superior para julgamento de recursos extraordinários, a jurisprudência era quase que unânime no reconhecimento do direito à prestação dos serviços públicos de saúde pelos pacientes, autores das ações, adotando a posição quase que absoluta quanto ao direito aos medicamentos e/ou tratamentos pleiteados.

A tese da reserva do possível continuamente alegada pelo poder público em sua defesa, era ignorada pelo STF em suas decisões, adotando-se, em regra, a tese do mínimo existencial como justificativa para a concessão dos fármacos pleiteados. Nesse sentido, o próprio Ministro Marco Aurélio, em seu voto condutor, na relatoria do RE 566.471/RN (2020), mencionou expressamente essa posição histórica até então adotada pela Corte:

Considerando o fornecimento de medicamentos, as afirmações feitas estão em plena consonância com a jurisprudência histórica do Supremo. Em diferentes casos, apreciados ao longo de mais de duas décadas, o Tribunal tem assegurado o fornecimento, pelo Estado, dos remédios aos que necessitam e não os podem adquirir (RE 566.471/RN).

Em pesquisa sobre as decisões do STF em direito à saúde, Lima também chegou a essa conclusão:

Sem embargo do enfoque qualitativo, consigna-se que, quantitativamente, a jurisprudência do STF é completamente favorável ao fornecimento de remédios ou qualquer intervenção médica pleiteada pela parte requerente. Não se encontrou nenhuma decisão recente desfavorável aos requerentes. Afirma-se com certa tranquilidade, pelos precedentes analisados, que a chance de deferimento de tutela jurisdicional protetiva à saúde é de 100%¹⁶⁹.

¹⁶⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**. Aspectos Econômicos e Políticos – São Paulo, Almedina, 2020, p. 40.

Todavia, a partir dos julgamentos da Corte datados de 2019 e 2020, nota-se uma singela mudança de posicionamento do STF, com a imposição de critérios para a concessão dos direitos relacionados à prestação de saúde pública pleiteados.

Assim, pode-se citar, como posição atual do STF em matéria de saúde pública, após análise das suas decisões mais recentes:

1) É dever do Estado o fornecimento de medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, levando em conta a solidariedade econômica familiar;

2) O Estado não está obrigado a fornecer, em hipótese alguma, medicamentos experimentais;

3) A ausência de registro na Anvisa impede, em regra, o fornecimento de medicamentos por decisão judicial, sendo, porém, excepcionalmente ser concedido o medicamento sem registro na agência se restar demonstrada a mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido;

4) Ainda que seja demonstrada a mora irrazoável, para a concessão do medicamento sem registro na Anvisa é necessário que haja pedido de registro do medicamento no Brasil ou o registro em renomadas agências de regulação no exterior, e, ainda, a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil;

5) Os entes da federação (União, Estados, DF e Municípios, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área de saúde, exceto aquelas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, as quais devem ser necessariamente proposta em face da União, em exceção à solidariedade dos entes federativos em matéria de saúde pública;

6) No tocante à solidariedade dos entes da federação, compete à autoridade judicial o direcionamento do cumprimento da ordem judicial, conforme as regras de repartição de competências, e, conseqüentemente, determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Em conclusão deste capítulo, destaca-se a importância de serem estabelecidos critérios como parâmetros e limites para a intervenção judicial que envolve o direito à saúde, como direito social fundamental de todo cidadão que deve viver com dignidade, não deixando de consignar que ainda há muito a ser feito em busca da efetividade da concretização do direito à saúde na sua plenitude, o que dependerá de um amadurecimento da sociedade e das instituições envolvidas direta ou indiretamente com a questão, seja o Executivo, o Legislativo e, principalmente, o Judiciário.

5 A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E REDUÇÃO DA SUA JUDICIALIZAÇÃO OU A DESJUDICIALIZAÇÃO TOTAL DA SAÚDE

O direito à saúde, como direito social, para a sua efetivação requer a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, cujas políticas depende da elaboração de normas pelo Legislativo para a sua execução.

Todavia, da análise das decisões do STF em matéria de saúde, evidencia-se que parte considerável das ações judiciais pleiteando medicamentos e/ou tratamentos terapêuticos não se referem à ausência de políticas públicas, mas sim a sua ineficiência ou omissão do Estado em fazer cumprir uma política já estabelecida, como por exemplo, o não fornecimento de medicamento já constante da lista de dispensação do sistema público de saúde.

Com relação às políticas públicas de fornecimento de medicamentos pelo sistema público de saúde, uma das causas que leva à judicialização é o desconhecimento do usuário do funcionamento do sistema que é bastante complexo, com normas superpostas e que dificultam a sua compreensão, até mesmo pelos operadores do direito.

Esse problema da dificuldade da ciência da existência de políticas de fornecimento de medicamentos é apontado por Bucci e Duarte:

A primeira dificuldade com que se defronta o intérprete dessas regras é saber exatamente o que aplicar. A começar pelo nome e escopo das políticas, não inteiramente coincidente nem suficientemente específicos, a Política Nacional de Medicamentos, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica e a assistência terapêutica não repousam sobre um instrumento normativo único nem de fácil entendimento. Compreendê-las, mesmo para especialistas, requer a consulta a uma infinidade de disposições dispersas em leis e normas executivas, de diferentes fontes jurídicas e origens políticas. Isso mesmo sem considerar a complexidade adicional decorrente do arranjo federativo¹⁷⁰.

Nota-se, ainda, que muitos pacientes não sabem como procurar ou onde encontrar o medicamento desejado, o que o leva à busca do Judiciário por entender ser este “o meio mais fácil” para obter o medicamento que necessita.

Essa falta ou falha de comunicação entre o Poder Público e os usuários do sistema público de saúde sobre a existência da política pública leva, muitas vezes, à judicialização desnecessária apenas pelo desconhecimento da existência e da disponibilidade daquele serviço e/o medicamento que se busca por meio da ação judicial.

¹⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

Dessa forma, a simplificação das normas em um único instrumento normativo com uma linguagem mais acessível à população e de fácil compreensão, bem como o desenvolvimento de ações de divulgação desses instrumentos aos usuários do sistema público de saúde, poderia levar a uma redução da judicialização daqueles casos mais simples e de fácil solução, colocando o paciente-usuário em contato direto com os gestores de saúde sem a necessidade de intervenção judicial.

Essa comunicação deve ocorrer também com relação aos operadores do direito, aí incluídos os magistrados, servidores do judiciário, defensores públicos e advogados militantes na área e o público em geral, pois há uma dificuldade em compreender e aplicar as normas relacionadas ao direito à saúde por sua extrema complexidade. Nesse sentido Bucci e Duarte explicitam: “A regulamentação da assistência farmacêutica é bastante fragmentada e sofre muitas alterações, sendo de difícil identificação e compreensão”¹⁷¹.

O conhecimento da existência da política pública de saúde e a sua real compreensão por todos os atores envolvidos no problema, sem dúvida contribuirá para a redução da judicialização da saúde, uma vez que, o conhecimento leva ao acesso à política pública sem a necessidade de intervenção judicial.

5.1. Das políticas públicas de atendimento à saúde da população em geral

O estudo das políticas públicas já existentes e colocadas à disposição da população é de suma importância para a elaboração de sugestões de solução para o problema apontado.

Passo a análise dos instrumentos mais importantes em matéria de saúde e sua utilidade para a efetiva concretização do direito à saúde da população.

1) Política Nacional de Medicamentos (PNM):

Estabelecida pela Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916 de 30 de outubro de 1998, a Política Nacional de Medicamentos é estruturada em três artigos que apresentam a Política e um texto anexo que contém a parte substancial da referida Política de medicamentos¹⁷².

Em seu texto introdutório, a Política Nacional de Medicamentos é definida como “parte essencial da Política Nacional de Saúde e constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população”.

¹⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

¹⁷² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

De acordo com a Portaria Ministerial, a Política Nacional de Medicamentos, tem como propósito precípua garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Consta ainda da Portaria Ministerial:

A Política de Medicamentos aqui expressa tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exigirá, para a sua implementação, a definição ou redefinição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal. Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde.

1.1. Diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (PNM):

A Política Nacional de Medicamentos (PNM) estabeleceu as diretrizes para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas.

Dentre essas diretrizes da PNM estabelecidas pela Portaria MS 3.916/1998, encontram-se as seguintes:

i) Adoção de relação de medicamentos essenciais:

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem um direcionamento da produção farmacêutica para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal¹⁷³.

ii) Regulamentação sanitária de medicamentos:

Nesse contexto, serão enfatizadas, especialmente pelo gestor federal, as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelarem-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da farmacovigilância.

¹⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.1.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

A promoção do uso de medicamentos genéricos será, igualmente, objeto de atenção especial. Portanto, o gestor federal deverá identificar os mecanismos necessários para tanto, por exemplo, a adequação do instrumento legal específico¹⁷⁴.

Essa adequação deverá contemplar aspectos essenciais que favoreçam a consolidação do uso dos genéricos, tais como:

- a. a obrigatoriedade da adoção da denominação genérica nos editais, propostas, contratos e notas fiscais, bem como de exigências sobre requisitos de qualidade dos produtos;
- b. a obrigatoriedade da adoção da denominação genérica nas compras e licitações públicas de medicamentos realizadas pela Administração Pública;
- c. a adoção de exigências específicas para o aviamento de receita médica ou odontológica, relativas à sua forma e à identificação do paciente e do profissional que a prescreve;
- d. a apresentação da denominação genérica nas embalagens, rótulos, bulas, prospectos, textos e demais materiais de divulgação e informação médica.

As ações de vigilância sanitária serão gradualmente descentralizadas e transferidas à responsabilidade executiva direta de Estados e Municípios, com exceção do registro de medicamentos e autorização do funcionamento de empresas, que constituem papéis indelegáveis do gestor federal. Em todos os casos, deverá ser garantida a aplicação das normas existentes e a integração operacional do sistema, em todas as esferas.

iii) Reorientação da assistência farmacêutica:

O modelo de assistência farmacêutica será reorientado de modo a que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos. As ações incluídas nesse campo da assistência terão por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais¹⁷⁵.

A reorientação do modelo de assistência farmacêutica, coordenada e disciplinada em âmbito nacional pelos três gestores do Sistema, deverá estar fundamentada:

- a. na descentralização da gestão;
- b. na promoção do uso racional dos medicamentos;
- c. na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público;

¹⁷⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.2.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.3.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

d. no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução nos preços dos produtos, viabilizando, inclusive, o acesso da população aos produtos no âmbito do setor privado.

A assistência farmacêutica no SUS, por outro lado, englobará as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização - nesta compreendida a prescrição e a dispensação -, o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos.

iv) Promoção do uso racional de medicamentos:

No que diz respeito à promoção do uso racional de medicamentos, atenção especial será concedida à informação relativa às repercussões sociais e econômicas do receituário médico, principalmente no nível ambulatorial, no tratamento de doenças prevalentes¹⁷⁶.

Especial ênfase deverá ser dada, também, ao processo educativo dos usuários ou consumidores acerca dos riscos da automedicação, da interrupção e da troca da medicação prescrita, bem como quanto à necessidade da receita médica, no tocante à dispensação de medicamentos tarjados. Paralelamente, todas essas questões serão objeto de atividades dirigidas aos profissionais prescritores dos produtos e aos dispensadores. Promover-se-á, da mesma forma, a adequação dos currículos dos cursos de formação dos profissionais de saúde.

v) Desenvolvimento científico e tecnológico:

Será incentivada a revisão das tecnologias de formulação farmacêutica e promovida a dinamização de pesquisas na área, com destaque para aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional, incentivando a integração entre universidades, instituições de pesquisa e empresas do setor produtivo¹⁷⁷.

Além disso, deverá ser continuado e expandido o apoio a pesquisas que visem ao aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, enfatizando-se a certificação de suas propriedades medicamentosas.

Igualmente, serão estimuladas medidas de apoio ao desenvolvimento de tecnologia de produção de fármacos, em especial os constantes da RENAME, e de estímulo à sua produção nacional, de forma a assegurar o fornecimento regular ao mercado interno e a consolidação e expansão do parque produtivo instalado no País.

¹⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.4.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁷⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.5.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

Esse processo exigirá uma ação articulada dos Ministérios da Saúde, da Educação, da Ciência e Tecnologia, entre outros, bem como a permanente cooperação técnica com organismos e agências internacionais.

vi) Promoção da produção de medicamentos:

Esforços serão concentrados no sentido de que seja estabelecida uma efetiva articulação das atividades de produção de medicamentos da RENAME, a cargo dos diferentes segmentos industriais (oficial, privado nacional e transnacional)¹⁷⁸.

A capacidade instalada nos laboratórios oficiais que configura um verdadeiro patrimônio nacional deverá ser utilizada, preferencialmente, para atender as necessidades de medicamentos essenciais, especialmente os destinados à atenção básica, e estimulada para que supra as demandas oriundas das esferas estadual e municipal do SUS.

O papel desses laboratórios é especialmente importante no que tange ao domínio tecnológico de processos de produção de medicamentos de interesse em saúde pública. Esses laboratórios deverão, ainda, constituir-se em uma das instâncias favorecedoras do monitoramento de preços no mercado, bem como contribuir para a capacitação dos profissionais.

Com referência aos medicamentos genéricos, o Ministério da Saúde, em ação articulada com os demais ministérios e esferas de Governo, deverá estimular a fabricação desses produtos pelo parque produtor nacional, em face do interesse estratégico para a sociedade brasileira, incluindo, também, a produção das matérias-primas e dos insumos necessários para esses medicamentos.

Será também incentivada a produção de medicamentos destinados ao tratamento de patologias cujos resultados tenham impacto sobre a saúde pública ou que são adquiridos em sua quase totalidade pelo setor público.

vii) Garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos:

O processo para garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos medicamentos fundamenta-se no cumprimento da regulamentação sanitária, destacando-se as atividades de inspeção e fiscalização, com as quais é feita a verificação regular e sistemática. Essas atividades, coordenadas em âmbito nacional pela Secretaria de Vigilância Sanitária, serão efetivadas mediante ações próprias do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, no cumprimento dos regulamentos concernentes às boas práticas de fabricação. Essa sistemática

¹⁷⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 3.6. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

permitirá a concretização dos preceitos estabelecidos na Lei n.º 8.080/90 e em legislações complementares¹⁷⁹.

Para o exercício dessas ações, a Secretaria de Vigilância Sanitária implementará e consolidará roteiros de inspeções aplicáveis à área de medicamentos e farmoquímicos. Definirá, desenvolverá e implantará sistemas de informação para o setor, envolvendo os três níveis de gestão, estabelecendo procedimentos e instrumentos de avaliação.

A reestruturação, a unificação e o reconhecimento nacional e internacional da Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde - REBLAS, no âmbito do sistema brasileiro de certificação, permitirão aos produtores testemunhar, voluntariamente, a qualidade dos seus produtos colocados no comércio - que são adquiridos pelos serviços de saúde - e, ainda, fiscalizar e acompanhar a conformidade de medicamentos, farmoquímicos e insumos farmacêuticos.

Será promovida a sistematização do arcabouço legal existente, adequando-o aos princípios e diretrizes constitucionais e legais do SUS, bem como ao estágio atual do processo de descentralização da gestão.

viii) Desenvolvimento e capacitação de recursos humanos:

O contínuo desenvolvimento e capacitação do pessoal envolvido nos diferentes planos, programas e atividades que operacionalizarão a Política Nacional de Medicamentos deverão configurar mecanismos privilegiados de articulação intersetorial de modo a que o setor saúde possa dispor de recursos humanos em qualidade e quantidade - cujo provimento, adequado e oportuno, é de responsabilidade das três esferas gestoras do SUS¹⁸⁰.

O componente "recursos humanos" deverá requerer atenção especial, sobretudo no tocante ao estabelecido pela Lei n.º. 8.080/90, em seu artigo 14 e parágrafo único, que definem que a formação e a educação continuada contemplarão uma ação intersetorial articulada. A Lei, inclusive, define como mecanismo fundamental a criação de uma comissão permanente de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior, com a finalidade de "propor prioridades, métodos e estratégias"¹⁸¹.

¹⁷⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.7.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁸⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998. Item 3.8.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁸¹ BRASIL, **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior. Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

Cabe ressaltar, finalmente, que áreas estratégicas, de que é exemplo relevante a vigilância sanitária, cujas atribuições configuram funções típicas e exclusivas de Estado, serão objeto de enfoque particular, haja vista a crônica carência de pessoal capacitado na área, nas três esferas de gestão do SUS, o que exigirá, por parte dos gestores, estudos e medidas concretas voltadas para a recomposição e ou complementação adequada de quadros de pessoal especializado para fazer frente às responsabilidades constitucionalmente definidas.

1.2. Prioridades da Política Nacional de Medicamentos (PNM):

As diretrizes estabelecidas pela PNM, comportam um conjunto de prioridades que configuram as bases para o alcance do propósito desta Política, bem como para a implementação das diferentes ações indispensáveis ao seu efetivo cumprimento.

i) Revisão permanente da RENAME:

A consolidação do processo de revisão permanente da RENAME, instrumento básico de racionalização no âmbito do SUS, com atualização contínua, representa medida indispensável haja vista que a seleção baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos¹⁸².

Esse processo, coordenado pela Secretaria de Políticas de Saúde, do Ministério da Saúde, será desenvolvido mediante a participação dos demais órgãos do Ministério, Secretaria de Vigilância Sanitária e Secretaria de Assistência à Saúde e dos gestores estaduais e municipais, responsáveis pela implementação das ações que operacionalizam essa Política e de instituições científicas que atuam na área de medicamentos.

A RENAME será organizada consoante às patologias e aos agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do País. As apresentações dos produtos deverão assegurar as formas farmacêuticas e as dosagens adequadas para a utilização por crianças e idosos.

Cabe ressaltar que, como um dos mecanismos favorecedores da redução de preços dos medicamentos, a RENAME será sistemática e amplamente divulgada.

ii) Assistência farmacêutica:

Em conformidade com as diretrizes relativas à reorientação da assistência farmacêutica anteriormente explicitadas, especialmente no que se refere ao processo de descentralização, as três esferas de Governo assegurarão, nos seus respectivos orçamentos, os

¹⁸² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 4.1. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

recursos para aquisição e distribuição dos medicamentos, de forma direta ou descentralizada¹⁸³.

Nesse contexto, a aquisição de medicamentos será programada pelos Estados e Municípios de acordo com os critérios técnicos e administrativos referidos na PNM.

O gestor federal participa do processo de aquisição dos produtos mediante o repasse Fundo-a-Fundo de recursos financeiros e a cooperação técnica. No tocante a essa transferência, atenção especial deverá ser dada aos medicamentos destinados ao atendimento de esquemas terapêuticos continuados, aos que ratificam decisões e compromissos internacionais e àqueles voltados à assistência a pacientes de alto risco, como é o caso dos transplantados e renais crônicos.

O gestor estadual deverá coordenar esse processo no âmbito do Estado, com a cooperação técnica do gestor federal, de forma a garantir que a aquisição realize-se em conformidade com a situação epidemiológica do município, e que o acesso da população aos produtos ocorra mediante adequada prescrição e dispensação.

iii) Promoção do uso racional de medicamentos

A promoção do uso racional de medicamentos envolverá, além da implementação da RENAME, em especial, as medidas a seguir indicadas¹⁸⁴.

a. Campanhas educativas:

Serão desencadeadas campanhas de caráter educativo, buscando a participação das entidades representativas dos profissionais de saúde, com vistas a estimular o uso racional de medicamentos.

Caberá aos gestores do SUS, em conjunto com entidades da sociedade civil organizada, responsabilizar-se por essa iniciativa.

b. Registro e uso de medicamentos genéricos:

A promoção do uso de medicamentos genéricos será progressivamente levada a efeito, respaldada nos seguintes pontos:

b1. estabelecimento de procedimentos para o registro de medicamentos genéricos;

b2. estabelecimento dos requisitos nacionais para a demonstração de equivalência terapêutica, principalmente em relação à biodisponibilidade;

b3. levantamento e utilização da infraestrutura e da capacidade do País para a realização de estudos de bioequivalência disponível na rede de laboratórios;

¹⁸³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 4.2. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁸⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 4.3. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

b4. identificação de mecanismos de incentivo à produção de medicamentos genéricos;
b5. estabelecimento de regulamentação referente à comercialização, prescrição e dispensação de medicamentos genéricos em todo o Território Nacional.

c. Formulário Terapêutico Nacional:

Deverá ser elaborado e amplamente divulgado o Formulário Terapêutico Nacional, instrumento importante para a orientação da prescrição e dispensação dos medicamentos, por parte dos profissionais de saúde, e para a racionalização do uso destes produtos. O Formulário conterá todas as informações relativas aos medicamentos, inclusive quanto à sua absorção e ação no organismo.

d. Farmacoepidemiologia e farmacovigilância:

As ações de farmacovigilância, além de tratar dos efeitos adversos, serão utilizadas, também, para assegurar o uso racional dos medicamentos. Para tanto, deverão ser desenvolvidos estudos, análises e avaliações decorrentes dessas ações, de modo a reorientar procedimentos relativos a registros, formas de comercialização, prescrição e dispensação dos produtos. Quanto à farmacoepidemiologia, deverão ser incentivados estudos sobre a utilização de produtos como forma de contribuir para o uso racional de medicamentos.

e. Recursos humanos:

Será estimulado, por intermédio de diferentes mecanismos de articulação intersetorial, o acesso do profissional a conhecimentos e treinamentos voltados ao desenvolvimento de habilidades específicas, como aquelas relacionadas ao gerenciamento de sistemas de saúde e de informação, guias terapêuticos padronizados e farmacovigilância.

Além disso, buscar-se-á promover a educação continuada dos profissionais de saúde sobre farmacologia e terapêutica aplicada e outros aspectos envolvidos no uso racional de medicamentos, bem como no manejo dos produtos, além da disseminação de informações objetivas e atualizadas.

Ao final, a Portaria Ministerial que instituiu a Política Nacional de Medicamentos previu as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS, determinando expressamente as atribuições dos gestores federal, estaduais e municipais quanto à implementação da PNM¹⁸⁵.

¹⁸⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 5. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

No tocante ao gestor federal, a Portaria Ministerial determinou que caberá ao Ministério da Saúde, fundamentalmente, a implementação e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos, ressaltando-se como responsabilidades, dentre outras¹⁸⁶:

- a. prestar cooperação técnica e financeira às demais instâncias do SUS no desenvolvimento das atividades relativas à Política Nacional de Medicamentos;
- b. estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de Governo;
- c. apoiar a organização de consórcios destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde etc.

Com relação ao Gestor estadual, conforme disciplinado na Lei n.º 8.080/90, cabe à direção estadual do SUS, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde¹⁸⁷.

Nesse sentido, constituem responsabilidades da esfera estadual, dentre outras:

- a. coordenar o processo de articulação intersetorial no seu âmbito, tendo em vista a implementação desta Política;
- b. promover a formulação da política estadual de medicamentos;
- c. prestar cooperação técnica e financeira aos municípios no desenvolvimento das suas atividades e ações relativas à assistência farmacêutica;
- e. definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do estado;

Por fim, quanto ao Gestor municipal, no âmbito municipal, caberá à Secretaria de Saúde ou ao organismo correspondente as seguintes responsabilidades, dentre outras¹⁸⁸:

- a. coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito;
- b. associar-se a outros municípios, por intermédio da organização de consórcios, tendo em vista a execução da assistência farmacêutica;
- c. promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- d. definir a relação municipal de medicamentos essenciais - REMUME, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população.

¹⁸⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 5.2. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁸⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 5.3. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁸⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 5.4. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

A Portaria Ministerial tem como propósito a Política Nacional de Medicamentos que será objeto de contínua avaliação, mediante metodologias e indicadores definidos em projeto específico, a ser formulado pela Secretaria de Políticas de Saúde, a quem cabe, também, a responsabilidade da implementação do processo de elaboração ou reorientação de programas, projetos e atividades, de modo a adequá-los às diretrizes e prioridades aqui fixadas¹⁸⁹.

A principal finalidade da avaliação será conhecer a repercussão da Política de Medicamentos na saúde da população, dentro de uma visão sistêmica e intersetorial, verificando, também, em que medida estão sendo consolidados os princípios e diretrizes do SUS.

Além disso, buscar-se-á avaliar resultados e impactos da Política de Medicamentos em termos, por exemplo, de eficiência, cobertura e qualidade. Para essa avaliação, deverão ser definidos parâmetros e indicadores que serão periodicamente monitorados, cujos resultados orientarão a adoção das medidas corretivas necessárias, tanto em relação às linhas gerais da própria Política quanto em termos de redirecionamento de ações a ela vinculadas, tais como a farmácia básica.

Os resultados auferidos pelos programas, projetos e atividades que operacionalizarão a Política Nacional de Medicamentos, os quais estão sob a responsabilidade de diferentes órgãos do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, constituirão, na verdade, os principais insumos básicos para o processo de acompanhamento e avaliação desta Política. A sistematização desses resultados e sua divulgação serão, da mesma forma, de responsabilidade da Secretaria de Políticas de Saúde.

A Secretaria, por outro lado, deverá apoiar os órgãos do Ministério e as demais instâncias do SUS na identificação e aferição de metodologias e indicadores capazes de mensurar a efetividade e a eficiência de componentes-chave de cada uma das prioridades aqui definidas, incluindo-se aqueles preconizados pela Organização Mundial da Saúde.

O processo de acompanhamento e avaliação desta Política implicará, necessariamente, não só o envolvimento dos órgãos do Sistema e dos outros setores aqui identificados, como, também, diferentes segmentos da sociedade que direta ou indiretamente lidam com a questão medicamentos.

2) Da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) é um dos pilares da política de assistência farmacêutica e prevista na Política Nacional de Medicamentos (PNM)

¹⁸⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 6. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

como a sua principal diretriz na busca da garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos fornecidos pelo sistema público de saúde à população em geral.

Conforme estabelecido pela PNM, integram o elenco dos medicamentos essenciais “aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”, os quais devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas¹⁹⁰.

Ainda segundo a PNM, os medicamentos essenciais compõem um direcionamento da produção farmacêutica para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal.

O acesso aos medicamentos essenciais constitui um dos eixos norteadores das Políticas de Medicamentos e da Política de Assistência Farmacêutica (PNAF), a qual será objeto de análise mais adiante.

Os medicamentos são a intervenção terapêutica mais utilizada no âmbito da prestação de serviços públicos de saúde e constitui uma tecnologia que exerce alto impacto sobre os gastos em saúde, razão pela qual, é fundamental ao sistema público de saúde que o processo de sua incorporação esteja baseado em critérios que possibilitem à população o acesso a medicamentos mais seguros, eficazes e de custos acessíveis, para atendimento aos principais problemas de saúde dos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido é que o Ministério da Saúde reafirma a relevância da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), um elemento técnico-científico que oriente a oferta, a prescrição e a dispensação de medicamentos nos serviços do SUS.

Na concepção da política de medicamentos estabelecida pela Portaria MS 3.916/98, a Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME – exerce um caráter central de racionalização, atuando como vetor de organização da produção e provisão de medicamentos, ao mesmo tempo em que institucionaliza, em termos, o compromisso de disponibilidade e fornecimento de medicamentos¹⁹¹.

A adoção de listas oficiais de medicamentos não é novidade no Brasil, sendo primeira lista publicada em 1964, por meio do Decreto nº 53.612 de 26 de fevereiro de 1964¹⁹², denominada “Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso

¹⁹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 3.1. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45.

¹⁹² BRASIL. **Decreto nº 53.612 de 26 de fevereiro de 1964**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-53612-26-fevereiro-1964-393693-publoriginal-1-dicamentos%20pela%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20Federal>. Acesso em 20 nov. 2020.

Farmacêutico Humano e Veterinário”. Em 1975, a lista recebeu o nome de RENAME, que mantém até os dias atuais.

A utilização de listas de medicamentos essenciais atende a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) com o objetivo de criar um referencial para o acesso da população, que leva em conta o seu perfil epidemiológico, a eficácia e segurança dos fármacos, além da relevância para a saúde pública e a comparação de custo-efetividade.

Desde a sua implantação em 1964, a lista sofreu diversas atualizações, sendo a última atualização publicada em 28 de novembro de 2019 pela Portaria GM/MS nº 3.047¹⁹³ com vigência a partir de janeiro de 2020.

No entanto, o problema da RENAME é a necessidade de revisão periódica estabelecida como prioridade nº 1 pela Política Nacional de Medicamentos, que pressupõe a inclusão de novos medicamentos e tecnologias mais eficazes, orientando-se por critérios de prioridades baseados no perfil epidemiológico da população e nas evidências científicas sobre os resultados terapêuticos dos produtos.

Inicialmente, o processo de atualização da lista era intermitente e sem previsibilidade, cuja demora na atualização resultava em defasagem da lista e que levava, conseqüentemente, ao descrédito da população e também por parte dos magistrados que desconhecia a existência de uma política oficial que pudesse responder satisfatoriamente às demandas a eles trazidas.

Assim, com a edição de sucessivas listas, cresceu o número de demandas judiciais, contribuindo para o aumento da judicialização da saúde, seja pleiteando fornecimento de medicamento constante da lista e não disponibilizado pelo sistema público de saúde, seja pleiteando medicamentos que não constavam da lista com fundamento na proteção integral da saúde.

Objetivando sanar o problema da demora ou falta de atualização da RENAME, o Ministério da Saúde editou um conjunto de normas legais e infralegais a partir de 2011, culminando com a publicação da RENAME em 2014¹⁹⁴.

Um dos instrumentos normativos editados em 2011 com o objetivo de solucionar esse problema da demora e defasagem da lista – RENAME – foi a publicação da Lei nº 12.401 de

¹⁹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS 3.047 de 28 de novembro de 2019**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.047-de-28-de-novembro-de-2019>. Acesso em 05 nov. 2020.

¹⁹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2014**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/nacional_medicamentos_essenciais_rename2014.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

28 de abril de 2011, que alterou a Lei nº 8.080/90 dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia no âmbito do SUS ¹⁹⁵.

A Lei nº 12.401/11, que incluiu o artigo 19-M na Lei nº 8.080/90, teve por objeto o esclarecimento do alcance e conteúdo da assistência terapêutica integral, no qual consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde e na oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, buscando, com isso, atender às reivindicações da população em geral e às determinações judiciais de fornecimento de medicamentos.

De outra banda, a partir de 2011 também passa a haver mais cuidado com a revisão periódica da lista de medicamentos, para a incorporação, exclusão ou alteração de medicamentos no SUS, cujo prazo para as atualizações da RENAME foi fixado em dois anos pelo Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011¹⁹⁶, que regulamentou os dispositivos introduzidos na Lei nº 8.080/90.

O referido Decreto nº 7.508/11 tem forte caráter de organização, disciplinado o processo de planejamento da saúde, e, dentre outras medidas, reforça a importância da RENAME e dos demais instrumentos de política de medicamentos, bem como passa a adotar outra lista, a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES, cuja atualização também é bianual.

Também em 2011 foi criada a CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, regulamentada pelo Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011¹⁹⁷, e tem grande peso dos representantes governamentais em sua composição.

No entanto, em que pese a importância das listas RENAME e RENASES para a política de fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos, o fato é que existem alguns limites que levam à fragilidade e à pouca eficácia das listas, como por exemplo a ausência de previsão de aplicação de qualquer penalidade ou consequência para a inobservância dos prazos de atualizações, de modo a afetar a plena institucionalização dessa política e que levam à judicialização da saúde.

Outros limites da lista também podem ser apontados e se evidenciam nas ações judiciais sobre o direito à saúde:

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/011-2014/2011/lei/112401.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁹⁶ BRASIL. **Decreto n. 7.508 de 28 de junho de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹⁹⁷ BRASIL. **Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2011-. Acesso em: 06 nov. 2020.

1) O primeiro limite para a utilização efetiva da lista é de caráter econômico. Esse limite se revela na escassez de recursos orçamentários disponibilizados aos serviços públicos de saúde, que não acompanha a velocidade do desenvolvimento de novas tecnologias terapêuticas, bem como o aumento da expectativa de vida da população que tem como consequência o aumento da demanda por tratamento.

Nesse sentido Bucci e Duarte:

Embora nem sempre as inovações terapêuticas sejam mais dispendiosas que os tratamentos tradicionais, o mais frequente é que as novas tecnologias em saúde gerem aumento de custos e pressões orçamentárias para os sistemas públicos e privados. Numa perspectiva de política pública, é preciso multiplicar o custo unitário pelo tamanho da população-alvo de determinada doença, o que repercute, evidentemente, sobre a condição de acesso de todos, considerados na dimensão coletiva, ao tratamento. No mundo jurídico, esse dilema vem sendo extensamente debatido sob o tema do *custo dos direitos*.¹⁹⁸

Apenas para ilustrar o tamanho do custo do direito à saúde, Ferras e Vieira, ao simularem o impacto da entrega, a toda população de doentes de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, dos medicamentos que vêm sendo deferidos individualmente por determinação judicial, apontam que somente essa operação indica um montante correspondente a 4,32% do PIB brasileiro.

No estudo acima citado, os autores chegaram à seguinte conclusão:

Conclui-se, assim, que os recursos financeiros necessários (99,5 bilhões de reais) para implementar essa política de assistência terapêutica a apenas 1% da população e em relação a apenas duas doenças seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (85,7 bilhões de reais). Ou seja, para fornecer apenas quatro medicamentos para tratar duas doenças, cobrindo 1% da população, gastar-se-ia mais que o que é atualmente gasto com todo o atendimento feito pelo SUS com internação, diagnóstico, tratamento, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras.³ . Esse simples exemplo, que pode parecer extremo, é bastante ilustrativo do problema da escassez de recursos¹⁹⁹ .

As listas RENAME e RENASES são concebidas como referência para o atendimento médio padrão e a sua atualização é formalizada mediante processo administrativo em que devem ser comprovadas tanto as evidências científicas sobre a eficácia, e efetividade a

¹⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56.

¹⁹⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade : os riscos da interpretação judicial dominante** . Dados [online]. 2009, vol.52, n.1, pp.223-251. Acesso em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 06 nov. 2020.

segurança do medicamento como a comparação dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas ao SUS, com base em estudo de avaliação econômica.

A RENAME faz referência a medicamentos essenciais, que segundo a OMS: “são aqueles que satisfazem as necessidades prioritárias de cuidados de saúde da população”.

Do ponto de vista econômico-financeiro, essencial não significa medicamentos de custo módico, barato, pelo contrário, a lista contempla também medicamentos de alto custo, bem como aqueles utilizados no tratamento de doenças raras.

Portanto, em virtude desse problema financeiro que limita a utilização das listas de medicamentos, uma vez que não há como atender a totalidade dos pedidos da população de modo geral, bem como alcançar todas as doenças, a judicialização da saúde contribui ainda mais para o agravamento do problema, pois ao determinar o fornecimento de medicamento deveria levar em conta essas condições acima apontadas, o que não ocorre no caso concreto.

2) O segundo limite para a utilização das listas a ser apontado são os pedidos feitos nas ações judiciais, como por exemplo fraldas geriátricas etc., pois, apesar de constar na lista de dispensação na rede pública de saúde, há relatos de pedidos judiciais relativos a esse item, o que leva à presunção de que há uma falha de comunicação ou de informação entre aquilo que consta efetivamente da lista e o que o usuário tem direito ou não.

As listas amplas não significam, necessariamente, garantia de acesso do usuário ao bem ou serviço, pois uma das principais críticas ao modelo de listas de medicamentos essenciais é que, muitas vezes, estão em descompasso com os itens ofertados pelo sistema de saúde.

3) Por fim, um terceiro limite apontado por Yoshinaga são algumas “excentricidades”, tais como água de coco, creme hidratante, pilhas etc., os quais também constam de pedidos feitos nas ações judiciais em matéria de saúde pública, sem contar as demandas forjadas pelos laboratórios que induzem o ingresso de ações judiciais que desafiam o papel planejador das listas, por meio de práticas tratadas na tipologia penal²⁰⁰.

A despeito desses limites apontados, as listas de medicamentos continuam sendo o vetor de referência do sistema público de saúde, uma vez que se trata de um instrumento jurídico, aprovado por normas jurídicas, com base em previsão legal de competência e conteúdo e não mera recomendação de caráter técnico ou político.

²⁰⁰ JULIANA YUMI YOSHINAGA. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>. Acesso em 06 nov. 2020.

No entanto, é de suma importância que faça as revisões periódicas das listas com vistas à atualização dos medicamentos constantes e à inclusão de novas tecnologias, a fim de proporcionar aos operadores do direito e à população em geral uma fonte única e oficial de informação que permita o conhecimento exato dos medicamentos e tecnologias cientificamente validadas pelos órgãos responsáveis.

3) Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF):

Aprovada pela Resolução nº 338 do Conselho Nacional de Saúde de 06 de maio de 2004 a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) demarcou a Assistência Farmacêutica como uma política norteadora para a formulação de políticas setoriais e a definiu como “um conjunto de ações voltadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao acesso e ao seu uso racional²⁰¹”.

O texto da Resolução que instituiu a PNAF traz em seu parágrafo primeiro os princípios basilares da Política, reafirmando ser parte integrante da Política Nacional de Saúde, bem como afirmando que a Assistência Farmacêutica deve ser compreendida como política norteadora para a formulação de políticas setoriais e que trata de um conjunto de ações voltadas à promoção e à recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional.

A Resolução traz ainda como princípios da PNAF a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

Como último princípio da PNAF, a Resolução elenca as ações de Assistência Farmacêutica que envolve aquelas referentes à Atenção Farmacêutica, considerada como um modelo de prática farmacêutica, desenvolvida no contexto da Assistência Farmacêutica e compreendendo atitudes, valores éticos, comportamentos, habilidades, compromissos e responsabilidades na prevenção de doenças, promoção e recuperação da saúde, de forma integrada à equipe de saúde.

O artigo 2º da Resolução n. 338/2004 dispõe que a Política Nacional de Assistência Farmacêutica deve englobar os treze eixos estratégicos ali relacionados, dentre eles a garantia de acesso e equidade às ações de saúde, inclui, necessariamente, a Assistência Farmacêutica;

²⁰¹ BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 338 de 06 de maio de 2004**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html. Acesso em: 07 nov. 2020.

a manutenção de serviços de assistência farmacêutica na rede pública de saúde, nos diferentes níveis de atenção, considerando a necessária articulação e a observância das prioridades regionais definidas nas instâncias gestoras do SUS; a qualificação dos serviços de assistência farmacêutica existentes, em articulação com os gestores estaduais e municipais, nos diferentes níveis de atenção; a descentralização das ações, com definição das responsabilidades das diferentes instâncias gestoras, de forma pactuada e visando a superação da fragmentação em programas desarticulados etc.

A gestão da Assistência Farmacêutica se configura como um desafio para gestores e demais profissionais que atuam no SUS, uma vez que as ações desenvolvidas nessa área não devem se limitar apenas aos processos logísticos da disponibilização de medicamentos. Essas ações exigem também a promoção do cuidado ao paciente, a definição de responsabilidades e o estabelecimento de planos para cada esfera de governo, de acordo com as competências estabelecidas.

Nesse sentido, tendo a Assistência Farmacêutica como uma política articulada às diretrizes gerais da saúde, destaca-se a importância de ressignificá-la com o intuito de superar os desafios e avançar progressivamente no acesso a medicamentos e no cuidado ao paciente, para o alcance de resultados satisfatórios em saúde.

4) Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME).

No âmbito dos municípios, a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME) deve ser elaborada com base na RENAME e favorecerá a descentralização da gestão para atender às necessidades específicas da população de cada município²⁰².

Na elaboração da REMUME devem ser levados em consideração os aspectos epidemiológicos referentes às características dos medicamentos constantes da lista e à disponibilidade destes medicamentos, bem como o percentual de medicamentos prescritos incluídos nas REMUME, com o objetivo de efetuar a sua revisão periódica com vistas à atualização da lista.

Por fim, a avaliação da adesão às listas de medicamentos essenciais municipais é importante indicador de qualidade das prescrições, uma vez que estas listas são concebidas a partir da epidemiologia das doenças e de critérios de eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos. O resultado dessa avaliação pode indicar se a REMUME está contemplando adequadamente as necessidades terapêuticas dos serviços de saúde da população do município.

²⁰² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Item 3.1. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

Deve-se salientar que as REMUME devem ser elaboradas para atender às necessidades de saúde no âmbito da atenção primária e que os níveis de atenção secundária e terciária ficam a cargo dos Estados e/ou União.

Assim, para aumentar a adesão à REMUME, é necessário que a atualização periódica do elenco de medicamentos, realizada por uma comissão multidisciplinar, caminhe junto à divulgação da lista aos prescritores e ao abastecimento regular dos medicamentos nas farmácias municipais.

Em conclusão, as listas de medicamentos – RENAME, RENASES e REMUME, podem ser consideradas como as principais referências para o dever do Estado na execução da assistência farmacêutica à população.

Nesse sentido, Barroso (2009), antes de se tornar Ministro do STF, assim prescrevia:

“I Em relação às ações individuais a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos;

II Em relação às ações coletivas a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias”²⁰³.

Na decisão paradigmática da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA-175/2010), o Ministro Relator, Gilmar Mendes, corrobora com esse entendimento:

“o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”²⁰⁴.

Resta evidente a existência de políticas públicas voltadas à prestação de serviços públicos de saúde, as quais se implementadas corretamente, da forma que são estruturadas

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: http://www.pge.rj.gov.br/sumario_rev63.asp. 2009. Acesso em: 07 nov. 2020.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **STA Nº 175** - Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

legalmente, poderiam reduzir a judicialização da saúde, pois o problema dessa judicialização, em grande parte, não é a falta de política pública, mas sim a falha ou omissão na sua execução pelos entes da federação responsáveis por sua implementação.

5.2 Estratégias para a redução da judicialização da saúde.

O desafio atual na busca da redução da judicialização da saúde ou até mesmo a sua desjudicialização total exige estratégias que envolvam todos os setores da sociedade, público e privado, na busca de alternativas que privilegiem o atendimento diretamente ao usuário sem a necessidade de intervenção judicial.

Como afirma Bucci e Duarte, o fenômeno da judicialização da saúde não é uno nem uniforme, o qual deveria a rigor, se falar em “judicializações da saúde”, uma vez que o espectro de pedidos e decisões judiciais é bastante amplo. Daí a pertinência de se pensar numa estratégia de redução da judicialização, baseada na busca de maior racionalidade na relação entre os vários atores institucionais envolvidos²⁰⁵.

De todo o exposto até aqui, evidencia-se que a efetividade da proteção do direito à saúde, contemplado constitucionalmente como direito de todos e dever do estado, depende da ação articulada, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para que sejam criadas ações integradas entres esses Poderes constituídos com o objetivo de encontrar meio de atuação consensual em busca do bem comum.

Como visto, os direitos sociais são aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado para a sua concretização, por meio de políticas públicas e ações governamentais a ser implementadas pelo Executivo, cuja função típica é a execução dessas políticas públicas para atender a coletividade.

Outrossim, há que se levar em consideração a importância da participação ativa da sociedade civil organizada em busca da concretização dos direitos sociais, mormente o direito à saúde, objeto do presente trabalho.

Assim, o Poder Executivo é quem detém a iniciativa privativa de projetos relacionados à efetivação dos direitos sociais, uma vez que a execução das políticas públicas demanda disponibilidade orçamentária para a prestação dos serviços públicos de modo geral.

Já no âmbito do Legislativo, a criação de instrumentos normativos para a implementação de políticas públicas relacionadas à prestação de serviços de saúde à

²⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

população em geral devem ocupar a agenda permanente de discussões e debates no Parlamento, que é a Casa responsável pela aprovação dos projetos de lei encaminhados pelo Executivo para a concretização do direito à saúde.

O Poder Judiciário, por seu turno, ocupa um papel de destaque na busca da redução da judicialização da saúde, seja na aplicação da lei ao caso concreto, seja na utilização de critérios técnicos e científicos quando da concessão de liminares ou tutelas de urgência determinando o fornecimento de medicamentos, evitando, dessa forma, que decisões judiciais sem critérios sirvam de incentivo para aumentar ainda mais a judicialização da saúde, uma vez que o usuário acredita ser esse o caminho mais fácil para obter o medicamento de que necessita.

5.2.1 Estratégias para a redução da judicialização da saúde no âmbito do Poder Executivo.

No âmbito do Poder Executivo, evidencia-se uma total desinformação por parte dos atores envolvidos no problema da judicialização da saúde das políticas públicas de saúde existentes, seja do usuário que não tem conhecimento da disponibilidade ou não do medicamento solicitado judicialmente, seja por parte dos próprios servidores do Judiciário e dos operadores do direito, como advogados e defensores públicos, que ingressam em Juízo em defesa dos direitos dos usuários sem qualquer preocupação da existência ou não da política de saúde pleiteada.

Os mecanismos de solução consensual de conflitos, já utilizados em outras áreas do direito, podem e devem ser também utilizados na questão envolvendo o direito à saúde, como por exemplo, a realização de audiências públicas envolvendo os atores responsáveis pela implementação das políticas, bem como representantes da sociedade e organizações não governamentais que atuam nessa área.

Outro exemplo são os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC) criados pelo Código de Processo Civil (2015) e que podem ser ampliados e instalados nos demais órgãos da Administração Pública com o objetivo de orientar e estimular a autocomposição e, conseqüentemente, evitar a judicialização da saúde.

Aqui vale a pena destacar algumas experiências que vêm dando bons resultados na utilização de mecanismos consensuais para a redução da judicialização da saúde e que podem ser utilizadas como modelo de solução.

No Estado de São Paulo, como medidas de enfrentamento ao problema do aumento excessivo da judicialização da saúde foram criadas duas frentes de trabalho, cujo resultado foi a implantação na Procuradoria Geral do Estado de um setor especializado em saúde pública para atuar dentro da área do contencioso cível da Capital para acompanhar as ações relacionadas ao direito à saúde na primeira instância da Comarca da Capital e recursos provenientes das ações de todo o Estado. No âmbito da Secretaria Estadual de Saúde, foi criada a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde – CODES, que conta com uma equipe multidisciplinar como médicos e farmacêuticos e que funciona junto ao Gabinete do Secretário Estadual de Saúde²⁰⁶.

Dessa parceria entre o a PGE e o CODES resultou a criação e a implantação de um sistema informatizado para o controle das ações, moldado dentro da própria Secretaria Estadual de Saúde (portanto, sem grandes custos), denominado “Sistema de Controle Jurídico” (doravante SCJ). O acesso fácil às informações constantes do SCJ permitiu ao Estado de São Paulo uma visão panorâmica da judicialização da saúde e, por isso, foi o grande responsável pela adoção de importantes medidas que se seguiram.

Outra importante medida adotada pelo Estado de São Paulo foi a realização de parcerias desses órgãos com a Defensoria Pública a fim de identificar as demandas forjadas e com essas informações atuar na origem do problema, objetivando a resolução consensual dos conflitos sem a necessidade de intervenção judicial, bem como orientar os protocolos de atualização e inclusão de novos medicamentos na lista do SUS.

Por último, o Governo do Estado de São Paulo, como estratégia para lidar com o fenômeno da judicialização do direito à saúde, criou o serviço denominado “pedido administrativo” inaugurado em 2009, cuja ideia é criar uma instância administrativa para o fornecimento espontâneo de medicamentos não padronizados pelo SUS, a ser considerada como condição de procedibilidade das ações de medicamentos.

Já no Estado do Rio de Janeiro, foi criada a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) após a celebração de convênio, em 12 de junho de 2012, entre o Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado (PGE), Secretaria de Estado de Saúde (SES), Defensoria Pública Geral do Estado (DPGE), Tribunal de Justiça do Estado (TJRJ), o Município do Rio de Janeiro representado pela Procuradoria Geral do Município (PGM) e

²⁰⁶ YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Secretaria Municipal de Saúde (SMS), e a União Federal representada pela Defensoria Pública da União (DPU)²⁰⁷.

A CRLS promove o atendimento das partes que buscam por prestação de serviço de saúde de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, exame médico, consultas ou internações.

A Câmara tem como principais propostas a especialização e a personalização do atendimento do assistido nas demandas relativas à saúde e busca inserir ou reinserir o assistido no SUS, antes da propositura da demanda judicial, tornando o acesso mais célere e resolutivo e diminuindo, dessa forma, o número de novas ações. A CRLS é também um espaço que disponibiliza as informações de avaliação de incorporação de tecnologia, tendo a função de nortear a formulação de proposta de ampliação ou modificação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) Estaduais (GUIMARÃES e PALHEIRO – 2015).

A CRLS é formada por uma equipe multiprofissional, constituída por médicos, enfermeiros, farmacêuticos, nutricionista e assistentes sociais e os seus pareceres são firmados por um conjunto de profissionais e pela coordenadora da CRLS. O parecer técnico realizado indica, por exemplo, alternativas terapêuticas ao pedido do autor, a existência de medicamentos genéricos e de similares, medicamentos e outros insumos ofertados no SUS, com o encaminhamento aos responsáveis pelo fornecimento.

Em conclusão, diante do cenário legislativo atual e do crescente ativismo judicial, deve se concentrar esforços para a busca de soluções que atuem na fase pré-processual, uma vez que essas alternativas atendem de forma mais célere e eficiente o paciente e evitam todos os ônus e custos diretos e indiretos inerentes à propositura de ações judiciais. Além disso, igualmente relevante é a conjugação de esforços de todos os atores que são afetados por esse fenômeno da crescente judicialização da saúde.

Nesse cenário, a atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde se revela extremamente eficiente e necessária, uma vez que seu trabalho, em resumo, se constitui da união de vários entes, que buscam resolver de forma mais célere uma demanda de saúde que seria judicializada.

²⁰⁷ GUIMARÃES, Rita de Cássio Mello e PALHEIRO, Pedro Henrique Di Masi. **Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde**. In: Para entender a gestão do SUS 2015. Direito à saúde. Brasília. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2015. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

O Estado do Rio Grande do Norte, por sua vez, criou o Comitê Interinstitucional de Resolução de Demandas em Saúde (CIRADS), referido por muitos como um possível “futuro modelo nacional para redução de demandas da saúde” (ADAMS, 2011)²⁰⁸.

Luís Adams ressalta o papel da Advocacia Pública no contexto da judicialização da saúde:

Uma questão interessante é levantada sobre a influência da via judicial a forçar no Executivo a elaboração de políticas mais eficientes e a construir uma linguagem comum entre juristas e gestores. Isso não significa que as decisões judiciais não tenham potencial para comprometer as políticas já existentes, razão pela qual são criadas dentro da Advocacia Pública algumas iniciativas para seu controle. Uma dessas iniciativas é o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), órgão destinado à solução administrativa (não judicial) das demandas envolvendo o cidadão e o SUS com poder de recomendar e apresentar propostas pertinentes ao seu aperfeiçoamento.

Por último, cita-se o exemplo do Estado do Paraná no enfrentamento das demandas judiciais por medicamentos na Secretaria do Estado de Saúde relatado por Deise Regina Sprada Pontarolli, Gheisa Regina Plaisant da Paz e Silva, Giovanna Chipon Strapassom (2015)²⁰⁹.

As autoras do estudo informam que a Secretaria Estadual da Saúde do Paraná se organizou para a melhoria das condições para a produção da resposta no processo judicial. “Medidas básicas de organização passaram a ser adotadas, tais como a criação de uma *porta de entrada* para recebimento das ordens judiciais, implantação de um sistema de informação gerencial com dados sobre pacientes e a comunicação mais constante entre a Procuradoria Geral do Estado (PGE)”.

No exemplo do Estado do Paraná, os pedidos passaram a ser coordenados com a programação de compras realizadas por uma central de medicamentos, adotando-se a rotina de informar a retirada do produto pelo paciente, bem como passou a ocorrer encontros e seminários visando compartilhar informações e orientações sobre as ações judiciais, envolvendo os vários atores institucionais participantes.

²⁰⁸ ADAMS, Luís Inácio Lucena. A judicialização na área da saúde e a atuação da Advocacia Pública. In: Paulo Modesto e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Jr. (Orgs.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum e Instituto Brasileiro de Direito Público, 2011, p. 271-279. Disponível em: <file:///D:/Downloads/56630-Texto%20do%20artigo-71482-1-10-20130612.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁰⁹ PONTAROLLI, Deise Regina Sprada; SILVA, Gheisa Regina Plaisant da Paz e; STRAPASSOM, Giovanna Chipon. O enfrentamento das demandas judiciais por medicamentos na Secretaria do Estado de Saúde do Paraná. In: Para entender a Gestão do SUS 2015. **Direito à saúde**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conas), 2015. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_6B.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

Adotar estratégias a serem implantadas no âmbito do Executivo para obter a redução da judicialização da saúde tem como consequência a redução dos ônus com o funcionamento da máquina pública na exigência do cumprimento do direito à saúde.

Nesse sentido Bucci e Duarte:

Isso é importante, especialmente se consideramos que o maior contingente das ações movimenta os diversos segmentos públicos do sistema de justiça, Defensorias Públicas, Ministério Público, Advocacia Pública, juízos e tribunais, em sentido estrito. Em resumo, Estado *versus* Estado²¹⁰.

Dessa forma, os exemplos acima mencionados podem e devem ser utilizados como parâmetro para os demais entes da federação na busca pela redução da judicialização, cujo objetivo é estabelecer um canal direto entre o usuário e o Poder Público na prestação de serviços de saúde, sem a intermediação do Judiciário.

5.2.2 Estratégias para a redução da judicialização da saúde no âmbito do Poder Judiciário.

Um dos maiores problemas, ou pode-se afirmar, o principal problema da judicialização da saúde é a concessão exagerada de liminares, cautelares e antecipações de tutelas de urgência (aqui utilizadas como expressões sinônimas), sendo esse o aspecto principal a ser enfrentado com vistas à estratégia de redução da judicialização da saúde.

O aumento excessivo da judicialização da saúde é consequência da concessão exagerada de liminares e antecipações de tutelas, na medida em que o deferimento dessas medidas cautelares faz do Judiciário o caminho mais curto para a obtenção do medicamento, com baixíssimo índice de recusa.

De outra banda, uma vez deferida a liminar e efetivamente cumprida a ordem judicial de entrega do medicamento ou tratamento terapêutico pleiteado, a defesa do ente público perde força, cujos argumentos sequer são levados em consideração quando da ocasião da sentença proferida naqueles autos.

Assim, uma forma de reduzir ou tentar reduzir a judicialização da saúde é a utilização de critérios mais rigorosos na concessão de liminares e antecipações de tutelas, com a utilização de parâmetros mais específicos pelos juízos, especialmente em primeira instância, pois é ali que as decisões liminares são concedidas na maior parte das vezes.

²¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

Antes de indicar possíveis estratégias para a redução da judicialização no âmbito do Poder Judiciário é preciso conhecer as hipóteses que essas decisões são proferidas.

A primeira hipótese a ser analisada é aquela em que o juiz defere a liminar sem levar em conta a exigibilidade jurídica da Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro por pesquisadores da Fiocruz e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, publicada em 2010 por Ventura e Pepe foi apontado que, em uma amostra de 185 processos, em 100% deles a liminar foi deferida e em apenas três desses casos, o pedido foi negado ao final do processo²¹¹.

Outro estudo publicado pelo Centro de Direito Sanitário, ligado à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo – USP aponta a concessão de liminares em 93,5% dos casos analisados. Nestes casos, o Estado-réu foi condenado em 96,4% e nenhuma sentença julgou o pedido do autor improcedente com o exame de mérito da ação. O estudo observa ainda que “o Estado foi obrigado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária”.

Em conclusão do referido estudo, Marques e Dallari afirmam:

Com base nos resultados encontrados, percebe-se que como órgão central do sistema jurídico, o Poder Judiciário não tem levado em consideração a política pública de medicamentos. Ele vem sustentando, principalmente, que questões políticas não podem disciplinar ou condicionar o exercício desse direito. Suas decisões têm com base unicamente a afirmação do direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos integrais e universais dos cidadãos brasileiros contida no arcabouço legal (Constituição Federal e Lei Orgânica de Saúde). O Poder Judiciário ignora que os direitos foram instituídos, de forma ampla e atrelada à elaboração de políticas sociais e econômicas²¹².

Vários estudos também apontam a descon sideração pura e simples das políticas públicas de saúde constantes do SUS, mormente em relação à matéria relacionada à política de fornecimento de medicamentos, cuja política, se fosse levada em consideração, poderia evitar a maioria das demandas por medicamentos²¹³.

²¹¹ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis, Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, 2010, p. 77-100. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

²¹² MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo. V. 41. N. 1, p. 101-7. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102007000100014&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 11 nov. 2020.

²¹³ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n.2, abr. 2007, p. 214-222. Disponível

A segunda hipótese a ser considerada é a de que uma vez concedida a liminar o Juiz não examina a matéria de fato. Isso ocorre por que deferida a liminar, o juiz ou juíza, que tem diante de si centenas de processos de teor semelhante, não tem tempo ou maior cuidado em examinar a matéria de fato trazida pela defesa apresentada pelo Poder Público, tampouco considerá-la mais detidamente na sentença.

A decisão liminar ou cautelar antecipatória já foi tomada e possui caráter satisfativo e uma vez de posse do medicamento ou já usufruído o tratamento pleiteado, a tendência é que a fundamentação adotada na ocasião da decisão liminar seja reiterada na sentença, sem análise de mérito propriamente dita.

O estudo desenvolvido por Marques e Dallari tem como base a catalogação das ideias centrais utilizadas pelas partes no processo, bem como pelos juízes no momento de proferir sua decisão, seja liminar ou de mérito.

Conforme demonstrado no referido estudo, o autor da ação, em geral, alude a argumentos constitucionais de caráter abstrato e geral, cuja aplicação, se desconsiderada a necessidade de cotejo com as previsões da lista, não dependeriam de prova, tais como: “os direitos à saúde e à assistência farmacêutica não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos” e “os direitos fundamentais à saúde e à assistência farmacêutica não podem ser condicionados por políticas de saúde ou por questões orçamentárias”.

Por outro lado, o réu nas demandas judiciais, na maioria das vezes, o Poder Público, em sua defesa alude a argumentos de fato, que dependeriam do exame de prova, pelo menos documental, alegando que “o pedido do autor não se enquadra na padronização da política de assistência farmacêutica pra tratamento da respectiva doença, não merecendo prosperar” ou “o medicamento pleiteado não possui registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não podendo ser comercializado no Brasil”.

Por fim, o juiz, em sua decisão, ao acolher o pedido do autor, muitas vezes subscreve a ideia de que “o direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos”²¹⁴.

Essa qualificação da política de medicamentos como “questões burocráticas” não representa apenas um argumento pelo qual o juiz expressa sua convicção e dá ganho de causa a uma parte (o requerente dos medicamentos) sobre outra (o Poder Público), mas também

em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-8902007000200007. Acesso em: 11 nov. 2020.

²¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

demonstra desconfiança em relação ao Poder Público que leva o juiz a não querer se complicar com negativa de atendimento a uma providência que poderia custar a vida de alguém, e, com isso, recusam, de antemão, os argumentos da Advocacia Pública.

Desse modo, o deferimento quase que automático da liminar ou tutela antecipada, em caráter satisfativo, sem exame da matéria de fato, expressa esse fenômeno da desconfirmação, no sentido de que a lista de medicamentos não serve de parâmetro para a apreciação do caso ou julgamento para procedência do pedido. Não se trata, portanto, de uma decisão baseada na falta ou deficiência da política pública, que caracterizariam, em tese, a omissão do Poder Executivo.

A terceira e última hipótese a ser considerada neste estudo ocorre quando o juiz decide em função do que percebe como descuido no atendimento aos usuários dos serviços de saúde.

Na maioria dos casos, o juiz leva em conta os relatos do autor em sua inicial, cujos relatos são carregados de informações negativas acerca da política pública de saúde do réu (Poder Público) que forma no juiz uma convicção no sentido da precariedade do serviço e descuido no atendimento ao usuário final.

Nesse sentido, as normas de organização do sistema podem soar abstratas e tecnocráticas, pouco dizendo ao paciente, destinatário último dessas disposições, dado o longo caminho que têm que percorrer até chegar a eles. Esse aspecto está registrado nos estudos desenvolvidos por Luciane Cristina Feltrin de Oliveira, Marluce Maria Araújo Assis e André René Barboni²¹⁵:

As contribuições da legislação e das normatizações do MS (Ministério da Saúde) para a organização e o estabelecimento de financiamento para a AF (Assistência Farmacêutica) na ABS (Atenção Básica em Saúde) são indiscutíveis. No entanto, existe um grande distanciamento entre a AF básica legalmente estabelecida e a AF básica real dos municípios brasileiros. Os problemas encontrados vão desde o desabastecimento de medicamentos essenciais e má conservação deles no processo de armazenamento até a ausência total de orientação ao usuário quanto à utilização correta desses produtos.

Dessa forma, resta evidente que a Política de Assistência Farmacêutica tem um grau de elevada complexidade que repercute sobre os usuários e que essa complexidade precisa ser reduzida, com a estruturação adequada dos gestores públicos envolvidos, cuja consequência reflete na redução da judicialização da saúde almejada.

²¹⁵ OLIVEIRA, Luciane Cristina Feltrin de; ASSIS, Marluce Maria Araújo; BARBONI, André René. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde da Política Nacional de Medicamentos à atenção básica à saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3561-3567, nov. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S1413-8123201000900031&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 11 nov. 2020.

Um passo importante na busca da redução dessa complexidade da Política de Assistência Farmacêutica foi dado com a criação da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) em 2012, cujo intuito é organizar as responsabilidades pelo atendimento.

Por fim, a grande contribuição do Poder Judiciário para o enfrentamento do problema da judicialização da saúde foi a instituição das Jornadas de direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2014 que já está na sua terceira edição (2019) e já resultou na edição de 103 enunciados na busca de parâmetros para servir de guia para as decisões judiciais em matéria de saúde²¹⁶.

Na primeira jornada de direito da saúde, realizada em 2014, foram aprovados 45 enunciados, e na segunda jornada, em 2015, foram aprovados mais 22 enunciados, totalizando 69 enunciados até então. Em 2019, foram aprovados mais 36 enunciados, totalizando 103 enunciados.

Com relação especificamente as liminares e tutelas de urgência, foram editados os seguintes enunciados:

ENUNCIADO Nº 02

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em tutela provisória ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório e prescrição médicos a serem apresentados preferencialmente ao executor da medida, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 55

O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

ENUNCIADO Nº 92

Na avaliação de pedido de tutela de urgência, é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente.

²¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

Há, ainda, dois enunciados que merecem destaque acerca da judicialização da saúde e que refletem diretamente na decisão concessiva de liminares e tutelas antecipatórias de urgência. São os enunciados de nº 84 que determina a fixação de prazo para o cumprimento das decisões judiciais e o enunciado nº 96 que restringe a impetração de Mandado de Segurança apenas para as hipóteses em que o medicamento ou produto solicitado conste das listas RENAME e RENASES ou protocolos do SUS.

ENUNCIADO Nº 84

Na fixação de prazo para o cumprimento das determinações judiciais concessivas, deverá a autoridade judicial atentar para as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público e Agentes da Saúde Suplementar, bem como a origem ou procedência dos insumos.

ENUNCIADO Nº 96

Somente se admitirá a impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento, produto, órtese, prótese ou procedimento constar em lista RENAME, RENASES ou protocolo do Sistema Único de Saúde – SUS.

Os enunciados buscam soluções para o forte crescimento no custo de itens judicializados, principalmente os medicamentos. Todavia, apesar das constantes orientações aos magistrados, o CNJ ainda se preocupa, pois os enunciados foram citados apenas 19 vezes nas 107.497 decisões de primeira instância analisadas pelo estudo do Conselho e nas 82.233 decisões de segundo grau estudadas, os enunciados apareceram apenas duas vezes²¹⁷.

Nesse sentido, Bucci e Duarte pontuam:

Esses enunciados compõem uma importante contribuição do Poder Judiciário para a evolução do enfrentamento do problema da judicialização. Um passo importante seria a colaboração cuidadosa desse material pelos gestores públicos, num trabalho conjunto dos sistemas de saúde e de justiça, de modo a buscar a institucionalização, em regra jurídica compreensível pelo sistema de saúde, dos procedimentos nele recomendados²¹⁸.

Assim, se faz necessária uma maior integração entre os Poderes Executivo e Judiciário acerca da aplicação dos enunciados no âmbito administrativo pelos gestores de saúde, antes mesmo da judicialização, buscando dar maior efetividade no atendimento da demanda por serviços de saúde e evitando, com isso, a intervenção judicial que tem como resultado o

²¹⁷ CNJ divulga enunciados sobre fornecimento de remédios por decisão judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-27/cnj-divulga-enunciados-fornecimento-remedios>. Acesso em: 12 nov. 2020.

²¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

aumento excessivo da judicialização da saúde com todas as suas consequências já mencionadas neste trabalho.

Por fim, há ainda que se falar do “sistema multiportas” de acesso à justiça, no qual são instalados vários mecanismos de solução de demandas que chegam ao Poder Judiciário e que tem a finalidade de ampliar a prestação jurisdicional.

Embora o denominado “sistema multiportas” seja utilizado no âmbito do Poder Judiciário, e, portanto, dentro da judicialização que se busca evitar, o sistema objetiva a solução consensual dos conflitos por meio da mediação e conciliação, cujos institutos autocompositivos considerados equivalentes jurisdicionais, foram instalados inicialmente pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça²¹⁹, e, ratificado pela Lei nº 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil²²⁰.

O denominado “sistema multiportas” de acesso à justiça teve origem na experiência Norte-Americana que ficou conhecida como “Sistema Multiportas de Solução de Conflitos” em uma palestra proferida em 1976 por Frank Sander, professor de Direito da Universidade de Harvard.

O “sistema multiportas” constitui uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas.

Em outras palavras, o sistema de uma “única porta”, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um “centro de resolução de disputas”, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito.

Nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva realização

²¹⁹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 04 de nov. 2020.

²²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil Civil. DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/cpcivil_03/leis/2015/L13105compilada.htm. Acesso em: 04 nov. 2020.

dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais²²¹.

Faz-se imprescindível, portanto, explicar que este sistema permite que a solução de conflitos não seja mais tratada por uma única via de acesso à justiça. Ao avesso disso, as partes, ao procurarem o Poder Judiciário, passam por uma espécie de triagem para a escolha do método que melhor atenda às necessidades do litígio apresentado, considerando as suas peculiaridades. Neste sentido, “ao procurar o Judiciário as partes passariam antes por uma antessala desse Centro de solução de conflitos em que escolheriam uma das portas para ingressar, com a ajuda do *screening clerk* nesta triagem do conflito”²²².

O novo Código de Processo Civil (2015) prestigia os mecanismos alternativos de solução de controvérsias através de sistema multiportas e estabelece o dever de todos os aplicadores do direito, estimularem a mediação e a conciliação e outros métodos de solução de conflitos, oferecendo amplo espaço para a mediação e a conciliação, institutos pelos quais as próprias partes, com o auxílio de um terceiro, poderão buscar uma solução mutuamente aceitável, dando assim, maior celeridade aos processos judiciais e permitindo a solução dos conflitos que originaram a demanda.

Dessa forma, o sistema multiportas agrega vários procedimentos como meios alternativos de solução de conflitos como a arbitragem, mediação e conciliação e que podem ser utilizadas nas questões relacionadas às demandas de prestação de serviços públicos de saúde, com as adaptações necessárias e específicas em cada caso.

5.2.3 Estratégias para a redução da judicialização da saúde no âmbito do Poder Legislativo.

O Poder Legislativo tem papel importante na elaboração de estratégias para a redução da judicialização da saúde, pois toda e qualquer iniciativa de elaboração de políticas públicas depende da aprovação de instrumentos normativos, uma vez que o princípio da legalidade é o principal norteador da atividade administrativa.

Assim, as políticas públicas de saúde são desenvolvidas por meio dos serviços públicos prestados pelo Estado na área de saúde, e, esses serviços públicos de saúde, como

²²¹ LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Cláudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). **Mediação no judiciário: teoria na prática**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, pp. 283-320.

²²² GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 335.

espécie do gênero “serviços públicos”, exigem a edição de lei, no sentido formal, para a sua criação e implementação.

Nesse sentido é que o Poder Legislativo deve atuar, uma vez que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade no exercício da sua função típica, como observado por Di Pietro “Segundo o princípio da legalidade, Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”²²³.

Como visto, existem diversos instrumentos normativos relacionados ao direito à saúde, como leis em sentido estrito, decretos e portarias etc. No entanto, o que se observa é a falta de sistematização desses instrumentos com vistas a facilitar a compreensão e, conseqüentemente, o acesso às políticas de saúde já implantadas, mormente por parte do usuário que, como leigo, desconhece totalmente a existência dessas políticas ou não consegue compreender o seu conteúdo, em função da sua complexidade e falta de coesão.

Assim, diante da ausência de clareza normativa que dificulta a compreensão, a busca pelo Judiciário se torna mais fácil e rápido ao usuário que procura por atendimento dos serviços de saúde, e como consequência, a decisão judicial também é pautada pelo sentimento de justiça pessoal e não necessariamente pela aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto.

Desde a Constituição Federal de 1988, quando a saúde foi inserida no rol dos direitos sociais e passou a ser compreendida como um direito fundamental de todo cidadão, vários instrumentos normativos foram editados com o objetivo de dar efetividade a esse direito social, dos quais se pode citar a Lei Federal nº 8.080/90 que regula em todo o território nacional as ações e serviços públicos de saúde e que instituiu o sistema único de saúde – SUS estabelecendo os princípios e as diretrizes para a implantação e execução dessas ações.

Outro instrumento normativo importante foi a edição da Portaria nº 3.916/98, que tem fundamento na mencionada lei e estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos, que regulamenta desde a produção de medicamentos, regulamentação sanitária e a política de assistência farmacêutica.

Todavia, a partir dos instrumentos normativos citados, foram editados inúmeros outros, tanto na esfera Federal como nas esferas Estadual e Municipal, resultando numa superposição de normas de difícil compreensão e aplicação, seja pelo Executivo, seja pelo próprio Judiciário na ocasião das decisões judiciais envolvendo prestação de serviços de saúde.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96.

Nessa ordem de ideias, importa não apenas elaborar os textos normativos, mas também criar mecanismos de consolidação dessas normas, com a integração entre as várias portarias e resoluções que atualmente fragmentam a Política, bem como complementar esses textos normativos com a descrição exata dos mecanismos de responsabilização de cada ente, tendo como objetivo principal, o usuário final.

Insta ressaltar que a própria Lei nº 8.080/90 estabelece, dentre as diretrizes para as ações e serviços públicos de saúde, “a divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário”²²⁴.

A regulamentação desse dispositivo legal requer não apenas a divulgação de listas de dispensação de medicamentos em tese colocados à disposição do usuário, mas também a informação detalhada e completa de todos os procedimentos em que se desdobram as ações e serviços públicos de saúde, passo a passo, etapa por etapa, combinado com mecanismos que obriguem ao cumprimento desses protocolos, atribuindo consequências em caso de descumprimento.

Havia um instrumento que poderia servir de base para essa normatização, qual seja a “Carta dos Direitos dos Usuários do Sistema Único de Saúde”, aprovada pela Portaria MS nº 675 de 30 de março de 2006²²⁵. No entanto, a referida Portaria foi revogada sem qualquer justificativa plausível pela Portaria PRT GM/MS nº 1.820 de 13 de agosto de 2009²²⁶.

Dessa forma, é indispensável que se busque um mecanismo de comunicação eficaz entre o Poder Público, os operadores do direito e os usuários, objetivando divulgar as políticas públicas de prestação de serviços públicos existentes, bem como a forma de acesso aos serviços de saúde disponibilizados à população em geral, evitando, dessa forma, que a falta de informação seja motivo para a judicialização da saúde.

5.3 Rumo à desjudicialização do direito à saúde

O principal desafio em matéria de saúde pública no Brasil, na atualidade, é a redução da judicialização ou até mesmo a sua desjudicialização, razão pela qual se busca o

²²⁴ 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. Art. 7º (...), inciso VI: divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm - Acesso em 12 nov. 2020.

²²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS nº 675 de 30 de março de 2006. **Carta dos Direitos dos Usuários do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/.html>. Acesso em 13 nov. 2020.

²²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS nº 675 de 30 de março de 2006**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em: 13 nov. 2020.

estabelecimento de estratégias a serem implementadas no âmbito dos três Poderes da República, bem como envolvendo a sociedade em geral e as organizações sociais com vistas a atingir esse objetivo.

Com a judicialização excessiva da saúde vieram à tona vários outros problemas a serem debatidos e discutidos por todos os setores da sociedade na busca de caminhos e alternativas que privilegiem o atendimento diretamente ao usuário sem a necessidade de intervenção judicial.

Nesse sentido, busca-se a implementação de estratégias objetivando no curto e médio prazo a redução gradativa da judicialização da saúde até atingir a sua desjudicialização, no longo prazo.

A desjudicialização, por sua vez, é um movimento contrário à judicialização e que vem crescendo no Brasil, ainda que timidamente, tendo em vista que é o país que concentra uma das maiores demandas de processos judiciais do mundo.

O termo desjudicialização pode ser conceituado como a faculdade das partes optarem pela solução consensual do conflito sem a intervenção do Poder Judiciário, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis.

A desjudicialização indica o deslocamento de algumas atividades que eram atribuídas ao Poder Judiciário e, portanto, previstas em lei como de sua exclusiva competência, com a realização de atos, realizados diretamente pelas partes sem a intervenção judicial, como por exemplo, o divórcio e o inventário realizados em cartório na presença do Tabelião e que não dependem de homologação judicial para que surta seus efeitos legais e jurídicos²²⁷.

Esse processo de transferência de serviços para os cartórios extrajudiciais que antes só poderiam ser feitos pela Justiça, denominado “desjudicialização”, tem por objetivo trazer celeridade às ações que não envolvem litígio e contribuir para a redução da crescente pressão sobre os tribunais, que se encontram abarrotados de processos de toda ordem.

Diante da dificuldade do Judiciário em atender com presteza às demandas judiciais que a sociedade produz, bem como da necessidade de encontrar soluções eficazes, a desjudicialização tornou-se uma opção viável no Brasil, com a edição de leis que favorecem a composição amigável de situações sociais, por meio dos serviços extrajudiciais, buscando desta forma propiciarem o desafogo do Poder Judiciário.

²²⁷ BRASIL. **Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Ao final dos estudos relacionados ao tema da desjudicialização da saúde, Alexandre Barbosa da Silva e Gabriel Schulman chegaram a seguinte conclusão:

O processo de desjudicialização representa tendência atual e que envolve mudança cultural e jurídica, já que os processos judiciais e os gastos com saúde têm aumentado, mas não têm sido resolutivos, nem têm resolvido o problema das desigualdades sociais, as quais impactam diretamente na saúde. [...] compreende-se que a judicialização deve ser excepcional e não pode perder de vista que a intervenção em política pública de saúde envolve demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos cumulativos de feição bilateral (um ganha e outro perde)²²⁸.

Como visto, a desjudicialização da saúde é uma das alternativas para aliviar o Judiciário em face da progressiva litigiosidade das relações sociais, em um mundo cada vez mais complicado e que está em constantes transformações. A desoneração do Poder Judiciário tem utilização especialmente naquelas atribuições por ele realizadas que não se referem diretamente à sua função primordial em nosso modelo de jurisdição, qual seja a prerrogativa de poder dizer o direito em caráter definitivo, por seu trânsito em julgado soberano.

A informalização da Justiça significa acatar espaços jurisdicionais alternativos e desenvolver mecanismos consensuais de justiça em espaços comunitários. Com essa informalização, a tendência natural é o crescimento da desjudicialização com a adesão a meios informais de solução de controvérsias.

Feitas essas considerações, constata-se que a desjudicialização apresenta-se como meio hábil a desobstruir o Poder Judiciário e não há qualquer óbice que seja também implementada nas demandas por serviços públicos de saúde, podendo, inclusive, utilizar-se da estrutura das serventias extrajudiciais, que gozam da confiança da população pela seriedade e eficiência dos serviços que prestam à população.

A hipótese da desjudicialização da saúde foi levantada a partir de dados constantes nos relatórios do Observatório de Análise Política em Saúde - OAPS produzidos em 2017 que constatarem mecanismos para conter o avanço da judicialização e a ampliação do debate, por meio de audiências públicas, cooperação entre entes na gestão dos impactos dos processos

²²⁸ SCHULMAN, Gabriel; DA SILVA, Alexandre Barbosa. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0290.pdf>. Acesso em 14 nov. 2020.

judiciais na área da saúde orientada pela Comissão Intergestores Tripartite (CIT), dentre outros²²⁹.

O estudo apresentado pelas autoras constatou que, não obstante a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça para racionalizar a judicialização, ainda não existe um comportamento amplo do Judiciário no sentido de concretizar, com razoabilidade, o direito social à saúde, concluindo, dessa forma, pela necessidade de avaliar se o fenômeno inverso, ou seja, o da desjudicialização seria uma alternativa viável a concretização do direito à saúde na medida em que propugna diálogos interinstitucionais, mediações administrativas e uma maior participação da sociedade nas tomadas de decisão.

Evidentemente que, na busca da solução de questões que envolvem política de Estado ou de Governo, é mister oportunizar às partes envolvidas o tratamento do conflito de forma extrajudicial, através da mediação e do diálogo. Nesse ponto, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 trouxe mecanismos de incentivo à solução consensual dos conflitos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação²³⁰.

Da mesma forma, a lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 ao dispor sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsia e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública é um importante instrumento normativo na busca de efetivação da desjudicialização da saúde²³¹.

Com isso, não se quer defender que as políticas governamentais, consideradas isoladamente, serão suficientes para uma boa prestação de serviços de saúde, mas sim a necessidade de criar alternativas dialógicas e com maior participação da sociedade para a concretização do direito à saúde.

Em conclusão, resta evidente que para efetivar uma política de saúde adequada é de suma importância que os atores envolvidos nela participem do processo, desde a sua gestão até a sua implementação, pois não basta dizer que a saúde é um direito de todos e dever do estado se não forem criadas condições para a concretização desse direito.

²²⁹ MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **REI – REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS-UFRJ**, Rio de Janeiro/RJ, [S.1], v.4, n.2. p. 774-796, dez. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. Acesso em: 14 nov. 2020.

²³⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/cpcivil_03/leis/2015/L13105compilada.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

²³¹ BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**: Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsia e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

A desjudicialização da saúde é um dos principais instrumentos hábeis a alcançar a efetividade da prestação de serviços públicos de saúde, uma vez que ao reduzir ou eliminar a judicialização, as políticas públicas poderão ser implementadas diretamente através de atos do Executivo sem os ônus decorrentes do cumprimento de decisões judiciais que impactam significativamente o orçamento disponível para a saúde.

6 CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, com a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais pela Carta Magna, teve início um movimento em busca da efetivação desses direitos.

No tocante à saúde, embora a Constituição tenha previsto a saúde como direito social e direito de todos, e conseqüentemente, um dever do Estado, a concretização desse direito exige uma prestação positiva do estado, esbarrando na alegação de insuficiência de recursos, financeiros e materiais, invocando, o Estado, em sua defesa, o princípio da reserva do possível.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência, em oposição ao princípio da reserva do possível, desenvolveu a ideia do mínimo existencial, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, travando, dessa forma, uma verdadeira batalha acerca desses princípios, sendo adotados pela Suprema Corte, ora para um lado, ora para outro lado.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil e que deve servir de fundamento de validade para os demais princípios constitucionais e o ordenamento jurídico pátrio, é que deve balizar o direito à saúde, uma vez que a dignidade da pessoa humana tem como bem maior o próprio direito à vida.

Restou evidente neste trabalho toda a preocupação em se observar a dignidade da vida humana, sendo essa a principal argumentação dos operadores do direito nas demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, tanto pelas partes demandantes como pelo próprio Judiciário nas decisões judiciais concessivas de fármacos e procedimento terapêuticos diversos.

A saúde, por sua vez, está inserida no rol dos direitos sociais na Carta Magna e conseqüentemente também é um direito da personalidade inerente à dignidade da pessoa humana, que tem a proteção especial do Estado e devem ser tutelados de forma dinâmica e de maneira intensiva.

A judicialização da saúde, como meio de efetivar a concretização desse direito social, desde o início da década de 90, tem sido, até o presente momento, senão o único, o mais importante meio de se buscar a efetivação do direito à saúde, como demonstrado neste trabalho, cujo aumento excessivo da judicialização da saúde traz conseqüências nocivas às políticas públicas e prejudica a efetivação da prestação dos serviços públicos de saúde pela via administrativa.

O uso exclusivo do Judiciário como forma de concretização do direito à saúde se mostrou ineficaz e insuficiente, demonstrando uma saturação dessa via que substituiu o Executivo na função típica de executar as políticas públicas na forma que foram elaboradas inicialmente.

A intenção desta pesquisa foi apresentar pontos de vista diferentes e complementares aos que habitualmente são apresentados quando se debate sobre o direito à saúde, bem como apontar alternativas à judicialização da saúde.

Dessa forma, o presente trabalho teve como ponto de partida a análise das decisões judiciais do STF, que é a última instância do Judiciário, acerca do direito à saúde e a sua efetivação pelo Judiciário como principal meio de concretização desse direito, bem como se estudou as políticas públicas de saúde já existentes, cuja análise evidenciou que, na maioria dos casos, as decisões judiciais determinam o cumprimento dessas políticas já existentes e que não estão sendo executadas como preveem os instrumentos normativos que as instituíram.

As causas que levam à judicialização da saúde também foram objeto do presente estudo que constatou inúmeras razões para a judicialização da saúde, tais como a ausência de políticas públicas de prestação de serviços públicos de saúde, configurando a omissão do estado na prestação de serviços de saúde, a ineficiência do Estado na elaboração e execução de políticas públicas já existentes voltadas à prestação de serviços de saúde e, ainda, a falta de medicamentos de primeira necessidade no atendimento básico e a demora ou até mesmo a falta de atendimento de especialidades médicas.

Aponta-se, como uma das consequências dessa judicialização, a “disfunção nos sistemas”, com o risco de se desenvolver a via judicial como principal meio para garantir o acesso à saúde e, dessa forma, causar impacto negativo às políticas públicas que têm por objeto a efetividade, seja individual ou coletiva, do direito à saúde.

Há ainda um fator importante a ser considerado no presente estudo, qual seja a constatação da ausência de critérios técnicos ou científicos para as decisões judiciais, tanto em primeiro grau, na ocasião das concessões de liminares e antecipações de tutelas de urgências, quanto em segundo grau nas decisões que julgam questões relacionadas à saúde. Evidenciou-se na pesquisa que fundamentou o presente trabalho que a maioria das decisões judiciais é favorável ao usuário e desfavorável ao Estado, e que a defesa apresentada pelo ente sequer é citada nas decisões, constatando-se um total desprezo às alegações do Poder Público.

A partir da compreensão de que os direitos da personalidade, aí incluído o direito à saúde, devem ser tutelados e efetivados pelo Estado, o presente trabalho buscou apresentar alternativas à judicialização com a implementação de meios alternativos de solução de

conflitos, como a arbitragem, a mediação e conciliação, bem como a utilização das serventias extrajudiciais como um instrumento de acesso à justiça “desjudicializada”, uma vez que as serventias gozam de prestígio junto à população em geral e já contam com uma estrutura adequada para o atendimento dessa demanda.

Todavia, por se tratar de um trabalho limitado a uma revisão bibliográfica do tema, dado que, devido à extensão e dinâmica do assunto, não se almeja esgotá-lo e pautado no método hipotético-dedutivo quando da análise da legislação e da doutrina pátrias, bem como pela análise da jurisprudência do STF é que se chegou à conclusão de que o modelo atual está defasado e saturado e que há necessidade urgente de se buscar alternativas viáveis à judicialização.

Nesse ponto é que a desjudicialização se apresenta como um movimento inverso e perfeitamente viável capaz de atingir os objetivos almejados, quais sejam a efetivação dos direitos da personalidade, sem a intermediação do Judiciário.

A desjudicialização, que é um movimento contrário à judicialização e que vem crescendo no Brasil, pode ser conceituada como a faculdade das partes optarem pela solução consensual do conflito sem a intervenção do Poder Judiciário, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direito disponível e indica o deslocamento de algumas atividades atribuídas exclusivamente ao Poder Judiciário para ser realizadas diretamente pelas partes sem a intervenção judicial, como por exemplo, o divórcio e o inventário extrajudicial que são realizados em cartório na presença do Tabelião e que não dependem de homologação judicial para que surtam todos os seus efeitos legais e jurídicos.

Esse processo de transferência de serviços para os cartórios extrajudiciais que antes só poderiam ser feitos pela Justiça, denominado “desjudicialização”, tem por objetivo trazer celeridade às ações que não envolvem litígio e contribuir para a redução da crescente pressão sobre os tribunais, que se encontram abarrotados de processos de toda ordem.

A desjudicialização, como demonstrado no presente trabalho, já é uma realidade e que vem dando resultados positivos como os exemplos citados do inventário e divórcio extrajudiciais, que até então eram submetidos com exclusividade ao Judiciário e que passaram a ser decididos e resolvidos perante as serventias extrajudiciais pelas próprias partes sem qualquer participação ou intervenção judicial.

Nesse contexto é que a saúde, como direito de todos e dever do estado, tem papel de destaque em todos os setores da sociedade, seja no âmbito do Executivo quando da elaboração das políticas públicas voltadas à prestação dos serviços de saúde para a população, como no

Legislativo na elaboração de instrumentos normativos autorizados da implementação daquelas políticas públicas, bem como o Judiciário na aplicação da norma ao caso concreto.

Há, ainda, que se destacar o importante papel das organizações não governamentais e organismos sociais integrantes do terceiro setor na formulação das políticas públicas de saúde, bem como na sua execução por meio de parcerias e convênios celebrados com o ente federativo.

Sem excluir nenhum desses partícipes dos debates, é de suma importância a busca contínua e permanente pela efetivação da saúde como direito da personalidade, o que somente será possível com a redução da judicialização que acaba por limitar ou restringir os recursos orçamentários disponibilizados e direcionados à execução das políticas para toda a coletividade, objetivo principal das políticas públicas governamentais.

Portanto, o direito à saúde, como direito fundamental e direito da personalidade, tem proteção do Estado e sua concretização deve ser garantida mediante políticas públicas a serem implementadas no âmbito do Poder Executivo com o objetivo de alcançar toda a coletividade, com a ressalva de que a judicialização deve ser a exceção e não a regra, uma vez que as demandas judiciais por saúde buscam atender uma necessidade do indivíduo em detrimento da necessidade da coletividade.

Nesse sentido, se faz necessária a adoção de medidas com vistas a ampliar as políticas públicas de saúde de forma a atender a população em geral, e, na outra ponta, buscar a solução consensual dos conflitos pelas partes, sem a intermediação do Judiciário, com o objetivo de reduzir a judicialização até a sua desjudicialização.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio Lucena. **A judicialização na área da saúde e a atuação da Advocacia Pública**. In: Paulo Modesto e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Jr. (Orgs.), Terceiro setor e parcerias na área da saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum e Instituto Brasileiro de Direito Público, 2011, p. 271-279. Disponível em: <file:///D:/Downloads/56630-Texto%20do%20artigo-71482-1-10-20130612.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Temas atuais de Direito Público**. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2020.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. LÓPEZ, Éder Mauricio Pezzi e JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde : Saúde Pública e Outras Questões**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 26.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: http://www.pge.rj.gov.br/sumario_rev63.asp. 2009. Acesso em: 18 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v.2, n. 21, jan/jun.2010. Disponível em: www.e-publicacoes.eurj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297 Acesso em: 04 out. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 13a ed. São Paulo: Campus, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Notícias CNJ, 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 04 de nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 8 – Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados. III Jornada de Direito de Saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/epdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 58: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661cf1d3e.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 06. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), **Relatório Analítico Propositivo: “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”**, 2019. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 57. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/edc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 60. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/edc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 103. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e031f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 86. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/d03c1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 53. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/edc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jornadas de Direito da Saúde**. ENUNCIADO Nº 74. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/edc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 338 de 06 de maio de 2004**. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.787/2017**, Plenário, 16 ago. 2017. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

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. Art. 3. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil Civil. DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cpcivil_03/leis/2015/L13105compilada.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015:** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsia e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.** Regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal. Art. 2º. Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 7.508 de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011.** Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde

- SUS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-. Acesso em: 06 nov. 2020

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991** - Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/538595/publicacao/15647457>. Acesso em: maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992** - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm- Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "PROTOCOLO DE SÃO SALVADOR", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm - Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS n. 3.916, 30 de outubro de 1998**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS nº 1.318 de 23 de julho de 2002**. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude/portarias/portaria_MS_1318.2002. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS 3.047 de 28 de novembro de 2019**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.047-de-28-de-novembro-de-2019-230549540>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria MS nº 675 de 30 de março de 2006**. Carta dos Direitos dos Usuários do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0675_30_03_2006.html. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. **Intervenção judicial da saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Disponível em: http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2013/jun/16/Panoramadajudicializaçã_o_2015_modificadoemjunhode2016.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Nova Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias de Saúde e impacto ao Sistema Único de Saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 5. P. 993-996, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/ript=sci_arttext&pid=S0034-02011000500024&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156-RJ**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. DJe de 04/05/2018. Ementa: Administrativo. Recurso Especial

representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.474.665/RS**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 2017. Tema 98: “Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471215149/recurso-especial-resp-1474665-rs-2014-0207479-7/inteiro-teor-471215150>. Acesso em: 09 de out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 106.9810**, RS. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 2013. Tema 84: “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564/RS**. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1996. Acórdão resumido: “Inexistência. Direito líquido e certo. Norma de eficácia limitada. Necessidade de complementação, legislação”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>. Acesso em: 11 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, 2003. Ementa: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=m%EDnim%20existencial&processo=45>. Acesso em: 05 maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências Públicas realizadas. Judicialização do direito à saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/audienciaPublica/realizada>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178/SE**. Rel. Min. Luiz Fux, 2020. Tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o

ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 238.328/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, 1999. Ementa: paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal.stf.jus.br/processos=1749380>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.501/DF**. Ementa: Direito Constitucional. Medida Cautelar em ADI. Lei nº 13.269/2016. Autorização de uso de substância (“pílula do câncer”) sem a realização de testes clínicos que comprovem sua eficácia e segurança e sem registro na Anvisa. Plausibilidade jurídica da alegação de violação ao direito à saúde e de violação à separação de poderes. Deferimento da medida cautelar. Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. STA 175 AgR/CE. Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Tema 06 (repercussão geral): "O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 607.582 - RG/RS**, Min. Ellen Gracie, 2010. “Fornecimento de medicamentos. possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. existência de repercussão geral”. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1702/false->. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 232.469/RS**, Rel. Min. Marco Aurélio, 1998. EMENTA: DECISÃO AIDS - MEDICAMENTOS - INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - RESPONSABILIDADE DO ESTADO (GÊNERO) - RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM - AGRAVO DESPROVIDO. 1. O recurso extraordinário cujo trânsito busca-se alcançar foi interposto, com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim sintetizado: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FUNDAMENTOS. A Constituição Federal prevê ações programáticas para assegurar à coletividade o direito à saúde, assim também ao indivíduo ao referir que o direito é de todos. A saúde - ou doença - está no corpo, impondo-se preservar a primeira, nas ações programáticas, e curar a segunda, na atenção particularizada, fornecendo aos carentes os medicamentos excepcionais, como os necessários ao tratamento da AIDS, como é de previsão legal (Lei nº 9.908/93) neste Estado. RECURSOS DESPROVIDOS (folha 322). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757829/agravo-de-instrumento-ai-232469-rs-stf>. Acesso em: 15 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, 2000. Ementa: Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, Arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 273.834**. Relator Min. Celso de Mello, 2000. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. “O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48950/47673>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 342.413/PR**, Rel. Min. Ellen Gracie, 2004. Ementa: “O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. [...] Recurso não conhecido.” Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795226/recurso-extraordinario-re-342413-pr-stf>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2007. Decisão: “Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a

execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>. Acesso em 13 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.073/RN**. Rel. Ellen Gracie, 2007. Decisão: “Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador", diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3205/AM**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2007. Decisão: “Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária. 7. Ante o exposto, indefiro o pedido”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139568/suspensao-de-seguranca-ss-3205-am-stf>. Acesso em 13 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2009. Decisão: “Portanto, o fornecimento do medicamento Elapraxe a menor portador de Síndrome de Hunter, na hipótese dos autos, não representa lesão à ordem pública. A decisão que determinou ao Estado o seu fornecimento, se suspensa, poderá acarretar dano irreparável para o menor. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137159/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-198-mg-stf>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2008. Decisão: “Há que se considerar, finalmente, que a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão interlocutória proferida pelo MM. Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n.º 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, bem como a decisão que determina a liberação da quantia depositada nos autos da Ação de Indenização (Processo n.º 001.2007.043289-0), em tramitação perante a 4ª. Vara

da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138622/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-223-pe-stf>. Acesso em: 15 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2008. Ementa: “Vítima de assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco ao qual se atribui omissão no desempenho da obrigação de oferecer à população local níveis eficientes e adequados de segurança pública - Prática criminosa que causou tetraplegia à vítima e que lhe impôs, para sobreviver, dependência absoluta em relação a sistema de ventilação pulmonar artificial - Necessidade de implantação de marcapasso diafragmático intramuscular (marcapasso frênico) - Recusa do estado de Pernambuco em viabilizar a cirurgia de implante de referido marcapasso, a despeito de haver supostamente falhado em seu dever constitucional de promover ações eficazes e adequadas de segurança pública em favor da população local (cf, art. 144, “caput”) - Antecipação de tutela concedida em favor da vítima, na causa principal, pelo Senhor Desembargador Relator do processo - Suspensão de eficácia dessa decisão por ato da Presidência do Supremo Tribunal Federal - Medida de Contracautela que não se justificava em razão da ausência de seus pressupostos [...] Direito à vida e à saúde - Dever Estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional (cf, arts. 196 e 197)-Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-Membros da Federação - configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado de Pernambuco [...] - Doutrina - Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República- Recurso de Agravo provido”. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712/RS**. Rel. Min. Dias Toffoli, 2009. Ementa: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Constitucional. Direito à saúde. Medicamentos. Fornecimento a pacientes carentes. Obrigação do Estado. I - O Acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à constituição, se existente, seria indireta. II- A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à constituição federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo Regimental improvido. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143791/agravo-de-instrumento-ai-671111-rs-stf>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 710/RS**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2013. Decisão: “Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pela União com o objetivo de suspender decisão que determinou ao ente federado o fornecimento, na rede pública, a todas as pacientes acometidas de câncer de mama que apresentem tumores com superexpressão do receptor HER2 no Estado de Santa Catarina., do fármaco “Trastuzumabe” (Herceptin). Sem prejuízo de novo exame da matéria por ocasião de eventual exame das questões de fundo, considero ausentes os requisitos que ensejariam a concessão da medida pleiteada. [...] Ante o exposto, indefiro o pedido para suspensão da liminar (art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 21, § 1º do RISTF)”. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24139801/suspensao-de-liminar-sl-710-rs-stf>. Acesso em: 28 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário nº 894.085/SP**. Rel. Ministro Roberto Barroso, 2015. Ementa: Direito Constitucional. Direito à saúde. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Separação dos poderes. Violação. Não configurada. Obrigação solidária dos entes federativos. Precedentes. Hipossuficiência. Súmula 279/STF. 1. É firme o entendimento deste tribunal de que o poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310985864/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agr-are-894085-sp-sao-paulo-0043534-4920118260053/inteiro-teor-310985874>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 936.301/ES**. Rel. Ministro Edson Fachin, 2016. Ementa: “Direito à Saúde. Fornecimento de fraldas e de luvas descartáveis. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Inviabilidade do Recurso Extraordinário. Desprovimento do Agravo. 1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o tribunal de origem, seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos aplicáveis à espécie. Incidência da Súmula 279 do STF. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309151141&ext=.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 831.915/RR**. Rel. Min. Luiz Fux, 2016. Ementa: Administrativo. Fornecimento de medicamento. Responsabilidade solidária dos entes federados. Reafirmação da jurisprudência sob a sistemática da repercussão geral. RE 855.178-RG. Fornecimento de medicamento fora da lista do SUS. Possibilidade. Ofensa ao princípio da separação de poderes. incorrência. Agravo Regimental desprovido. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862937020/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agr-are-831915-rr-roraima-0001852230000/inteiro-teor-862937025?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 818/MG**. Rel. Ministra Carmem Lúcia, 2017. EMENTA: “Ação Civil Pública. Programa farmácia popular. Portadores de necessidades especiais. Políticas públicas de inclusão social. Ausência de argumentos ou fatos novos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo Regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769880949/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-agr-sta-818-mg-minas-gerais-9037753-2120151000000/inteiro-teor-769880959>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 1.058.131/MG**. Rel. Ministro Celso de Mello, 2018. Decisão: “Solidariedade entre os entes da Federação em matéria de saúde. Agravo improvido. I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. II – Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III– Agravo regimental improvido.” Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386416/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 1.206.231/PE**. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2019. Ementa: “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo e Constitucional. 3. Direito à saúde. Fornecimento de dieta enteral industrializada. 4. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. 5 Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur413485/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 791/SC**. Rel. Ministro Dias Toffoli, 2019. EMENTA: “Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada. Direitos fundamentais sociais. Direito à saúde. Sistema Único de Saúde. Determinação de bloqueio de valores para manutenção do atendimento público a pacientes do SUS. Não comprovação do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. 2. Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade da manutenção do atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), sobressaindo-se a necessidade de proteção à saúde, à vida e à dignidade. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416744/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 368.564/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, 2011. Ementa: “Direito à vida e à saúde – Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – Fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes – Dever constitucional do Estado (CF, Arts. 5º, “caput”, e 196) – Precedentes (STF) – [...] Precedente (pleno) – Necessária observância dos limites estabelecidos no art. 85, §§ 2º e 3º do CPC – Agravo Interno improvido”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386416/false>. Acesso em 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 926.469/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, 2016. Ementa: “Direito Administrativo. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito à saúde. Medicamento não padronizado. Fornecimento pelo poder público. Precedentes. 1. A jurisprudência do supremo tribunal federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da constituição federal, o estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O supremo tribunal federal tem se

orientado no sentido de ser possível ao judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo sus, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11202259>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500. Leading Case: RE 657.718 MG.** Relator Ministro Marco Aurélio, 2019. Decisão: “O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793. Leading Case: RE 855.178/SE.** Rel. Min. Edson Fachin, 2019. Tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793#>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória nº 455/RS no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE.** Ministro Dias Toffoli, 2020. Decisão: “Suspensão de Tutela Provisória. Fornecimento de medicamento de alto custo. Condenação solidária do estado e município. Inobservância do que decido no RE 855.178 – tema 793 da Repercussão Geral. Alegação de risco à ordem pública e econômica. Ocorrência. Elevado valor da prestação de saúde em comparação ao orçamento do município autor. Pedido de suspensão que se julga procedente. [...] *Ex positis*, julgo procedente o pedido de suspensão, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do processo nº 9001265-43.2020.8.21.0026 em relação ao município de Santa Cruz do Sul/RS até o trânsito em julgado do processo de origem, mantida a eficácia em relação ao Estado do Rio Grande do Sul”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1139918/false>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator Ministro Luiz Fux, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/28861430/processo-n-855178-do-stf>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 368.564/DF**. Rel. Ministro Marco Aurélio, 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386416/false>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 926.469/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11202259>. Acesso em: 29 out. 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF** (26/10/2020). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454079>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas**. In: *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo – Saraiva* -[S.l.: s.n.], 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

CANSADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos**. 2. Ed. atual. e ampl., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004, p. 206.

CANSADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

CARDOSO, Daniel. **Judicialização da Saúde. Solução ou parte do problema?** Londrina: Ed. Thoth, 2020.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. Salvador: JusPodium, 7ª ed., 2020.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Derechos fundamentales-Derechos humanos. Una distincion válida en el siglo XXI? México: **Boletim mexicano de derecho comparado** – ano XLIII, núm. 127 – enero-abril de 2010. pp. 15-71 – Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n127/v43n127a1.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **ENUNCIADO n. 274-CJS/STJ**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 05 maio 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. São Paulo: **Revista de Saúde Pública**, 22: 57-63, 1988. Disponível em : <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal-dos-Direitos-humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> - Acesso em: 28 mar. 2020.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. São Paulo: **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007.

DIDIER, Fredie Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, 22ª ed., v. 1, Salvador/BA: JusPodium, 2020.

DIDIER, Fredie Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª ed., v. 5, Salvador/BA: JusPodium, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DONIZETE, João Agnaldo Donizeti. **A Judicialização do Direito à Saúde**: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16694/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_Direito_Sa%C3%BAde.pdf?sequence=3 2007. Acesso em: 17 mar. 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Víctor Luna. **Direito à Saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.29.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade : os riscos da interpretação judicial dominante** . *Dados* [online]. 2009, vol.52, n.1, pp.223-251. Acesso em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-00007&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso: 06 nov. 2020.

FILHO, Manoel G. Ferreira – **Direitos Humanos Fundamentais**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso Completo - 20ª ed., Belo Horizonte: D' Plácido, 2019.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 335.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona: **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 22ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

GUIMARÃES, Rita de Cássio Mello e PALHEIRO, Pedro Henrique Di Masi. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: Para entender a gestão do SUS 2015. **Direito à saúde**. Brasília. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2015. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf. Acesso em 10 nov. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. **Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná - UFPR**, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/35104>. Acesso em: 15 out. 2020.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225.

Jornal “**O ESTADO DE SÃO PAULO**”, ed. 14 fev., 2016, p. A18. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/procura/#!/Jornal+%E2%80%9CO+ESTADO+DE+S%C3%83O+PAULO%E2%80%9D%2C+ed.+14+fev.%2C+2016%2C+p.+A18.+Acervo/acervo>. Acesso em: 05 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**. Aspectos Econômicos e Políticos. São Paulo: Almedina, 2020.

LOYOLA, M.A. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. **Ciênc. Saúde Coletiva** [online]. 2008, v. 13, suppl., p. 763-778. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v13s0/a27hv13s0.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2020.

MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **REI – REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS – UFRJ**, Rio de Janeiro/RJ, [S.1], v.4, n.2. p. 774-796, dez. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo. V. 41. N. 1, p. 101-7. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102007000100014&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 11 nov. 2020.

MARMELSTEIN, George. You can't Always get what you want: repensando a judicialização da saúde, com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL.**, v. 54. N. 216, p. 114, out./dez. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 10 de out. 2020.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Thiago Penido. MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. SAMPAIO, Rodolpho Barreto Jr.. **Judicialização das Políticas Públicas: Em busca da efetivação dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 1999.

MATTIA, Fábio Maria de. **Direitos da personalidade: Aspectos gerais**. Estudos de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

MORAES, Carlos Alexandre. CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Novos Direitos e Direitos da Personalidade**, v. III. Maringá: Vivens, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOTTA, Ivan Dias. MOCHI, Cássio Marcelo. **A personalidade no mundo clássico**. Uma visão jurídico-literária. Curitiba: Juruá, 2009.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. **Código de Processo Civil e Legislação processual civil em vigor**, 50ª ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Luciane Cristina Feltrin de; ASSIS, Marluce Maria Araújo; BARBONI, André René. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde da Política Nacional de Medicamentos à atenção básica à saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15,

supl. 3, p. 3561-3567, nov. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S1413-81&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 11 nov. 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Estatuto da OMS**: Nova Iorque em 22 de Julho de 1946 – Disponível em biblioteca virtual de direitos humanos – USP/SP – <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> - acesso em: 12 maio 2020.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

PAIM, Jairnilson Silva. Direito à saúde, cidadania e estado. In: Conferência Nacional de Saúde. 8ª ed. Anais. Brasília: **Centro de Documentação do Ministério da Saúde**, 1987, p. 45-59. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8a/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud. DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTAROLLI, Deise Regina Sprada; SILVA, Gheisa Regina Plaisant da Paz e; STRAPASSOM, Giovanna Chipon. O enfrentamento das demandas judiciais por medicamentos na Secretaria do Estado de Saúde do Paraná. In: Para entender a Gestão do SUS 2015. **Direito à saúde**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conas), 2015. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_6B.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, **CONPEDI**, 2007, p. 62. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

CNJ divulga enunciados sobre fornecimento de remédios por decisão judicial **Revista Consultor Jurídico**, 27 de março de 2019.. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-27/cnj-divulga-enunciados-fornecimento-remedios>. Acesso em: 12 nov. 2020.

RIBEIRO, Daniela Menengoti. SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. FLORES, Simone Flogliato. **Dignidade da pessoa Humana e o Controle Judicial de Convencionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RIBEIRO, Daniela Menengoti. ROMANCINI, Malu. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Maringá: Vivens, 2015.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Russel, 2007.

RIOS, R.R. Respostas jurídicas frente à epidemia de HIV/Aids no Brasil. Divulgação em Saúde para Debate. **CEBES**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 95-106, agosto 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_abstract&tlng=es. Aceso em: 11 de out. 2020.

RONCALLI, A. G. **O desenvolvimento das políticas de saúde e a construção do SUS**. Porto Alegre: ARTMED, 2003.

SARLET, INGO Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Porto Alegre: Renovar, 2003, p. 46.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCHEFFER, M.; SALAZAR, A.L.; GROU, K.B. O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: **Ministério da Saúde**, 2005 (Série Legislação n. 3). Disponível em: http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/o_remedio_via_justica.pdf. Acesso em: 11 de out. 2020.

SCHULMAN, Gabriel; DA SILVA, Alexandre Barbosa; (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0290.pdf>. Acesso em 14 nov. 2020.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 38.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton– **Direitos Humanos – Liberdades Públicas e Cidadania**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Marcelo Negri. **Constituição, Devido Processo Legal e Coisa Julgada no Processo Civil**. São Paulo: Art Mutatis Mutandis, 2015.

STURZA, Janaína Machado; LEVES, Aline Michele Peron e CAVALHEIRO, Andressa Simmi. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/agosto 2019, v. 19, n. 2, p. 557-586. Disponível em: <file:///D:/Downloads/7088-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-34425-2-10-20190831.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2020.

SENGUPTA, Arjun. O Direito ao desenvolvimento como um Direito Humano. **Revista da Social Democracia Brasileira**, n. 68, mar. 2002. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/\\$File/G0015327.pdf?OpenElement](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/$File/G0015327.pdf?OpenElement). Acesso em: 24 jan. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 13ª ed., 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro** – Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASAK, Karel (ed.). **The international dimensions of human rights**. Rev. e trad. Philp Alston. Connecticut, Greenwood Press, 1982, v. 1.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; VERISSIMO, Marcos Paulo. Mandado de segurança ou ministério da saúde?: Gestores, procuradores e respostas institucionais à judicialização. 2018. **Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002915885>. Acesso em: 09 out. 2020.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis, Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, 2010, p. 77-100. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2020.

VENTURA, M. As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/Aids. **Divulgação em Saúde para Debate**. Rio de Janeiro, n. 27, p. 107-115, agosto 2003. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2015.v25n4/1185-1205/pt>. Acesso em: 11 de out. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social. Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 2, pág. 39-85, novembro de 2007. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 out 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n.2, abr. 2007, p. 214-222. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S. Acesso em: 11 nov. 2020.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.