



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

ANTONIO PAULO SIMÕES DE OLIVEIRA JUNIOR

**JUDICIALIZAÇÃO E O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

**SALVADOR,
2017.**

ANTONIO PAULO SIMÕES DE OLIVEIRA JUNIOR

**JUDICIALIZAÇÃO E O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Baiana de
Direito, como pré-requisito para obtenção
do título de Especialista em Direito
Público.

Prof. Orientador:..

SALVADOR,
2017.

ANTONIO PAULO SIMÕES DE OLIVEIRA JUNIOR

**JUDICIALIZAÇÃO E O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Trabalho de conclusão de curso de especialização em Direito Público apresentando como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____.

Titulação e instituição: _____.

Nome: _____.

Titulação e instituição: _____.

SALVADOR – BA,

de 2017

Àqueles que sempre me incentivaram e me apoiaram ao longo de toda essa jornada, principalmente nos momentos de dificuldade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e dedico este trabalho à minha admirada família, pelo eterno amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos colegas e amigos que me ajudaram e me incentivaram no decorrer dessa longa e intensa jornada.

Pelos Professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito, pelo amparo no pouco tempo que lhe coube, pelos seus esclarecimentos e estímulos durante momentos de dúvida e aflição.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, por serem sempre prestativos e atenciosos durante minha árdua jornada de pesquisa.

“Só conheço duas espécies de governos: os bons e os maus. Os bons que estão ainda por fazer; os maus, em que toda a arte consiste, por diferentes meios, em passar o dinheiro da parte governada à bolsa da parte governante. Aquilo que os governos antigos arrebatavam pela guerra, nossos modernos obtêm com mais segurança pelo fiscalismo. É apenas a diferença desses meios que constituem a sua variedade. Creio, no entanto, na possibilidade de um bom governo em que, respeitadas a liberdade e a propriedade do povo, ver-se-ia resultar o interesse geral, em contraposição ao interesse particular”.

Claude-Adrien Helvétius,
Carta a Montesquieu (1748)

RESUMO

O presente trabalho trata dos aspectos e impactos da judicialização do direito e o processo de desjudicialização do direito à saúde. A importância da análise dessa temática consiste no fato da crescente intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas por meio de demandas judiciais. Desse modo, obrigando a Administração pública a disponibilizar medicamentos e tratamentos médicos, em detrimento das políticas públicas já implementadas, além da escassez de recursos públicos. Portanto, torna-se imprescindível uma análise a respeito dos limites da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Ainda, cumpre avaliar quais são os meios para a desjudicialização do direito à saúde, suas particularidades e métodos. Para tanto, faz-se necessário uma breve abordagem acerca dos direitos fundamentais e sua efetividade, precipuamente, o direito social à saúde, mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. Após, passa-se para os aspectos da Judicialização do direito a saúde, a evolução jurisprudencial consoante decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como, as consequências da judicialização excessiva. Por fim, traz um estudo sobre o processo de desjudicialização do direito a saúde, bem como, propostas para sua concretização.

Palavras-chave: Direito à saúde. Ativismo Judicial. Escassez de recursos. Medicamentos. Mediação Sanitária.

ABSTRACT

This paper deals with the aspects and impacts of the judicialization of the law and the process of disjudicialization of the right to health. The importance of the analysis of this thematic one consists in the fact of the increasing intervention of the Judiciary Power in the public policies by means of judicial demands. Thus, forcing the Public Administration to provide medicines and medical treatments, to the detriment of public policies already implemented and scarce resources. Therefore, it is essential to analyze the limits of the interference of the Judiciary in public health policies. Also, it is necessary to evaluate the means for the misjudicialization of the right to health, its particularities and methods. In order to do so, it is necessary to briefly discuss fundamental rights and their effectiveness, in a socially responsible way, the minimum social life, and the principle of the reserve of the possible. Afterwards, it goes on to aspects of the Judicialization of the right to health, the jurisprudential evolution according to decisions of the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice, as well as the consequences of excessive judicialization. Finally, it brings a study on the process of disjudicialization of the right to health, as well as proposals for its implementation.

Keywords: Right to health. Judicial Activism. Scarcity of resources. Medicines. Health Mediation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/1988	Constituição Federal da República de 1988
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
Des.	Desembargador
RE	Recurso Extraordinário
rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITOS SOCIAIS: DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS	12
2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS TERMINOLÓGICOS, FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	12
2.2. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL.	20
2.3. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.	24
2.3.1. A Efetivação do Direito à Saúde	30
2.3.2. A Política Nacional de Medicamentos.	33
3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	35
3.1. JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E SOCIAL.	35
3.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.	38
3.3. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO A SAÚDE	47
3.4. CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	52
4. DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	56
4.1. MOROSIDADE E ACESSO À JUSTIÇA: AS TEORIAS DO DIREITO DE AÇÃO E O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO.	56
4.2. O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS	59
4.3. DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE POR MEIO DA MEDIAÇÃO.	61
4.4. AS DEFENSORIAS PÚBLICAS, MINISTÉRIO PÚBLICO, TRIBUNAIS E ESTADO COMO AGENTES DO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO.	63
4.5. PROPOSTAS PARA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE	65
5. CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, foram inseridos diversos direitos fundamentais, tais como: os direitos individuais, políticos e sociais. Entretanto, com a conquista da declaração dos direitos fundamentais, a dificuldade passou a ser a busca pela efetivação desses direitos.

Nesse passo, a Carta Magna atribuiu ao Estado a função de promover a efetivação dos direitos fundamentais, através de políticas públicas em especial o direito social à saúde, tema do presente trabalho. Todavia, muitas vezes, o Estado mostra-se omissivo, diante da performance condenável dos Poderes Executivos e Legislativo. Portanto, diante da falha legislativa e a deficiente implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, restou ao Poder Judiciário atuar como salvaguarda do mandamento constitucional, de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde.

Nesse eito, o direito à saúde apresenta-se como direito fundamental, uma vez que consiste em uma parte fundamental do direito a vida e por meio de sua efetivação que alcança-se a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal determina em seu corpo normativo a tutela de tal direito, sendo dever do Estado concretizá-lo, na busca do bem estar físico, mental e social dos seus cidadãos.

Dessa forma, o Poder Judiciário em razão da omissão dos outros poderes, para tornar efetivo o comando constitucional, vem interferindo cada vez mais na Administração Pública, por meio de decisões judiciais para que sejam prestados serviços de saúde, inclusive, fornecimento de medicamentos. No entanto, essa judicialização do direito a saúde, instaurou problemas desorganizando a gestão pública e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, sem levar em consideração a possibilidade de prejudicar as políticas públicas já implementadas. Ademais, por meio dessas demandas judiciais, na busca da efetivação dos direitos sociais que sobrecarregam o Poder Judiciário, faz-se necessário encontrar meios adequados para desjudicialização do direito à saúde.

No presente trabalho será utilizado o método indutivo e tem como objeto o estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, além da doutrina escolhida.

O trabalho está dividido em cinco capítulos, incluindo a Introdução e a Conclusão. O ponto inicial para investigar o objeto desse estudo é o questionamento presente no segundo capítulo, partindo da breve análise dos direitos fundamentais, sua efetividade e os aspectos inerentes à problemática da reserva do possível para então examinar o direito fundamental à saúde. Analisa-se, ainda, a efetivação do direito a saúde e a política nacional de medicamentos.

A perspectiva do terceiro capítulo será a judicialização da saúde, com destaque a análise doutrinária e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, apresentando, ainda, críticas à judicialização excessiva.

No que diz respeito ao quarto capítulo, em razão da judicialização excessiva, será analisado um estudo a respeito da desjudicialização do direito a saúde, seus aspectos e impactos no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, utilizando por base as ideias e sugestões doutrinárias e jurisprudenciais estudadas, serão analisados o processo de desjudicialização, a mediação sanitária e as propostas para o efetivo processo de desjudicialização do direito à saúde.

Por esse ângulo, procura-se problematizar nesse trabalho, fazendo-se valer da proteção da dignidade da pessoa humana, os aspectos e impactos da intervenção do Poder Judiciário no intuito de efetivar o direito fundamental a saúde e o processo de desjudicialização.

2. DIREITOS SOCIAIS: DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS TERMINOLÓGICOS, FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo dos direitos fundamentais é um tema extenso, portanto, o presente trabalho propõe-se a apresentar questões atinentes à natureza, sentido e evolução dos direitos fundamentais. Dessa maneira, intenciona-se discutir alguns pontos relevantes com o propósito de elucidar o estudo a que se propõe.

Primeiramente, cabe esclarecer algumas terminologias dos direitos fundamentais, utilizadas muitas vezes indistintamente, em razão da ausência de consenso doutrinário e sua constante ampliação e transformação histórica. Vejamos as expressões: liberdades públicas, direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos e direitos fundamentais.

O termo “liberdades públicas” foi consagrado pela doutrina francesa para determinar os direitos do homem em oposição à intervenção estatal. Contudo, essa expressão é limitada, tendo em vista a ausência dos direitos sociais e econômicos¹.

Nessa linha de intelecção, o termo “direitos subjetivos” conforme lição de Antônio Enrique Pérez-Luño citado por Dirley da Cunha Júnior refere-se:

...àquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico [...] Nesse contexto, os titulares desses direitos subjetivos podem deles livremente dispor, até para renunciá-los, podendo esses direitos desaparecer por via de transferência ou prescrição, o que não se coaduna com os direitos fundamentais, que são, em princípio inalienáveis e imprescritíveis, razão porque a referência a esses direitos vem sendo progressivamente abandonada na doutrina e na legislação²

Por outro lado, a expressão “direitos públicos subjetivos”, Antônio Enrique Pérez-Luño citado por José Afonso da Silva nos apresenta o seguinte fundamento:

¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p.35-36 apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.483.

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p.484.

...constitui conceito técnico jurídico do Estado Liberal, [...] para exprimir a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do direito positivo ³.

Doutra ponta, as expressões “direitos do homem” e “direitos humanos”, compreendem a noção de direitos que são atinentes ao ser humano. Nesse sentido, o termo *direitos do homem* são aqueles direitos que ainda não foram positivados pelo ordenamento jurídico, isto é, aqueles que não haviam sido reconhecidos. Enquanto, os *direitos humanos* são aqueles direitos que possuem um alcance mais amplo, são *direitos do homem* reconhecidos na esfera internacional⁴.

No que diz respeito ao termo “direitos fundamentais” caracteriza-se como direitos humanos positivados nas constituições estatais⁵. Nesse sentido, Marcos Sampaio⁶, entende que:

A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se, assim, pela sua fundamentalidade formal, na medida em que, somente se estiver garantido mediante norma constitucional, terá essa força jurídica própria da supremacia constitucional, vinculando o poder político, nas suas tarefas de realização dos direitos.

Do exposto, clarifica que o presente trabalho adota o termo “direitos fundamentais”, no sentido de direitos humanos positivados no ordenamento jurídico nacional. Cabe ressaltar, que na atualidade os direitos fundamentais podem ser vistos sob duas dimensões: a subjetiva e a objetiva⁷.

Desse modo, a outorga de tutela jurídica ao indivíduo, refere-se à *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, mormente em razão do Estado atribuir posições jurídicas subjetivas dirigidas à proteção da pessoa humana. Por outro lado, a *dimensão objetiva* está relacionada aos direitos fundamentais

³ Cf. Pérez-Luño, “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, cit., in José Cascajo Castro, Benito de Castro Cid, Antonio Enrique Pérez-Luño e Carmelo Gómez Torres, *Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, p.25 e 26 apud SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.448.

⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, Madrid : Tecnos, 1999, p. 48 apud PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.485.

⁶ SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**.1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.38.

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 671.

representando valores objetivos a serem alcançados através da atuação positiva estatal⁸.

Desta feita, após análise terminológica e delimitação dos termos supramencionados, passa-se, a uma rápida apreciação da evolução dos direitos fundamentais em três gerações (ou dimensões)⁹. Sendo assim, a primeira geração relaciona-se com o Estado liberal, isto é, os direitos de liberdade que exigem uma atuação negativa do Estado; a segunda geração com os direitos econômicos, sociais e culturais, impondo uma atuação positiva do Estado e a terceira geração corresponde aos direitos de fraternidade e solidariedade.

A primeira geração ou dimensão de direitos, nas sábias palavras de Gilmar Mendes¹⁰:

[...] abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se à liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais.

Dessa forma, os direitos de primeira dimensão não eram suficientes para refrear a desigualdade social, manter a prosperidade e pacificação social. Em razão do desprezo pelos problemas sociais, à situação agravou-se ocasionando novas reivindicações, compelindo ao Estado uma função ativa na promoção da justiça social, o que corresponde a prestações positivas, através de intensas intervenções na vida econômica e ações estatais com propósito de justiça social, são esses os direitos de segunda dimensão¹¹.

⁸ Ibidem, mesma página.

⁹ Cabe informar que a doutrina majoritária aconselha o uso do termo “dimensões”, haja vista que o termo “gerações” pode induzir que os direitos se substituem, mas, na verdade, ocorre um aumento progressivo dos direitos fundamentais.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.137.

¹¹ Ibidem, mesma página.

Dirley da Cunha Júnior¹² em sua obra nos traz o seguinte ensinamento no que se refere aos direitos de segunda dimensão:

Esses direitos, reconhecidos no século XX, sobretudo após a primeira Guerra Mundial, compreendem os direitos sociais, os direitos econômicos e culturais. São denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.

Nas palavras de Paulo Bonavides¹³, em razão do avanço dos direitos de segunda geração ocorreu uma mudança na compreensão dos direitos fundamentais, assim, do mesmo modo que atua como direito de defesa do indivíduo em face ao Estado, funciona como garantias institucionais. Rosah Russomano¹⁴ conceitua as garantias institucionais como “as determinações e os procedimentos mediante os quais os direitos inerentes à pessoa humana obtêm uma tutela concreta”.

Nesse eito, no final do século XX, como consequência de novas reivindicações da sociedade, principalmente, diante do impacto tecnológico e o estado constante belicoso, surgiu-se a necessidade de proteção, não somente do indivíduo, mas do homem em sua coletividade, consiste, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁵, direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito de comunicação, direito a solidariedade universal.¹⁶

Após elucidações, em que pese à importância do estudo sobre os direitos fundamentais com o propósito de conhecer melhor seu sentido, neste momento, o grave problema não trata de esclarecê-los, mas protegê-los, conforme sinaliza Noberto Bobbio¹⁷.

a. OS DIREITOS SOCIAIS: CONCEITO, SUA EFICÁCIA, EFETIVIDADE E SEUS FUNDAMENTOS.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.524

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.565-566

¹⁴ RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972. P.

¹⁵ A denominação *direitos da terceira geração* foi adotada no STF, RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22-9-1995, e MS 22.164-0/SP, Rel Min. Celso de Mello, DJ de 17-11-1995.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.527

¹⁷ BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24.

Com efeito, sobre os direitos sociais vale apresentar a ideia de José Afonso da Silva¹⁸:

[...] os *direitos sociais*, como categoria dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Assim, enquanto os direitos de liberdade declaram a igualdade dos homens perante a lei, os direitos sociais buscam a igualdade material, não tão-somente a igualdade formal. E essa busca se dá através da constatação de desigualdades e carências, as quais se tem a inclinação de superá-las, com o propósito de que se determine um elo solidário entre os participantes da comunidade. Todavia, essa igualdade material não corresponde a uma qualidade ingênita da Constituição, mas se dá por meio de um comportamento positivo do Estado, na correção das desigualdades¹⁹.

Note-se que não se contesta quais são os direitos sociais, uma vez que são elencados pelo direito positivo. Desse modo, José Afonso da Silva²⁰, apresenta as seguintes categorias:

[...] (a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; (b) *direitos sociais relativos à seguridade*, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; (c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; (d) *direitos sociais relativos à moradia*; (e) *direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso*; (f) *direitos sociais relativos à alimentação*.

Ademais, cabe lembrar que o transporte foi inserido no rol de direitos sociais, fruto da PEC 74/2013. Assim, o transporte encontra-se introduzido no art. 6º

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.520.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - TOMO IV – Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 103-106.

²⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit., p.520.

da CF/88 como direito essencial ao bem estar-social dos cidadãos. Nessa linha de inteligência, os direitos sociais supracitados se efetivam por meio de políticas públicas com propósito de amparar e proteger aqueles que necessitam para assim viver com dignidade²¹.

Por outro lado, no que diz respeito da eficácia e efetividade dos direitos sociais existem controvérsias. Sem intencionar esgotar o tema, busca-se analisar alguns argumentos da doutrina a respeito do assunto, com o propósito elucidar o tema em questão e para servir de apoio a presente pesquisa.

Antes de tudo, se faz necessário trazer distinções entre as expressões “vigência”, “efetividade” e “eficácia”. Fazendo uso da distinção proposta por Paulo Nader²², a vigência “significa que a norma social preenche os requisitos técnicos-formais e imperativamente se impõe aos destinatários.” Assim, faz-se necessário a *vacatio legis*, isto é, o decorrer do tempo após a publicação, bem como, seja respeitado o processo de formação da lei.

Com relação a efetividade, “este atributo consiste no fato de a norma jurídica ser observada tanto por seus destinatários quanto pelos aplicadores do Direito”²³. Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, diz que a efetividade “... simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”²⁴.

Por outro lado, a eficácia objetiva atingir os resultados sociais almejados, isto é, “significa que a norma jurídica produz, realmente, os efeitos sociais planejados. Para que a eficácia se manifeste, indispensável é que seja observada socialmente. Eficácia pressupõe, destarte, efetividade”, nas palavras de Paulo Nader²⁵.

Definido as diferenças entre vigência, efetividade e eficácia, é oportuno fazer algumas ponderações doutrinárias sobre o tema. Bernardo Gonçalves Fernandes²⁶ nos elucidava que:

²¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008 p.65.

²² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.94.

²³ Ibidem, mesma página.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001. pg. 85 apud NADER, Paulo. op. cit., pg. 94.

²⁵ NADER, Paulo. op. cit., p. 94.

²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 589.

[...] **de início**, seguindo uma linha **mais rígida** da leitura da “**separação de poderes**”, o universo das normas de **direitos sociais era** tido como questão **interna** aos órgãos políticos do Estado, que a partir de razões pragmáticas (por exemplo: políticas) estabelecia a lista de prioridades internas a esses direitos, bem como os modos e formas de sua concretização.

Por isso mesmo, **tradicionalmente**, atribuiu-se à natureza das normas constitucionais sobre direitos sociais o **status** de **normas programáticas**.

Desse modo, inicialmente a visão dos direitos sociais eram de normas programáticas de baixa efetividade, pertencendo a planos políticos sua efetivação. Nesse mesmo sentido, Andréas Krell²⁷ nos ensina:

As normas programáticas sobre direitos sociais, que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas ‘normas-programa’ prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas.

Nessa linha de intelecção, para delimitação dos direitos sociais, conforme Daniel Sarmiento²⁸ se faz necessário explanar sobre mais três vertentes, quais sejam: tese dos direitos sociais como direitos não subjetivos, tese dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivos e tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*.

A tese dos direitos sociais como direitos não subjetivos, afirma que os titulares das prestações positivas decorrentes da atuação estatal, não podem requisitar tais direitos, haja vista a ausência de dimensão subjetiva, restando tão-somente um controle judicial sobre atuação estatal na promoção dos direitos sociais²⁹.

Doutra ponta, no que diz respeito à tese dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivos³⁰, nesse caso os direitos sociais seriam garantidos de forma definitiva aos seus respectivos titulares da prestação positiva do estado, sendo

²⁷ KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 20 apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. op. cit. p. 590.

²⁸ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 192-195

²⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. op. cit. p. 590-591.

³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, 2003 apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. op. cit. p. 591.

capaz de exigir o cumprimento de todos os direitos sociais. Todavia, essa última tese encontra grandes obstáculos como a escassez de recursos³¹.

Por outro lado, a tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie* é seguida pela corrente majoritária, designa os direitos sociais como normas programáticas subordinadas a um processo de ponderação (instrumentalizada pela regra da proporcionalidade) dos princípios, para, assim, aplicar o direito social no caso concreto. Dessa forma, para prestação positiva estatal torna-se efetiva e concreta dependeria desse processo de ponderação, da qual um direito exigível sempre *prima facie* poderia resultar um direito definitivo³². Nesse sentido, Daniel Sarmento³³, afirma que:

(...) esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes neste campo, decorrente não só da legitimidade democrática, como também de sua maior capacidade funcional.

Não obstante, no que se refere ao direito público subjetivo à saúde, segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁴:

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 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 inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. 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

³¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. op. cit. p. 591.

³² Ibidem, mesma página.

³³ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 195.

³⁴ STF, 2ª Turma, RE/AgR 271.286, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.9.2000, DJU 24.11.2000.

pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado...

Destarte, entendemos que os direitos sociais estão presentes em nossa Constituição e não podem ser compreendidos como meras promessas, necessitando assim a ponderação em cada caso concreto para sua aplicação, de um modo que não incorra em mera promessa constitucional.

2.2. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível foi construída pelo Tribunal Alemão, nesse presente caso, alguns estudantes que não foram aceitos no curso de Medicina da Universidade de Hamburgo e Munique, entraram com demandas judiciais, pleiteando direito de "... escolher livremente a sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação", com fulcro no art. 12 da Lei Fundamental Alemã. Em que pese a Corte alemã aceitar o direito de escolha da profissão, relacionados aos princípios da igualdade e do Estado social, considerou desrazoável em face da sociedade as pretensões dos estudantes³⁵.

Assim, a Corte Alemã decidiu que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que lhe fosse razoavelmente aceitável, haja vista a impossibilidade de esperar do Estado o fornecimento de vagas ilimitadas para os cursos supramencionados. Destarte, a origem da reserva do possível relaciona-se com a ideia de razoabilidade da pretensão dos cidadãos em face ao Estado, e não com a disponibilidade de recursos materiais e financeiros³⁶.

Deste modo, a doutrina no Brasil vem entendendo de forma diferente ao que foi proposto originalmente pela teoria da reserva do possível, em verdade, converteu a interpretação para uma teoria da reserva do financeiramente possível, utilizando a ideia de disponibilidade orçamentária como limite à efetivação dos direitos sociais.

³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.668

³⁶ Ibidem, mesma página.

No sentido de corroborar ainda mais esse raciocínio, vejamos a posição de Ingo Sarlet³⁷:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Nos dizeres do mesmo autor, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice da reserva do possível, quais sejam:

a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, primordialmente os sociais; b) a indisponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesse diapasão, também de sua razoabilidade, no que evita a prática de excessos ou da realização de coisas impossíveis.³⁸

Do exposto, vê-se que os direitos sociais evidencia um custo, faz-se necessário então à aplicação conforme interpretação supracitada. Interpretação de outra forma iria restringir os direitos sociais à reserva do possível, consoante entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen:

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais também pode ser comprometida pela aplicação da reserva do possível, que, enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou de ser ideologicamente manipulada, a

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 286.

³⁸ SARLET, Ingo & FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas aproximações”. In: Direitos Fundamentais. Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.30.

ponto de legitimar a negligência dos Poderes Públicos para com a destinação dos recursos econômicos.³⁹

Todavia, “a reserva do possível não pode servir como instrumento retórico para obstaculizar a concretização desse direito fundamental” nas palavras de Walber de Moura Agra⁴⁰.

Consoante o autor citado acima, ainda complementa que:

O que não se pode admitir é a utilização de conceitos retóricos para elidir uma verdade insofismável que é o desrespeito histórico no Brasil pelos direitos fundamentais dos hipossuficientes. Por que há dinheiro em demasia para se pagar as taxas de juros reais mais altas do planeta e não há dinheiro para se alocar em concretização dos direitos à saúde? Pretende-se deixar cristalino que muitas vezes se utiliza de termos teoricamente neutros e científicos para tentar-se encobrir escolhas políticas que excluem a ampla maioria da população ao recebimento dos ativos sociais que ela ajudou a produzir⁴¹.

Ademais, cabe lembrar que o Poder Judiciário pode dirimir acerca da distribuição de recursos públicos orçamentários, haja vista permissivo constitucional. Como se sabe, os recursos orçamentários cabem a gerência do Legislativo e Executivo, principalmente, no que diz respeito a sua utilização e destinação. Entretanto, essa competência é relativa, em razão das normas constitucionais disporem das prioridades na distribuição dos recursos, quando se fala em direitos fundamentais sociais⁴².

Assim, a liberdade legislativa nos assuntos orçamentários encontra-se limitada, sendo exigível um padrão mínimo para proporcionar uma existência digna aos seus cidadãos. Em caso de desobediência a esse padrão mínimo, o Poder Judiciário está legitimado para interceder com o viés de assegurar esse mínimo existencial⁴³.

Nesse diapasão, o termo “mínimo existencial” sugere um conjunto de bens e realização das necessidades básicas para o sustento físico e substancial a fruição dos direitos fundamentais. Defende que devem incluir uma renda mínima, a

³⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Sociais, Fundamentais, Efetividade Frente a Reserva do Possível**. cit., 1ª ed., 3ª reimpr., p. 212 apud SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 587.

⁴⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 320

⁴¹ Ibidem, p. 319

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.671.

⁴³ Ibidem, mesma página.

saúde básica e a educação fundamental, inclusive o acesso à justiça indispensável para aquisição e concretização dos direitos como um todo, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴⁴.

Desse modo, o mínimo existencial assume um conjunto de prestações mínimas para que o cidadão possa ter existência digna, incluindo-se a saúde básica, a alimentação saudável, assistência social, educação fundamental e o acesso a justiça⁴⁵.

Virgílio Afonso da Silva⁴⁶ arremata afirmando que o mínimo existencial é:

- (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justificável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a jusciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.

Ricardo Lobo Torres entende que “O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.⁴⁷

Assim, observa-se que o mínimo existencial é um direito pré-constitucional, interpretado a partir dos artigos 1º, inciso III e artigo 3º, inciso III dentre outros. Em razão de a constituição federal estabelecer como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais⁴⁸. Vê-se, pois, que caberá ao Estado garantir uma existência humana digna para concretização desses dispositivos constitucionais.

Não obstante, verifica-se conforme ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior que “a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253.

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002. p. 305.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. cit., 2ª ed., 2ª tir., pp. 204-205. Apud SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 588.

⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. cit. in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, pp. 314-315. apud ibidem, mesma página.

⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999. p. 141.

a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito”.

Nesse contexto, para efetivação dos direitos sociais faz-se necessária uma série de fatores, quais sejam: fatores econômicos, organizacional e funcional da gestão pública, bem como, o pleno emprego das normas constitucionais. Diante do real cenário financeiro nacional, político e organizacional, não há de se falar numa eficácia plena e absoluta dos direitos sociais.

Dessa forma, o mínimo existencial deve ser respeitado, principalmente, no que diz respeito ao direito à saúde. Assim, como a saúde tem relação direta com o direito fundamental à vida, torna-se imprescindível o respeito ao mínimo existencial à saúde, sob pena de interferência do Poder Judiciário como um meio de efetivar os direitos sociais mínimos.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, não se pode aceitar que os direitos sociais sejam compreendidos como mera promessa sem concretização. Deve-se o Estado buscar garantir uma existência digna de todos, pois, a reserva do possível não deve servir de justificativa para não concretização dos direitos sociais, o que também já foi devidamente fundamentado.

2.3. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Carta Magna dispõe em seu artigo 6º a saúde como um direito social, encontrando-se também previsto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Ademais, cabe salientar que o direito a saúde consiste parte fundamental do direito a vida, estipulado no artigo 5º, em vista disso trata-se de um direito fundamental. Desse modo, o direito a saúde com fulcro no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, tem aplicação imediata em razão de serem normas de direitos fundamentais.

Assim, de acordo com o sistema normativo vigente, a luz do artigo 196 e 197 da CF/1988⁴⁹, respectivamente:

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da editora saraiva. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.147.

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.

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.

Dessa maneira, de acordo com o artigo 196 a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, originando um direito subjetivo público⁵⁰ cuja tutela poderá ser feita por meio da via individual⁵¹ como pela coletiva⁵². Doutra ponta, o artigo 197 supracitado revela ser de grande importância às ações e serviços de saúde.

No sentido de corroborar ainda mais este raciocínio, segue jurisprudência do Superior Tribunal Federal⁵³(STF):

O Estado deve criar meios para prover serviços médicos-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação delas.

Não obstante, a saúde trata-se de um serviço público social, como bem observa Di Pietro⁵⁴:

Serviço público social é o que atende às necessidades da coletividade em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição do capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo Art. 6º da Constituição.

No que diz respeito à competência, a Constituição Federal prevê em seu artigo 24, inciso XII que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde, sendo a competência da

⁵⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 584.

⁵¹ Cf. TJSP, 5º Câmara de Direito Público, AC 63.612-5-Guararema/Mogi das Cruzes, Rel. Des. Willian Marinho, v u., j. em 6-5-1999

⁵² O Superior Tribunal de Justiça reconheceu legitimidade ao Ministério Público para propositura de ações civis públicas em defesa de saúde pública (cf. STJ, REsp 124.236-MA, DJ, 4 de maio 1998, p.84).

⁵³ STF, 1ª Turma, RE/AgR 607.381, rel. Min. Luiz Fux, 31.5.2011, DJe 17.6.2011

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.105.

União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, e cabe ao Estado e Distrito Federal competência suplementar, conforme parágrafos 1º e 2º do artigo 24, respectivamente⁵⁵. E ao Município cabe legislar a respeito dos assuntos de interesse local e suplementar a legislação estadual e federal no que couber, com base no artigo 30, incisos I e II da CF/88⁵⁶.

Por outro lado, no que se refere à competência administrativa, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum ao “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, com base no artigo 23, inciso II da CF/88⁵⁷. Dessa maneira, cabe aos entes federativos supramencionados formular e executar políticas públicas de saúde.

No que diz respeito à essencialidade do direito à saúde, conforme jurisprudência do STF⁵⁸, conclui-se que:

Cumpra assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art.197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho pra mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandado constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196 da CF, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou no STF sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da editora saraiva. 45. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31-32.

⁵⁶ Ibidem, p. 39.

⁵⁷ Ibidem, p.29.

⁵⁸ STF, Plenário, STA/AgR 175, rel. Ministro-Presidente, Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, j. 17.3.2010, DJe 30.4.2010.

Noutro giro, o direito a saúde vincula dois princípios: o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário. Desse modo, o primeiro significa que “os recursos e ações na área de saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas”⁵⁹. Quanto ao princípio de acesso igualitário traduz que “pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas, etc” nas palavras de Luiz Araujo e Vidal Nunes Júnior⁶⁰.

Segue jurisprudência do STF⁶¹ sobre o assunto:

O direito a 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 de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição 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.

Nessa linha de intelecção, a Constituição de Federal de 1988 criou o SUS – Sistema Único de Saúde, objetivando a execução das políticas públicas de saúde, nas sábias palavras de Alexandre de Moraes⁶²:

O art. 198 da Constituição Federal estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes e preceitos:

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- participação da comunidade;
- financiamento do Sistema Único de Saúde nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos

⁵⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit. p. 584.

⁶⁰ Ibidem, p. 584-585.

⁶¹ STF, 2ª Turma, RE/AgR 271.286, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.9.2000, DJU 24.11.2000.

⁶² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 861-862.

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 20/98 estabeleceu que a lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (CF, art. 195, § 10);

- liberdade na assistência à saúde para iniciativa privada;
- possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos;
- vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos;
- vedação à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei.

Não obstante, fundamento constitucional supracitado relativos ao direito a saúde, por meio da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, foi estabelecido a estrutura e o modelo do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, a mencionada lei em seu artigo 4º, caput e parágrafos 1º e 2º, define o SUS como sendo:

Art. 4. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.⁶³

O Sistema representa um conjunto de diretrizes e princípios que buscam guiar o seu funcionamento na execução de políticas públicas de saúde, consoante rol abaixo elencado fixado no artigo 7º, caput e seus incisos da lei supramencionada:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

⁶³ BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 de novembro 2016.

- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.⁶⁴

Cabe destacar três princípios essenciais que constitui o Sistema Nacional de Saúde, quais sejam: descentralização com direção única, em cada esfera de governo, participação da comunidade e atendimento integral. Com relação a descentralização, essa aponta que o SUS exercerá atendimento básico pelos Municípios, pertencendo aos Estados tratar casos com nível de complexidade elevada e à União Federal gerenciamento do sistema. A gestão em sua direção única se dá através da seguinte maneira: a direção única na esfera federal temos o Ministro da Saúde, ademais, para os gestores estadual e municipal temos os secretários Estaduais de Saúde e Secretários Municipais de Saúde, respectivamente, nas palavras de Luiz Araujo e Vidal Nunes Júnior⁶⁵.

Nesse eito, no que se refere à reponsabilidade dos entes da federação em matéria de saúde, segue pronunciamento do STF⁶⁶:

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit. p. 585.

⁶⁶ STF, Plenário, STA/AgR 175, voto do Relator, Ministro-Presidente Gilmar Mendes, j. 17.3.2010.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único [...] Além disso, a agravante reiterando os fundamentos da inicial, aponta de forma genérica, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa da União e provoca desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que são do Estado e do Município. Contudo, a decisão agravada deixou claro que existem casos na jurisprudência desta Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde. Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública/Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a reponsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária. No RE n. 195.192-3-RS a 2ª Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é a União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios [...] Assim, apesar de a responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal n. 8.080/1990 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte. Entendo, pois, que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública.

De mais a mais, o atendimento integral corresponde à prevenção, atendimento médico e hospitalar e assistência farmacêutica, isto é, os remédios. Por fim, a participação da comunidade foi implantada nos Conselhos de Saúde pela Lei n.º 8.142/90, em todas as esferas de governo, órgão de caráter deliberativo⁶⁷.

2.3.1. A Efetivação do Direito à Saúde

Como já mencionado anteriormente, conforme parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, o direito à saúde possui aplicação imediata. Entretanto, o problema primordial encontra-se em uma definição feita com rigor do que sejam as prestações inerentes ao direito à saúde. Desse modo, é preciso determinar o seu

⁶⁷ Ibidem, p. 585-586.

conteúdo para que o Poder Público seja forçado à efetivação dessas prerrogativas⁶⁸. Nas nobres palavras do doutrinador Walber de Moura Agra⁶⁹:

Sem a determinação de parâmetros materiais prefixados⁷⁰, a implementação de uma política abrangente mostra-se pouco exequível, podendo mesmo apresentar um paradoxo tormentoso: ou deixam-se os mandamentos constitucionais referentes à saúde sem efetividade, no que relega sua força normativa, reduzindo-se o papel da Lei Maior como vetor de estabilidade social; ou continua-se a permitir que o Poder Judiciário, sem nenhum critério definido e de forma discricionária, estabeleça a extensão da prestação jurisdicional, o que não ajuda na obtenção de uma tutela jurídica isonômica. O problema de ser deixar a tutela do direito à saúde sem nenhum tipo de regulamentação é que aprofunda o desequilíbrio social, deixando sem amparo aqueles que não têm condições de buscar proteção jurisdicional – ressalte-se ainda a alta probabilidade de sentenças contraditórias, o que leva descrédito ao Poder Judiciário. Ao mesmo tempo em que se garante proteção jurídica a doenças que exigem tratamentos extremamente complexos, pacientes que demandam cuidados relativamente simples são relegados porque não podem buscar a tutela jurídica de suas prerrogativas. Não existe dúvida de que a definição do que sejam as prestações inerentes à saúde é obrigação insofismável do Poder Legislativo [...] Todavia, em virtude de sua omissão em realizar atividades constitucionalmente a ele deferidas, podem outros poderes estabelecer *standards* mínimos de atuação para que os mandamentos constitucionais tenham operacionalidade.

Nesse diapasão, Ana Paula Barcellos⁷¹ considera dois parâmetros a fim de definir o mínimo existencial no direito a saúde. O primeiro se refere ao nexos entre custo e benefício que a prestação de saúde poderá ocasionar ao maior número de pessoas, chamado utilitarista. No entanto, o segundo é conceitual compreendendo todas as medidas de prestação de saúde que a sociedade já necessita ou as quais venham necessitar. Resta evidente, que tais critérios são extremamente abertos, por conseguinte, concederia aumento da discricionariedade.

O doutrinador Walber de Moura Agra⁷² aconselha como solução da problemática que o fundamento para definir as prestações inerentes à saúde, podem ser encontrados no rol listado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) que

⁶⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 850

⁶⁹ Ibidem, p. 850-851.

⁷⁰ Referente à busca de uma definição mais precisa do direito à saúde.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, p. 280 e ss. Apud AGRA, Walber de Moura. op. cit. p. 851.

⁷² AGRA, Walber de Moura. op. cit. p. 851.

informa os tratamentos de doenças a serem exigidos, e também, na Lei n.º 9.656/98 que dispõe sobre as doenças cujo tratamento podem ser exigidos do plano de saúde. Dessa maneira, afirma o autor que:

Haveria uma determinação precisa de quais seriam os serviços que os entes públicos obrigatoriamente deveriam prestar a seus cidadãos, retirando-se da seara do Poder Judiciário a prerrogativa de determinar, de forma discricionária e várias vezes de forma pouco razoável, os casos de atendimento compulsório para concretização do direito à saúde⁷³.

É sempre com a devida vênia que ousamos discordar parcialmente de tal entendimento. É evidente que a normatização específica de prestações atinentes à saúde pública, veementemente ajudaria a clarificar quais prestações estariam sujeitas a exigência estatal. Todavia, tal limitação condenaria ao Estado a elevados gastos financeiro e prejudicaria em parte os cidadãos, haja vista que a ponderação sobre o caso concreto é o melhor caminho para efetividade.

Desse modo, opinamos que deve existir uma definição precisa do que seja o direito a saúde e suas respectivas prestações, porém o legislador deve incluir um rol não taxativo, de modo que não prejudique as pessoas que tiverem em risco e necessitar de tratamento divergente ao diploma legal a ser elaborado.

Nesse mesmo sentido, segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART.5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. [...] 6 - **Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.** 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o

⁷³ Ibidem, p. 851-852.

medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.⁷⁴ (grifamos).

2.3.2. A Política Nacional de Medicamentos

É cristalino dizer que é dever do Estado prestar assistência integral a aqueles que necessitam, de modo universal e igualitário, a luz do artigo 198, II da CF/1988. Sublinha-se que tal dispositivo constitucional tem eficácia plena e imediata, independentemente de prescrição infraconstitucional, conforme já fundamentado. Ademais, cabe lembrar que a lei n.º 8080/90 em seu artigo 6º, inciso I, alínea *d*, inclui no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica⁷⁵.

A Política Nacional de Medicamentos encontra-se estabelecida na Portaria n.º 3.916/98 editada pelo Ministério da Saúde, estabelece “um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população”⁷⁶. Além disso, objetiva assegurar a “necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”⁷⁷.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define medicamentos essenciais como àqueles cujo devem atender toda a sociedade, na dose adequada para às necessidades de saúdes prioritárias. Nesse sentido, são selecionados medicamentos mais eficazes, seguros e de tratamentos mais custo-efetivos para tratar a maioria dos problemas de saúde de uma população⁷⁸. Com efeito, essa seleção de medicamentos é proposta pela OMS, e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), atende e segue as orientações da OMS.

⁷⁴ STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121

⁷⁵ *Ibidem*, p.587

⁷⁶ BRASIL. **Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998**. p.2. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf>. Acesso em: 30 de novembro 2016.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ HOEFLER, Rogério; MALUF, Ana Cristina S. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2010 e Formulário Terapêutico Nacional 2010**. Boletim Farmacoterapêuta. Ano XV. n.º 06. Nov-dez/2010. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/userfiles/file/boletim/2010/farmacoterapeutica%206%202010.pdf>>. Acesso em: 30 de Novembro 2016.

Nesse eito, a RENAME serve como um instrumento para guiar ações de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde. Essa lista de medicamentos essenciais serve de base para criação das listas de medicamentos para os estados e municípios. Cabe salientar que essa relação é revisada e atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME (Comare), introduzida pela Portaria GM n.º 1.254/2005⁷⁹.

Com efeito, no que respeita a gestão da Política Nacional de Medicamentos, Luís Roberto Barroso⁸⁰, nos ensina que:

... ao *gestor federal* caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além de auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação Municipal de *medicamentos essenciais*, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à *atenção básica* à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde [...] A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de *caráter excepcional* [...] Assim, ao *gestor estadual* caberá *definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado*, particularmente os de distribuição em caráter excepcional.

Dessa forma, observa-se que não existe omissão normativa por parte dos Poderes Executivo e Legislativo referente ao fornecimento de medicamentos. Vê-se, pois, que as listas de medicamentos essenciais, criada pelo Poder Público configuram-se suas escolhas levando em consideração os orçamentos e as diretrizes projetado pela Política Nacional de Medicamentos.⁸¹

Com efeito, cabe lembrar que o STF já se pronunciou sobre o tema relacionado à distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, reconhecendo a validade jurídica de seus programas, inclusive os destinados aos portadores do vírus HIV/AIDS. Em suas palavras ato esse que demonstra “apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial.** p. 18-19. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 30 de Novembro 2016.

⁸¹ Ibidem, p.20.

possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”.⁸²

Por fim, sublinha-se que existe também o Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional, denominados de “excepcionais”, haja vista que tratam de medicamentos que não estão presentes na lista da RENAME, a serem oferecidos pelo Sistema Único de Saúde através de sua assistência farmacêutica em casos doenças e condições peculiares.

Doutra banda, no que diz respeito às demais decisões referentes ao fornecimento de medicamentos serão debatidas em momento oportuno no próximo capítulo.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1. JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E SOCIAL

Na Europa após final da Segunda Guerra mundial e a redescoberta da cidadania principalmente através da constituição cidadã de 1988, criaram-se bases para ascensão do constitucionalismo contemporâneo, denominado neoconstitucionalismo⁸³.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico deverá estar voltado para constituição, devendo interpretá-lo buscando atender a concretização e aplicação das normas constitucionais, em um processo de constitucionalização do Direito. Ademais, as Constituições passaram a prever um serie de direitos fundamentais, sendo proibidas quaisquer reformas tendentes a aboli-los.

Assim para a preservação dos direitos fundamentais e proteção constitucional foram ampliados o rol de legitimados para propositura das ações de controle de constitucionalidade e criados novos meios de controle concentrado, reservando sua tutela ao Poder Judiciário. Desse modo, com a expressa previsão de um longo rol de direitos fundamentais na constituição, garantiu maior segurança e estabilidade jurídica, subordinando-se os atos legislativos e administrativos a adequação desses dispositivos.

⁸² STF, 2ª Turma, RE/AgR 271.286, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.9.2000, DJU 24.11.2000.

⁸³ CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9.

Posto isto, verifica-se um novo papel do Poder Judiciário na concretização dos valores inseridos na constituição que junto ao aumento da demanda por justiça social e restabelecimento das garantias normativas constitucionais, resultou na significativa judicialização política e social, bem como, ascensão institucional do Poder Judiciário. Portanto, as questões políticas e sociais que antes eram sujeitas apenas ao campo político e a discricionariedade administrativa passam a sofrerem controle pelo Poder Judiciário.⁸⁴

Nesse diapasão, segue ensinamentos do autor John Ferejohn⁸⁵ sobre o fenômeno da judicialização:

(...) observa-se um profundo deslocamento do poder do Legislativo para tribunais e outras instituições jurídicas. Tal deslocamento - que recebeu o nome de judicialização - tem ocorrido em escala mais ou menos global. O espetáculo dos juízes italianos pondo abaixo o sistema de troca-troca de gabinetes estabelecido na Itália no pós-guerra, magistrados franceses caçando primeiros-ministros e presidentes, e até mesmo juízes tomando a iniciativa de prender e julgar ex-ditadores e líder julgar ex-ditadores e líderes militares, são os aspectos mais visíveis dessa tendência. Mesmo a intervenção da Suprema Corte americana na disputa eleitoral em Bush v. Gore é outra manifestação bastante conhecida desta tendência.

De mais a mais, de acordo com as palavras de Tate e Vallinder definem a Judicialização como “a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a constituição”⁸⁶.

No Brasil, a constituição de 1988 elevou a procura por justiça em todas as camadas sociais brasileiras, em razão da melhor compreensão das pessoas em torno dos seus próprios direitos e o redescobrimto da cidadania. E também, pelo novo texto constitucional contemplar novos direitos, ações e por ter estendido a legitimação ativa para tutela de interesses.

Cabe lembrar, que com a constitucionalização pode-se extrair uma disciplina política e a trazer para dentro do Direito, para que sejam respeitados os parâmetros constitucionais. Assim sendo, houve uma evolução do Poder Judiciário,

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. passim.

⁸⁵ FERREJOHN, John. “**Judicializing politics, politicizing law**”. Hoover Digest, nº 1, 2003. p. 43.

⁸⁶ VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University.

haja vista que os juízes e tribunais passaram a exercer um papel político junto ao Legislativo e Executivo. Nesse eito, observa-se uma significativa judicialização da política e das relações sociais⁸⁷.

Nesse ponto, é válido o olhar visionário do Doutrinador Werneck Vianna⁸⁸, acerca da judicialização política no Brasil, uma vez que o texto data de 1999:

O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Diante disso, resta claro que a evolução político-institucional do Poder Judiciário no Brasil ocorreu, tendo em vista o irregular funcionamento dos demais Poderes Públicos.

Doutro lado, a respeito da judicialização das relações sociais, esta se transformou em um enorme problema, uma vez que através da judicialização das políticas públicas, foi atribuído ao Poder Judiciário a resolução de questões eminentemente relacionadas a políticas sociais. Assim, nas seguintes palavras:

... em nome do princípio democrático do acesso a justiça, busca-se impor aos governantes legisladores, empresários e cidadãos, de modo unilateral e autoritário, obrigação de fazer ou não fazer. Muitas vezes sem sopesar os ônus decorrentes para os cofres públicos e privados [...] o povo elege o governante e o governante governa. Se governa mal, o povo, em eleições democráticas periódicas, removerá (ou não) o governante que lhe desagrade [...] o Poder Judiciário não pode servir de trampolim para o exercício arbitrário e ilegítimo do poder político por quem não foi eleito.⁸⁹

Com efeito, observa-se que o Poder Judiciário vem interferindo até na regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive nas relações sociais essencialmente privadas, aquelas cujo determinam a forma de tratamento dos pais ou responsável legal aos seus dependentes quais sejam, menores impúberes ou interdito. Como se sabe, cabe ao Estado a normatização das relações sociais, porém, haja vista a incapacidade do Executivo e Legislativo da concretização dos

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383-384.

⁸⁸ VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999, p.47

⁸⁹ LIMA RMG. **Judicialização da Política**, o Estado de São Paulo, primeiro Caderno, Opinião, em 02 de outubro de 2012.

direitos dos cidadãos, além da ausência de criação e aplicação das suas normas, vê-se à explosão das demandas sociais por justiça⁹⁰.

A respeito do tema em discussão, cito as palavras de Antoine Garapon⁹¹:

[...] a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça tornou-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei.

Nesse mesmo sentido, o autor Antoine Garapon⁹² mais uma vez nos esclarece:

[...] o juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação.

Do exposto opinamos que necessita o Brasil encontrar um ponto ideal entre a crescente judicialização e a moderação em corrigir as decisões tomadas pelo Poder Executivo e Legislativo. Em que pese o fenômeno da judicialização do Poder Judiciário, possuir em certas formas aspectos positivos, não é de sua capacidade criar ou corrigir políticas públicas sob risco de interferência nos poderes da República, inclusive promover uma deterioração das finanças públicas.

3.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em seus ensinamentos Gilmar Mendes⁹³ descreve que, ao averiguar a presença de políticas públicas que efetivam o direito constitucional à saúde, é de

⁹⁰ WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149.

⁹¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. passim.

⁹² GARAPON, Antoine. op. cit. 26-27.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. p.667.

competência do Poder Judiciário, por meio das demandas, como as que preveem o fornecimento de medicamentos, examinar os motivos que levaram a Administração Pública negar tal prestação social. Assim, sendo papel do Poder Judiciário analisar se as políticas públicas eleitas pelos órgãos competentes, atendem os princípios constitucionais, entre eles do acesso universal e igualitário.

Nesse passo, diversas situações podem exigir a tutela jurisdicional, quais sejam, quando consta na lista de medicamentos fornecidos pelo Ministério da Saúde ou políticas públicas estaduais ou municipais, porém não são fornecidos o acesso a tais medicamentos, normalmente ocasionados por problemas administrativos. Nesse eito, a população não pode ser penalizada, tendo em vista, “ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em qualidade suficientes para atender à demanda” nas palavras de Gilmar Mendes⁹⁴.

Destarte, como já fundamentado anteriormente, a prestação dos serviços de saúde é um direito subjetivo do cidadão, sujeito a efetivação através do Poder Judiciário. Sobre o tema, segue decisão do Supremo Tribunal Federal da lavra do Min. José Celso de Mello Filho, que consolidou o seguinte entendimento:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁹⁵

Portanto, cabe salientar que o Poder Judiciário ao efetuar o controle judicial dos parâmetros constitucionais das políticas públicas de saúde, jamais estaria violando a separação dos Poderes. Nesse mesmo sentido, segue jurisprudência abaixo:

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

⁹⁴ Ibidem, p. 667-668.

⁹⁵ STF: *DJ*, Seção 1, de 13-2-1997, n. 29, p. 1830. cf. STF: RE 393.175. AgR. RS – Rio Grande do Sul. Luiz Marcelo Dias e Outros. Relator: Ministro Celso de Melo.

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).⁹⁶

De mais a mais, nos casos em que o Sistema Único de Saúde não disponibilize um medicamento específico, porém, forneça apenas um similar que trate a mesma patologia ou até mesmo fármacos oferecidos pelo SUS, só que quando o cidadão possui patologia diferente. Cabe ao órgão julgador analisar as razões que obstam o paciente de utilizar a droga selecionada, para assim decidir sobre o caso. Assim, objetivando evitar que questões meramente burocráticas coloquem em risco a saúde e a vida do cidadão. Consequentemente, será imprescindível que o custo do medicamento não venha a impossibilitar o regular funcionamento do sistema de saúde em sua totalidade⁹⁷.

A respeito disso, vale-se observar entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde. "O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser

⁹⁶ STF. ADPFMC 45/DF, relator Min. Celso de Mello.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p.668.

humano e não um fim em si mesmo" (Ives Gandra da Silva Martins, in "Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso especial provido.⁹⁸

Ademais, em casos de medicamentos experimentais, não se mostra aconselhável decisões judiciais que recomendem tais tratamentos de eficácia duvidosa nas palavras de Gilmar Mendes⁹⁹. Doutro lado, no que diz respeito aos medicamentos registrados pela ANVISA, não fornecidos pelo SUS, conforme jurisprudência predominante dos tribunais, os juízos acreditam que devem ser analisados a eficácia do medicamento, cabendo ao cidadão, nesses casos, comprovar a eficácia do medicamento pretendido, sob pena de indeferimento do pedido.

No sentido de corroborar ainda mais esse raciocínio segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. *Relatório* 1. Agravo nos autos principais contra decisão de inadmissão de recurso extraordinário, interposto com base na alínea *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. RESSARCIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS [...] O direito à saúde é assegurado como fundamental, nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, compreendendo a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea 'd', da Lei n. 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde; não se trata, contudo, de direito absoluto, segundo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que admite a vinculação de tal direito às políticas públicas que o concretizem, por meio de escolhas alocativas, e à corrente da Medicina Baseada em Evidências. **A interferência judicial, para determinar ao Poder Público o fornecimento de tratamentos de saúde, não pode descuidar das políticas fixadas pela Administração, a esse respeito, devendo atentar a alguns critérios mínimos** (STF, Suspensão de Tutela Antecipada 175). Assim, existindo política estatal que abranja a prestação pleiteada pelo paciente, com

⁹⁸ STJ, REsp 353147/DF, rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 18-8-2003, p. 187.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p.668.

previsão de dispensação do tratamento buscado, o postulante tem direito subjetivo público a este, cabendo ao Judiciário determinar seu cumprimento pelo Poder Público. **Inexistindo previsão administrativa da prestação pleiteada, o direito do postulante depende de prova - de regra, pericial, [...] o SUS não oferecer alternativas para tratamento da doença, ou tais alternativas não poderem ser utilizadas pelo paciente ou não lhe serem eficazes (por resistência do paciente ao fármaco, efeitos colaterais do mesmo, conjugação de problemas de saúde, etc.); a prestação requerida ser efetivamente indispensável à saúde do postulante e não consistir em tratamento experimental. Em se tratando de ação ajuizada com vistas ao fornecimento de medicamento, comprovada em perícia médica a necessidade e adequação do fármaco, faz jus a parte autora ao fornecimento respectivo pelo Poder Público. [...] A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto probatório constante dos autos, procedimento incabível de ser adotado validamente em recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal [...] 9. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 544, § 4º, inc. I, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (grifamos).¹⁰⁰**

Não obstante, cabe ressaltar que com relação ao fornecimento de remédios não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e aqueles de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), estão em julgamento através dos Recursos Extraordinários (REs) 657718 e 566471.

Nesse sentido, faremos um comentário detalhado sobre tais recursos extraordinários no intuito de melhor compreender as alegações em defesa e contra o Estado relativos ao tema do presente estudo¹⁰¹.

Em apertada síntese, no Recurso Extraordinário 566.471, o Estado do Rio Grande do Norte negou o fornecimento de medicamento à recorrida, denominado *Sildenafil 50 mg* para tratamento das enfermidades “*miocardiopatia isquêmica*” e “*hipertensão arterial pulmonar*”. Ocorre que o Estado alega que tal procedimento acarretaria lesão à ordem e à economia públicas, tendo em vista, o grande número de processos que versam sobre o tema.

Ademais, evoca o Estado o princípio da Reserva do Possível, em razão dos recursos disponíveis serem limitados e que ao utilizar milhares de reais para atender um cidadão prejudicaria outros. Diz ainda que, muitos dos medicamentos solicitados não possuem o condão de restabelecimento da saúde, mas

¹⁰⁰ STF, Recurso Extraordinário com Agravo 796.855/RS, rel. min. Cármen Lúcia, DJU de 26-02-2014, passim.

¹⁰¹ Todos os comentários são extraídos conforme os autos do processo dos respectivos recursos extraordinários 657718 e 566471 e voto dos ministros do STF.

prolongamento da vida já em estágio precário. Ainda afirma que deve ser observado “a reserva do orçamento”, uma vez que os Direitos Sociais não está inserido no rol dos direitos fundamentais, mas no artigo 6º, sendo norma meramente programática.

Por fim, alega que o Poder Judiciário está ferindo regramento constitucional da Separação dos Poderes e os princípios da legalidade orçamentária. Além disso, o remédio não constava no Programa de Dispensação de Medicamentos, desse modo, alegou que arcaria com todo ônus financeiro em razão da União não reembolsá-los uma vez que trata de medicamento fora da relação estabelecida pelo Ministério da Saúde.¹⁰²

Por sua vez, em 15 de novembro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela repercussão geral do tema, *in verbis*:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Todavia, em 10 de novembro de 2015, o Estado do Rio Grande do Norte alegou perda do objeto, uma vez que o medicamento foi disponibilizado no âmbito da assistência farmacêutica. O ministro Marco Aurélio do STF, decidiu com base nos ensinamentos do parágrafo único, artigo 998 do Código de Processo Civil 2015 que diz: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”¹⁰³.

Do exposto, cabe lembrar que o Tribunal de Justiça confirmou a sentença a quo, sob o fundamento de que a recorrida possuía incapacidade financeira e era imprescindível a utilização do remédio para fins terapêuticos, conforme acórdão a seguir:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA

¹⁰² Texto referente aos autos do processo do Recurso Extraordinário 566.471, e também, do voto do Ministro Relator Marco Aurélio.

¹⁰³ Ibidem.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO APELANTE EM PROMOVER O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO¹⁰⁴.

Na visão do relator Ministro Marco Aurélio¹⁰⁵ do STF, em seu voto no RE 566471, defende “a máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, incluído o direito a saúde, particularmente se estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial”. Dessa maneira propõe a seguinte tese, consoante aditamento :

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, constante de rol dos aprovados, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.

A esse respeito cabe elucidar que a teoria da máxima efetividade, objetiva a efetivação dos direitos fundamentais, de modo imediato, cabendo à interpretação alcançar em sua plenitude o direito fundamental sem modificação do seu conteúdo.

Doutro lado, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁶ do STF, negou provimento ao recurso extraordinário em razão da incorporação do medicamento pelo Sistema Único de Saúde e afirmou a seguinte tese, em sede de repercussão geral:

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

¹⁰⁴ TJRN, Apelação Cível nº 2007.003192-7, Segunda Câm. Cív., Rel. Des. Aderson Silvino, Julg. 10-07-2007

¹⁰⁵ STF. Recurso Extraordinário 566.471. Relator Marco Aurélio. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio.

¹⁰⁶ STF. Recurso Extraordinário 566.471. Relator Marco Aurélio. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

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.

Doutra banda, o Ministro Edson Fachin¹⁰⁷ do STF sugeriu alguns parâmetros probatórios, como veremos a seguir:

1. Demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2. Preferencial prescrição por médico ligado a rede pública; 3. Preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/tratamento dispensado na rede pública. 5. E em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos de Medicina Baseada em Evidências – MBE e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Noutro giro, no que diz respeito ao RE 657718, trata-se de demanda referente à obrigação do Estado em fornecer medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. O tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que o fornecimento de medicamentos sem registro da ANVISA culminaria em autêntico descaminho, conforme acórdão abaixo:

SUS FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO IMPORTADO AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA IMPOSSIBILIDADE. Não se recomenda o deferimento de pedido de medicamentos não aprovados na ANVISA Conclusão aprovada por maioria no 1º Curso do Fórum Permanente de Direito à Saúde, realizado no dia 9 de agosto de 2010 neste Tribunal. Se o medicamento indicado pelo médico do agravante não possui registro na ANVISA, não há como exigir que o Estado o forneça, já que proibida a sua comercialização.

Segundo o Ministro relator Marco Aurélio¹⁰⁸ do STF, afirma que “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição

¹⁰⁷ STF. Recurso Extraordinário 566.471. Relator Marco Aurélio. Voto do Ministro Edson Fachin.

inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”. Doutro lado o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁹ do STF, em seu voto, no entendeu que:

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao presente recurso extraordinário, apenas para o fim de determinar o fornecimento do medicamento pleiteado, tendo em vista que, no curso da ação, este foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Afirmando, em sede de repercussão geral, a seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (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. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Doutra ponta, o Ministro Edson Fachin¹¹⁰ do STF, em seu voto, sugere a tese de que:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa

Frise-se que após três votos, o julgamento do Recursos Extraordinários 566471 e 657718 foi interrompido, e ainda não houve decisão definitiva. Porém, sem embargos de externar, desde já, nossa opinião.

No que se refere ao RE 657718, em que pese o artigo 12 da Lei n.º 6.360 de 1976, exigir o registro do medicamento junto a ANVISA, opino que deve sempre haver uma ponderação. Nesse sentido, concordo com a tese do Ministro Luís Roberto Barroso, na qual defende a verificação de três requisitos essenciais para tal solicitação, quais sejam: demora excessiva por parte do Estado de registrar o produto (obviamente já existindo uma solicitação de registro), bem como, o registro

¹⁰⁸ STF. Recurso Extraordinário 657718. Relator Marco Aurélio. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio.

¹⁰⁹ STF. Recurso Extraordinário 657718. Relator Marco Aurélio. Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso.

¹¹⁰ STF. Recurso Extraordinário 657718. Relator Marco Aurélio. Voto do Ministro Edson Fachin.

do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Com efeito, creio que deve haver adequação-necessidade e eficácia no tratamento.

Por outro lado, com relação ao RE 566471, creio que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, para concretização de tal princípio fundamental deve ser respeitado o direito a vida. Nesse sentido, a saúde e o direito a vida estão atrelados, assim, nos ensinamentos do Ministro Marco Aurélio, concordo que deve haver o respeito pelo mínimo existencial e o Estado ser obrigado a fornecer os medicamentos aqueles que necessitam e não possuem condições financeiras de arcar com tais medicamentos, tampouco sua família. Nesse caso, com o dever de solidariedade familiar, uma vez que o Estado deve agir de modo subsidiário à família, possuindo, em último caso, direito de regresso, conforme fundamentos do voto do Ministro Supracitado.

A título de curiosidade, vale a pena comentar outra realidade da judicialização da saúde, merecedora de reflexão. Conforme, pesquisas realizadas mostram que em São Paulo verificou-se que 77% dos remédios solicitados não integravam a lista dos medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Ademais, constatou que normalmente, as pessoas favorecidas pela intervenção do Poder Judiciário possuem boas condições socioeconômicas, bem como, acesso a informação, resultando, assim, em verdadeiro desequilíbrio do sistema. por Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata¹¹¹

3.3. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO A SAÚDE

A construção jurisprudencial do STF envolve diversas espécies de prestações dos serviços de saúde requeridas por meio de demandas judiciais. Dentre elas temos a criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, órtese e próteses, suplementos alimentares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgia e exames, custeio de tratamento fora do domicílio, bem como, no exterior, dentre outras prestações¹¹².

¹¹¹ Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata, Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade, Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, ago. 2009, p. 1843. apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p.668-670.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. 670.

Registre-se que o primeiro precedente¹¹³ deu-se no final da década de noventa, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando examinou demanda referente ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde através do Mandado de Segurança n.º 6564/RS, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAUDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, 'OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA', POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE. (STJ, RMS 6564/RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448)

Como se vê, o Ministro Demócrito Reinaldo, tratou as normas de direito à saúde, como normas programáticas, fazendo-se necessária sua regulamentação

¹¹³ NETO, OTÁVIO BALESTRA. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017. *passim*.

através de legislador ordinário. Portanto, não haveria direito líquido e certo a ser tutelado.

Nesse passo, no início dos anos 2000 foi iniciada uma nova fase na jurisprudência do STF e STJ. Nesse eito, cabe trazer a baila que o Supremo Tribunal Federal, passou a verificar a fundamentalidade material do direito à saúde¹¹⁴.

De início, em um processo judicial foi pleiteado medicamento importado para tratamento de criança com doença rara, o Ministro Marco Aurélio se pronunciou da seguinte maneira:

No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.¹¹⁵

Vê-se, pois que o STF se pronuncia no sentido de que problemas orçamentários não podem violar os parâmetros constitucionais impostos pela Carta Magna vigente.

Nesse mesmo ano, o STJ começou a mudar seu entendimento, observa-se da demanda que trata sobre pedido de medicamentos para tratamento de doença neurológica, da qual apontou a preponderância do mínimo existencial sobre a reserva do possível, nestas palavras:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da

114 NETO, OTÁVIO BALESTRA. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017. passim.

115 STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60.

situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. [...] 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente." (STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121)

Desse mesmo modo, cabe ressaltar a importância do precedente contido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271286/RS, uma vez que foi reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos para fornecimento de medicamentos contra AIDS para enfermos sem condições de arcar com as custas de tais prestações. Consolidou-se, assim, o entendimento de que o direito a saúde enquanto mínimo existencial configura-se um direito fundamental que deve ser concretizado pelo poder Público, senão vejamos:

“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 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. - 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 inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. 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. Precedentes do STF. (STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101).

Como visto anteriormente, cabe à responsabilidade das ações e serviços de saúde pelos entes da federação¹¹⁶. Desse modo, cabe lembrar que a complexidade ou elevados custos com o tratamento não é motivo para quaisquer ente da federação inclinar sua incompetência, uma vez que o Sistema Único de Saúde tem um perfil descentralizado, justificando assim sua responsabilidade, dentre outros motivos já fundamentado anteriormente.

Por fim, atualmente a evolução jurisprudencial, deu-se no sentido de buscar balizar as decisões envolvendo demandas prestacionais de saúde. Assim, começa a ser feito uma análise mais aprofundada, com relação à adequação-necessidade e eficácia das prestações de saúde solicitadas pelos cidadãos. No mesmo sentido, cabe trazer jurisprudência do STJ que denegou mandado de segurança, tendo em vista, parecer técnico negativo diante da ausência de eficácia, dos métodos solicitados, *in verbis*:

¹¹⁶ Vide RE 195.192-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22-2-2000 e RE-AgR 255.267-1, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 21-11-2010.

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da ‘retinose pigmentar’ no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado. (STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151)

Com efeito, através do tópico anterior resta evidente a nova tendência jurisprudencial ao buscar balizar o direito prestacional à saúde, haja vista o posicionamento dos Ministros supramencionados. Dessa forma, observa-se que o poder judiciário em verdade efetua o controle judicial sobre os atos e omissões administrativas, ao determinar a realização das prestações de saúde.

Por fim, cito Gilmar Mendes¹¹⁷ para elucidar precedentes relacionados ao tema da presente pesquisa, que foram reconhecidas por votação majoritária no Plenário virtual, e aguarda debate em Plenário Físico:

- a) RE-RG 597.064/RJ, tema 345: ressarcimento ao SUS das despesas com atendimento a beneficiários de planos de saúde privados;
- b) RE-RG 566.471/RN, tema 6: dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo;
- c) RE-RG 657.718/MG, tema 500: dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA;
- d) RE-RG 580.264/RS, tema 115: aplicação da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista que prestam serviços de saúde exclusivamente pelo SUS.

3.4. CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Como visto, compete ao Poder Judiciário intervir em demandas objetivando a efetividade do direito fundamental à saúde. Faz-se no presente tópico críticas à judicialização excessiva com o propósito de oferecer uma visão plural sobre o tema.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. 673.

Virgílio Afonso da Silva¹¹⁸ relata que existem duas posições: a primeira relativa às políticas públicas que foram inseridas pelo governo, mas não satisfazem plenamente sua população, restando, em muitos casos, evidente inércia do Poder executivo. No segundo caso, o grande avanço do processo de constitucionalização, trazendo para o Poder Judiciário temas que antes pertenciam à esfera política, a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral.

Nessa linha de intelecção o autor mencionado enfaticamente assevera que:

O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais - normalmente entre um credor e um devedor - para a área dos direitos sociais. Como será demonstrado adiante, um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários.

Assim, é de clareza meridiana que o conjunto de ações individuais sendo decididas visualizando tão somente aquele caso concreto, realiza apenas microjustiça, sem atenção as consequências que tamanhas decisões podem acarretar a coletividade.

Por seu turno, para reduzir esses efeitos, muitos doutrinadores defendem a ideia de um direito à saúde encarada sob enfoque coletivo e global, a serem concretizados coletivamente. Nessa linha de intelecção, Fernanda Vargas Terrazas¹¹⁹ discorda do atual papel do Poder Judiciário ao distribuir o direito prestacional individualmente, e defende a implementação de políticas públicas. É o que constata na seguinte passagem do magistério da autora supramencionada:

Dessa forma, os direitos sociais, por terem o caráter de generalidade e serem usufruídos coletivamente, a fim de que haja um acesso igualitário aos respectivos bens sociais, não se ajustam à ideia de individualização. Isso porque, toda vez que um indivíduo tem acesso a um bem não distribuído aos demais — nas mesmas condições — ,

¹¹⁸ SILVA. Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. p. 587-588.

¹¹⁹ TERRAZAS. Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos, p. 110.

ele está recebendo um tratamento diferenciado — um privilégio —, o que é incompatível com a idéia de igualdade e de justiça.

Na lição de Luís Roberto Barroso afirma que a judicialização política e social na seara das demandas individuais deve limitar-se a liberação dos medicamentos listados pelos entes federativos. Portanto, para o autor, o Poder Judiciário, tem que tão-somente fornecer medicamentos que estão dentro das listas do Sistema Único de Saúde, haja vista, que seu papel seria a concretização das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo¹²⁰.

Observe os judiciosos comentários de Márcio Villela Machado¹²¹:

Faltam preparação, instrumentos, recursos técnicos e, algumas vezes, vontade e coragem ao Judiciário para buscar a efetivação da macrojustiça. Falta perceber que cada decisão judicial, proferida sem consideração de dados como a escassez de recursos, o princípio da igualdade ou a repercussão global do conjunto das decisões judiciais individuais, além de sérias repercussões aos indivíduos não beneficiados pelas mesmas, acarreta desorganização administrativa e perda da eficiência.

Vê-se, pois, que alguns juízos ou tribunais não possuem visão global tampouco coletiva e optam pelo financiamento individual para tratamento de algumas doenças específicas. No que tange a jurisprudência nacional, Luís Roberto Barroso argumenta que esta prioriza exclusivamente o indivíduo em detrimento da sociedade como um todo, no que se refere ao fornecimentos de medicamentos¹²².

Desse mesmo modo, urge observarmos as pontuais palavras de Alberto Kanamura¹²³:

Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões [judiciais] que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples

120 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 28

121 MACHADO, Márcio Villela. Direito à saúde no Brasil: Dos Excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais, p.84.

122 BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 26

123 Alberto Hideki Kanamura, "O dilema do gestor da saúde", Folha de São Paulo (10.07.2003), p. A3. apud. SILVA. Virgílio Afonso da. op. Cit. p. 596-597.

de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta combater a fome endêmica medicando os atingidos com uma ajuda de R\$ 50 por família mensalmente, talvez menos de R\$ 100 por pessoa ao ano.

Fora os problemas apresentados, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, esses criam graves problemas para a gestão do Sistema Único de Saúde, afirma Fabiola Oliveira e Paola Zucchi¹²⁴:

O direito do cidadão de exigir a garantia de acesso a medicamentos via sistema judiciário é fundamental para evitar negligência do Estado. Entretanto, partir do pressuposto de que qualquer reivindicação de medicamentos deve ser atendida, pois, está-se garantindo o direito à saúde, em um mercado farmacêutico com mais de 15 mil especialidades farmacêuticas, revela desconhecimento sobre as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico. As ações Judiciais descritas revelam que a PNM e suas diretrizes foram desconsideradas, em franca contraposição à tendência internacional de racionalizar o uso de tecnologias na área da saúde.

Dessa forma, como já salientado em tópicos anteriores, o STF pretende busca evitar a superlitigação através do estabelecimento de padrões a serem observados em demanda judicial, a exemplo da comprovação por perícia técnica da eficácia do medicamento, dentre outros. Assim, pretende criar critérios para ponderação através da análise do caso concreto. Note o julgado a seguir:

Direito fundamental à saúde. Colisão de direitos. Critérios para ponderação. Análise de caso concreto. [...] 3. Disto se seguem determinados parâmetros, no tocante ao direito fundamental à saúde, para observância: a) eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde; b) o direito de um paciente individualmente não pode, a priori, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde; c) o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos; d) havendo alternativa disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido; e) o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a "medicina das evidências", devendo eventual prova pericial, afastado "conflito de interesses" em relação ao médico, demonstrar que não se aplica ao caso concreto do paciente; f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados nas listagem ou em protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia

¹²⁴ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, p. 221.

específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável¹²⁵.

Do exposto, é de clareza meridiana que os pronunciamentos judiciais devem levar em consideração as consequências de suas decisões para toda coletividade. Portanto, é preciso ter cautela porque a ausência de preocupação com a repercussão financeira pode prejudicar o bem-estar social de toda população.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ASPECTOS E IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. MOROSIDADE E ACESSO À JUSTIÇA: AS TEORIAS DO DIREITO DE AÇÃO E O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

Primeiramente, cabe definirmos o Direito de ação e suas peculiaridades, uma vez que o Direito de Ação e a Garantia de Acesso a Justiça, influência consideravelmente no aumento de demandas judiciais, contribuindo assim para a judicialização excessiva.

O termo “ação” foi fruto de inúmeras teorias, observe a didática de Fredie Didier Jr¹²⁶, ao analisar os principais sentido do que seja “Ação” :

- a) “Ação” como direito material em movimento/exercício. No processo romano não havia distinção nítida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida. Ação, neste contexto, era o próprio direito material violado, cujo exercício se dava perante os tribunais na época [...]
- b) “Ação” como direito autônomo em relação ao direito material. Ação, neste sentido, seria o direito de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual. Trata-se da “pretensão jurídica”, que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça. Os autonomistas dividiam-se entre os “*abstrativistas*” que consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importando o resultado da causa (existência ou não do direito material), e os “*concretistas*”, para quem, embora autônomo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A concepção *abstrativista* prevaleceu, embora com o “*tempero*” que

¹²⁵ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, agravo nº 2007.04.000287680, Terceira Turma, 15/04/2008, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 07/05/2008

¹²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civi**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 167-168.

lhe foi ministrado pela concepção eclética de Enrico Tullio Liebman¹²⁷[...]

- c) “Ação” como exercício daquele direito abstrato de agir. “Ação exercida”, “Ação processual”, “demanda”, “pleito”, “causa”, todas essas são palavras sinônimas e possuem o sentido de identificar o exercício do direito abstrato de ação, que no caso é sempre concreta, porque relacionada a determinada situação jurídico-substancial. Pela ação processual, exerce-se o direito constitucional de ação levando-se a juízo a afirmação de existência do direito material (ação em sentido material)[...]

Nessa visão, a teoria eclética do direito de ação, prevista na alínea “b” logo acima, ministrado pela concepção de Enrico Tullio Liebman, é a corrente majoritária seguida pela doutrina. Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, traz o direito de ação, nestas palavras: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”¹²⁸.

Dessa forma, vê-se que a natureza do direito a ação trata-se de direito subjetivo público abstrato, exercido em face do Estado. Assim, “direito subjetivo” porque se trata de faculdade do indivíduo, exercer ou não, o direito de ação. E “em face do Estado”, já que será movimentada a máquina judiciária.

Destarte, se o Poder Judiciário for acionado, este deverá demandar o polo passivo da relação processual e resguardar a proteção dos direitos, além de garantir o direito de defesa e de contraditório. Cabe por parte do Requerente se opor e solicitar uma declaração da ausência de direito invocado pelo requerente, constituindo assim uma natureza publicista ao direito de ação, por ser ato de exercício e soberania do Estado.

Não obstante, o direito de acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988, trata-se da prerrogativa apta a permitir a qualquer cidadão brasileiro que sentir-se lesado em seus direitos, provocar a atuação do Poder Judiciário para defesa de seus direitos. Em consonância com a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹²⁹. A fim de tornar os conceitos mais claros, vale a pena transcrever as fáceis definições de Dirley da Cunha Júnior¹³⁰:

¹²⁷ Para Enrico Liebman o direito de ação surge como direito a uma resposta de mérito, isto é, simplesmente julgando o pedido sem importar o resultado.

¹²⁸ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da editora saraiva. 45. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.7.

¹²⁹ Ibidem, p. mesma página.

¹³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.628.

O direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça a direito de alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa a direito.

Todavia, cabe lembrar que, em certos casos, podem ocorrer o abuso do direito de demandar, configurando-se ilicitude a ser observada no atual Código Civil em seu artigo 187, ao transcrever que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”¹³¹. A esse propósito, Caio Mário da Silva Pereira¹³², argumenta:

Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com freqüência. [...] É por isto que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a doutrina do abuso de direito têm necessidade de desenhar um outro fator, que com qualquer nome que se apresente estará no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levado um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

Assim, o direito de ação através do Poder Judiciário deve ser visto como um meio de resolver os conflitos, sendo incabível a mera intenção de prejudicar ou causar embaraço a uma terceira pessoa, sob pena de ser condenado a indenização pelo abuso do direito de ação.

Nesse eito, o resultado do abuso do direito de ação é desastroso, ocasionando deturpação do Acesso a Justiça, sobrecarregando o Poder Judiciário de demandas excessivas e por muitas vezes sem punição daqueles que abusam do direito de ação. Com efeito, o Poder Judiciário torna-se abarrotado com milhões de

¹³¹ BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹³² Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 672-673.

processos em atraso, também pelos seus problemas estruturais, humanos e logísticos.

No viés de solucionar tais problemas, seria necessário contar com os órgãos administrativos autônomos, capazes de fiscalizar e guiar os indivíduos para solução pacífica dos conflitos nos serviços públicos e aplicação de penalidades administrativas, conforme fosse o caso. Cabe lembrar, que no Brasil possui várias agências (ANVISA, ANATEL, INSS, etc.), porém, resta evidente, a necessidade de reestruturação desses órgãos para resolver, efetivamente, as questões individuais que assolam o Poder Judiciário.

No que diz respeito ao PROCON, observa-se que o respectivo órgão carece em eficácia, fazendo com que diversos consumidores, acabem movendo demandas junto ao Poder Judiciário, inclusive nas questões relacionadas à saúde. Desse modo, faz-se necessário, a reestruturação do órgão para possibilitar serviços mais efetivos a fim de serem resolvidas as demandas administrativamente.

Por fim, também se faz necessário que a sociedade seja mais bem informada das possibilidades de resolução de conflitos na via administrativa. Uma vez que no Brasil têm-se a cultura que os órgãos administrativos e seus auxiliares, são ineficientes para resolverem os problemas dos cidadãos. Por conseguinte, levam os a recorrer ao Poder Judiciário, superlotando-o de processos que poderiam ser resolvidos amigavelmente, inclusive em relação à prestação de serviços de saúde, conforme se verá em tópico específico. Assim, resultando aos juízos e tribunais decidir sobre todas as omissões e ineficiências de responsabilidade do Poder Executivo.

4.2. O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS E IMPACTOS

Como visto, a judicialização de políticas públicas de saúde gera consequências em toda coletividade, haja vista que ao priorizar as demandas individuais, quem perde é o coletivo. Desse modo, cabe ao nobre julgador estabelecer parâmetros em suas decisões, para melhor avaliar os pedidos solicitados, baseando-se em evidências, uma vez que o ato de sentenciar é

dependente do conhecimento, por isso cabe aos juízos e tribunais, além de toda sociedade, melhor refletir sobre essa temática.

Reputamos oportuno, ainda citar Armando Luiz Rovai, o novo titular da Secretária Nacional do Consumidor (SENACON), afirma que “temos 110 milhões de processos em andamento no Brasil. Desses, estima-se que 30% são de origem da defesa do consumidor. Ou seja, um processo a cada dois habitantes do país”. De acordo com o Secretário, no mercado segurador, a saúde é um tema que mais concentra demandas judiciais¹³³.

A questão dos elevados custos por conta da judicialização excessiva, não pode ser ignorado sob o viés do princípio da máxima efetividade nos direitos fundamentais. Em razão da Administração Pública se vê obrigada a desviar os recursos públicos, em decorrência de decisões judiciais, prejudicando assim toda a população.

Nesse passo, o processo de desjudicialização da saúde objetiva reduzir as demandas judiciais, bem como, favorecer o acesso à saúde e medicamentos, sem necessariamente acionar o judiciário. Assim, descrever a conjuntura da desjudicialização perfaz trilhar o caminho da efetivação da justiça, apresentando novas formas de resolução não jurisdicionais de conflitos.

Por isso, para a efetiva desjudicialização é facultado às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial. Para tanto, consiste em cooperação entre os órgãos estatais, conferindo-lhe também, de modo a fortalecer o sistema, uma eficiência na tutela de composição extrajudicial, principalmente, criando sistemas e estratégias para implementar mecanismos de gestão das demandas de massa e conciliação de conflitos.

Não obstante, cabe salientar que a definição da expressão desjudicialização, na esfera criminal flexiona com despenalização ou descriminalização, tendo como exemplo a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei nº 9.099/95), na qual existe a possibilidade de ser transacionados parcialmente crimes de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, na seara cível, faz-se necessário uma reformulação do sistema, da gestão da Administração Pública e cooperação entre os entes

¹³³ Trata-se da 6ª Conferência de Proteção do Consumidor de Seguros. Disponível em: <<http://www.segs.com.br/seguros/35566-armando-luiz-rovai-empoderamento-do-consumidor-leva-a-uma-sociedade-melhor.html>>. Acesso em: 02 de Fevereiro 2017.

federativos, o Ministério Público e as Defensorias Públicas. Nesse passo, essa cooperação é no intuito de favorecer a efetividade dos direitos tutelados, para fins de fazer-se de nosso intrincado e complexo sistema de justiça um elemento de progresso econômico e social, a serem obtidos através do aperfeiçoamento e expansão da desjudicialização.

Dessa forma, tais medidas a serem alcançadas, são formas de impedir as demandas individuais em massa, e muitas vezes descabidas pretensões junto à justiça estatal.

Doutra ponta, além da resolução de conflitos extrajudiciais por meio da conciliação, propugna a criação de parâmetros, como já sugeridos pelos votos dos Ministros do STF, supracitados no RE 657718 e RE 566471. Assim, as utilizações dos parâmetros servem para reprimir o acesso desmedido junto ao Poder Judiciário e evitar que a justificativa do direito de acesso a justiça, torne-se uma porta aberta para milhares de processos que não possuam: adequação, necessidade e tampouco eficácia nas prestações de saúde a serem tuteladas.

4.3. DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE POR MEIO DA MEDIAÇÃO

Como já visto, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos são os mais aconselháveis para a desjudicialização, dentre eles temos a mediação. A mediação, tema deste tópico, foi regulada há pouco tempo pela lei n.º 13.140 de 2015. Em que pese ser pouco utilizada, a Mediação possui baixo custo, eficaz e célere.

A esse propósito, a mediação é um “meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” a luz do artigo 1º, caput, da lei supracitada. A Mediação é definida, em seu parágrafo único, do artigo 1º da mencionada lei, como:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia¹³⁴.

¹³⁴ BRASIL. Lei n. 13.10 de 26 de Junho de 2015.

Em idêntica trilha, na Resolução 127 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estabelece como Política Judiciária Nacional a conciliação. Nesse sentido, Delduque, Alves e Dallari, afirma que “a Mesa de Diálogo representa um esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça, representando um novo mecanismo que pode ser considerado um esforço de Mediação”¹³⁵.

Do mesmo modo, Boaventura Santos argumenta que:

Não me parece tampouco que esses mecanismos de resolução dos litígios à margem do controle do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade.¹³⁶

Nesse eito, existem três formas de resolução de conflitos, conforme se verá a seguir:

a) as resoluções estatais – heterocomposição dos conflitos, como são hoje conhecidas as decisões judiciais; b) as resoluções estatais negociadas com as partes – ou autocomposição -, realizadas no âmbito jurisdicional prévia ao início do processo ou no âmbito de órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Geral da União; e c) a resolução de conflitos – ou autocomposição dos conflitos -, em âmbitos extrajudiciais, privados ou não.¹³⁷

Nota-se que a Mediação Sanitária é imprescindível para alcançarmos um progresso no processo de desjudicialização da saúde. Com o apoio do Ministério Público, defensores públicos, advogados da união e procuradores, o Sistema Único de Saúde pode servir melhor a coletividade, através desses grupos de Mediação, muitas vezes organizados em comitês, ou grupo de reuniões de conciliação.

Desse modo, tal medida evita que demandas judiciais desnecessárias entrem no Poder Judiciário, mantendo a garantia do direito de acesso a justiça sem restringi-lo, e garante efetividade ao direito a saúde.

¹³⁵ DELDUQUE, M. C.; ALVES, S. M.; DALLARI, S. G. Decreto que institui a Política Nacional de Participação Social: impactos na saúde. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 30, n. 9, p. 1-3, 2014. apud DELDUQUE, Mária Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. **A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil**. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, Abr.-Jun. 2015.

¹³⁶ SANTOS, B. S. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2005. p. 157 apud DELDUQUE, Mária Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. op. cit. p. 511.

¹³⁷ DELDUQUE, Mária Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. op. cit. p. 511.

Do exposto, vê-se que a Lei da Mediação tem por finalidade diminuir as demandas judiciais nos Tribunais brasileiros, tendo em vista a imensa quantidade de processos. No que se refere às ações por prestação de serviços de saúde, essas envolvem problemas referentes ao Sistema Único de Saúde. Opinamos em relação à mediação, que o próprio SUS deve trazer essa responsabilidade para si, primeiramente junto ao cidadão que através de um possível canal de atendimento possa tentar a mediação, no intuito de resolver os conflitos por ele ocasionados.

Ao passo que, caso seja infrutífera a medida descrita, devesse tentar a mediação sanitária, através da organização de comitês ou grupos de Mediação, com apoio dos Juízes, Ministério Público, Defensores, Advogados e Procuradores a fim de desafogar o Judiciário e contribuir para a efetividade dos direitos prestacionais à saúde.

4.4. AS DEFENSORIAS PÚBLICAS, MINISTÉRIO PÚBLICO, TRIBUNAIS E ESTADO COMO AGENTES DO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO

Com efeito, atualmente em algumas poucas cidades, existem conflitos de interesses na área de saúde que são resolvidos de maneira rápida e gratuitamente, sem a necessidade de realização de audiência, concluindo o procedimento por meio de comitês, grupos de conciliação ou até mesmo no corpo técnico do Centro Judiciário de Conciliação, muitas vezes representados pela Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, órgão auxiliar do Poder Judiciário, através de contato com a equipe técnica da Secretária de Saúde.

No Estado do Amapá a reclamação pré-processual já é possível, com intuito de obter uma conciliação e assim resolver o conflito sem necessitar mover a máquina judiciária. Em setembro de 2015 foi subscrito o Ato Conjunto nº 0359/2015-GP/CGJ, para instituição do Comitê Interinstitucional Estadual da Desjudicialização¹³⁸.

Nesse eito, ocorre a cooperação e ajuda mútua em busca da resolução do conflito, entre Ministério Público, Defensoria e Procuradoria do Estado, Procuradoria do Município, Secretarias de Administração e de Saúde do Estado e

¹³⁸ Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/3767-judici%C3%A1rio-do-amap%C3%A1-cria-ato-conjunto-que-institui-o-comit%C3%AA-interinstitucional-estadual-da-desjudicializa%C3%A7%C3%A3o.html>>. Acesso em: 15 de Fevereiro 2017.

Municípios e OAB/AP. Assim, o comitê, também, é responsável por realizar reuniões temáticas para planejamento de estratégias de gestão de demandas de massa, bem como, procedimentos para melhor atender a população e buscar efetividade no processo de desjudicialização, além de outras funções.

Conforme pesquisa realizada pelo centro de Conciliação da Seção Judiciária do Amapá (CEJUC), nas demandas de saúde, os resultados foram frutíferos a parceria entre a Justiça Federal, Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União, nas ações de saúde mostrou enorme eficiência e alcance social, rendendo-lhe o VI Prêmio Conciliar é Legal, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Assim, desde o começo do projeto, o CEJUC obteve 70% de acordos em conciliação, um grande avanço, tendo em vista a elevada demanda em face do SUS¹³⁹.

Dessa forma, a solução pacífica e inteligente dos conflitos dá-se através da cooperação permanente entre os órgãos mencionados cooperantes e médicos especialistas. Para que seja preservado o contínuo diálogo, fundamental na mediação ou conciliação, entre as instituições públicas e especialistas na área médica para assegurar o direito público subjetivo à saúde.

Portanto, ao realizar a mediação ou conciliação, as partes envolvidas terminam por economizar tempo e recursos públicos sejam por parte do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário. Incentivar tal prática oportuniza a efetividade dos direitos fundamentais, bem como, desafoga o Poder Judiciário, e beneficia toda coletividade.

Não se pode olvidar que a participação da Defensoria Pública é fundamental nessa cooperação, uma vez que representa a camada mais humilde da sociedade, ou seja, aqueles que não possuem condições de arcar com as prestações de saúde e muitas vezes lhe são negados acesso a medicamentos entre outras prestações.

Dessa forma, faz-se necessário a participação da defensoria pública através da criação de uma forma extrajudicial para participação de conselhos em comunidades carentes, para torna-se agente de transformação social e atuar em cima dos problemas da comunidade, inclusive na busca da conciliação junto as Secretarias de Saúde das demandas as quais a comunidade necessita.

¹³⁹ Disponível em: < <https://www.diariodoamapa.com.br/2016/05/12/desjudicializacao-por-meio-da-conciliacao-ganha-mencao-honrosa/>>. Acesso em: 15 de Fevereiro 2017.

Assim o Defensor Público terá oportunidade para atuar em nome da coletividade necessitada junto as Secretarias do Sistema Único de Saúde, objetivando a concretização de seus direitos fundamentais, sem necessitar sobrecarregar o judiciário desnecessariamente. Nesse sentido, segundo o promotor de Justiça André Araújo, titular da Promotoria da Saúde, argumenta que através da conciliação “evitamos que as demandas da área da saúde virem longos processos judiciais, desafogando o poder judiciário, o MP-AP e a própria Secretária Estadual de Saúde”¹⁴⁰.

Frise-se que a atuação extrajudicial deve ser encarada como prioridade, por ser meio rápido e menos oneroso. Sendo assim, não restam dúvidas que o processo de desjudicialização do direito a saúde é o caminho a ser seguido por meio da conciliação e mediação, além da cooperação entre as instituições públicas para assim efetivar os regramentos constitucionais, bem como, os direitos fundamentais nela previsto.

4.5. PROPOSTAS PARA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Do exposto, cabe lembrar que a pesquisa não tem a intenção de esgotar o tema, tampouco, as possibilidades para efetivo progresso da desjudicialização do direito a saúde, mas apresentar os principais aspectos e impactos na judicialização e no processo de desjudicialização no sistema jurídico brasileiro. Contudo, sempre com a reiterada licença, passa-se a análise de propostas com base no trabalho apresentado.

Como se sabe, o dialogo é fundamental entre as instituições públicas, portanto, somos a favor da criação de comitês, grupos de conciliação, inclusive com auxilio dos órgãos do Poder Judiciário e especialistas na área médica. Através da criação dos respectivos grupos de conciliação, será necessário o continuo debate de temáticas para o planejamento de atividades com o intuito de promover a conciliação e gestão de demandas em massa, com a colaboração das Secretárias de Saúde, Defensorias Publicas, Advogados e Procuradores, Ministério Público e Tribunais, e,

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/24-geral/4422-programa-de-desjudicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-com-atua%C3%A7%C3%A3o-do-mp-ap-receber%C3%A1-men%C3%A7%C3%A3o-honrosa-do-cnj>>. Acesso em: 16 de Fevereiro 2017.

por óbvio, faz-se necessário o empenho de todos os órgãos envolvidos nesse programa.

Em que pese à garantia do direito de acesso a justiça, seria interessante no ordenamento jurídico brasileiro, após a estabilidade desses institutos, e a comprovação da eficácia desses meios de conciliação. A exigência constitucional da necessidade das demandas de prestação de saúde deverá passar pelos comitês de conciliação antes de acionarem o Poder Judiciário, a exceção dos pacientes em iminente risco da vida.

Por outro lado, antes mesmo de acionarem os comitês, opino que também as próprias Secretarias de Saúde poderiam criar ferramentas eletrônicas para resolução de conflitos. Desse modo, os cidadãos poderiam se comunicar diretamente com as respectivas Secretarias e solicitar diligências, questionamentos ou esclarecimentos referentes a prestações de serviços de saúde. No intuito das secretárias já praticarem a mediação sanitária, atraindo essa responsabilidade pra si. Verificando em cada caso concreto a possibilidade de litígio e buscar a sua resolução por via amigável.

Esse canal supracitado é uma opção para dar aos cidadãos uma porta de entrada possibilitando as chances que muitas vezes o individuo não possui de resolver o seu problema. Por conseguinte, tal medida sem dúvida auxiliará no processo de desjudicialização.

Nesse eito, é válido também, que seja determinada a criação de comissões administrativas em todas as esferas de governo, intencionando a analisar as demandas de saúde, valendo-se da visão de preveni-las como meta a auxiliar no processo de desjudicialização.

Doutra ponta, também é interessante o estímulo através dos órgãos responsáveis, de criar um meio para fomentar o ensino nas escolas e faculdades, a importância do diálogo e da mediação, para resolução de conflitos que podem ocorrer em qualquer área profissional, como medida de longo prazo. Uma vez que, termina sempre sobrando para o Judiciário dirimir controvérsias muitas vezes resultantes de demandas desnecessárias.

Outras questões que podemos suscitar é uma reforma administrativa para aperfeiçoamento da gestão pública do Sistema único de Saúde. Ademais, a capacitação dos profissionais de saúde visando atender as precisões urgentes do SUS.

Não obstante, a busca de balizas na exigência de prestação de serviços de saúde, também, faz-se necessária, haja vista que o direito de acesso à Justiça não pode se tornar uma porta aberta para demandas desnecessárias. Com efeito, além da resolução de conflitos extrajudiciais por meio da conciliação, propugna a criação de parâmetros, como já sugeridos pelos votos dos Ministros do STF, supracitados no RE 657718 e RE 566471.

Reitera-se que, com relação à criação de balizas a luz do voto dos ministros supramencionados em tópico específico *ex vi* RE 657718, para medicamentos sem registros junto a ANVISA, opinamos que deve sempre haver uma ponderação sobre alguns requisitos.

Desse modo, consinto com a tese do Ministro Luís Roberto Barros, que defende a existência de três requisitos essenciais para solicitação de medicamentos sem registros, quais sejam: demora excessiva por parte do Estado de registrar o produto (obviamente já existindo uma solicitação de registro), bem como, o registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Com efeito, creio que deve haver adequação-necessidade e eficácia no tratamento a ser verificado por meio de perícia.

De mais a mais, com relação ao RE 566471, reitero em todos os termos os argumentos de que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, para concretização de tal princípio fundamental deve ser respeitado o direito a vida. Nesse sentido, a saúde e o direito a vida estão atrelados, assim, nos ensinamentos presentes no voto do Ministro relator Marco Aurélio do STF na RE 566471, concordo que deve haver o respeito pelo mínimo existencial e o Estado deve ser obrigado a fornecer os medicamentos aqueles que necessitam e não possuem condições financeiras de arcar com tais prestações de serviços de saúde ou fornecimento de medicamentos.

No mesmo sentido do voto supramencionado, deve ser atestado que a família do cidadão requerente deve comprovar que não possui condições de arcar com tais medicamentos ou procedimentos solicitados pelo cidadão, tendo em vista o dever de solidariedade familiar. Nesse eito, cabe ao Estado a responsabilidade subsidiária à família. Não obstante, deve ser comprovado a luz de evidências e perícia, conforme o caso, da eficácia do tratamento médico a ser solicitado.

Por fim, através dos métodos extrajudiciais aqui descritos e a criação de balizas para as demandas judiciais dos interessados na área de saúde, pode-se caminhar de um modo a garantir uma efetivação dos direitos sociais à saúde. E desse mesmo modo, favorecer o bem-estar social e a pacificação de conflitos.

5. CONCLUSÃO

A partir do presente trabalho, pretendeu-se, a análise dos direitos fundamentais, precipuamente, o direito social à saúde, sua efetividade e os aspectos e impactos da judicialização e do processo de desjudicialização da saúde. Sendo assim, a Carta Magna definiu que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, portanto, o direito a saúde mostra-se como direito fundamental, em razão de estar ligado com o direito à vida.

Desse modo, para efetivação desses direitos foi instituído o Sistema Único de Saúde com atendimento integral e universal. Todavia, o Poder Executivo e Legislativo muitas vezes são omissos, principalmente, na prestação dos serviços de saúde e na implantação de políticas públicas de qualidade.

Dessa forma, ao ser verificada a omissão, cabe ao Poder Judiciário intervir para garantir a efetividade do mínimo existencial do direito a saúde. Assim, defendemos a tese de que não deve o Poder Judiciário imiscuir-se em tal seara, cabe a este garantir o mínimo de dignidade humana e o direito a vida do cidadão requerente.

Nesse mesmo sentido, as alegações estatais correspondentes à escassez de recursos, alarga a desigualdade e sem garantia do direito a vida, o cidadão torna-se desumanizado. E são por esses motivos que para o Poder Judiciário é inaceitável a justificativa da reserva do possível para o Poder Público escusar-se da efetivação do direito fundamental à saúde.

Todavia, ficou claro que a judicialização excessiva, em verdade, prejudica de modo direto a coletividade, haja vista que, as decisões judiciais individuais realizam microjustiça. Assim, cabem às instituições públicas, quais sejam: os Juízos e Tribunais, Ministério Público, Defensorias Públicas, Secretárias de Saúde, além dos advogados e procuradores, por meio da colaboração e mediação, buscarem alcançar um direito à saúde encarado sob perspectiva coletiva e global.

Além disso, restou claro que o direito de acesso à Justiça não pode se tornar uma porta aberta para demandas desnecessárias. Com efeito, além da resolução de conflitos extrajudiciais por meio da conciliação, é importante a criação de alguns requisitos para demandas judiciais na área da saúde, a exemplo da necessidade de comprovação de eficácia dos medicamentos ou tratamentos a

serem solicitados pelos cidadãos, servindo de apoio para o processo de desjudicialização do direito à saúde.

Por fim, a Judicialização do direito à Saúde é necessária quando os demais Poderes Públicos forem omissos na prestação do mínimo existencial. Todavia, é condenável a judicialização excessiva, uma vez que prejudica toda a coletividade, sendo imprescindível a sua desjudicialização, no intuito de desafogar o judiciário, reduzir a morosidade, e, por conseguinte, garantir um sistema de saúde justo e equitativo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

Armando Luiz Rovai: **Empoderamento do consumidor leva a uma sociedade melhor**. Disponível em: <<http://www.segs.com.br/seguros/35566-armando-luiz-rovai-empoderamento-do-consumidor-leva-a-uma-sociedade-melhor.html>>. Acesso em: 02 de Fevereiro 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial**. p. 18-19. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 30 de Novembro 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da editora saraiva. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei n. 13.140**, de 26 de Junho de 2015.

BRASIL. **Lei n.º 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 de novembro 2016.

BRASIL. **Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998**. p.2. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf>. Acesso em: 30 de novembro 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Dj de 22-9-1995, e MS 22.164-0/SP, Rel Min. Celso de Mello, DJ de 17-11-1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, **RE/AgR 607.381**, rel. Min. Luiz Fux, 31.5.2011, DJe 17.6.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, **RE/AgR 271.286**, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.9.2000, DJU 24.11.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, **STA/AgR 175**, rel. Ministro-Presidente, Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, j. 17.3.2010, DJe 30.4.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 195192/RS**, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **Recurso Extraordinário com Agravo 796.855/RS**, rel. min. Cármen Lúcia, DJU de 26-02-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPFMC 45/DF**, relator Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471**. Relator Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário 657718**. Relator Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. DJ, *Seção 1, de 13-2-1997*, n. 29, p. 1830. cf. **STF: RE 393.175**. AgR. RS – Rio Grande do Sul. Luiz Marcelo Dias e Outros. Relator: Ministro Celso de Melo.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **REsp 353147/DF**, rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 18-8-2003.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **RMS 11183/PR**, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000.

BRASIL. Tribunal de justiça do rio grande do norte. Apelação Cível nº 2007.003192-7, Segunda Câ. Cív., Rel. Des. Aderson Silvino, Julg. 10-07-2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, agravo nº 2007.04.000287680, Terceira Turma, 15/04/2008, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 07/05/2008.

CARVALHO FILHO. João Trindade. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 30 de novembro 2016.

Cf. TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, AC 63.612-5-Guararema/Mogi das Cruzes, Rel. Des. Willian Marinho, v u., j. em 6-5-1999

CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008 p.65.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

Desjudicialização por meio da conciliação ganha Menção Honrosa. Disponível em: <<https://www.diariodoamapa.com.br/2016/05/12/desjudicializacao-por-meio-da-conciliacao-ganha-mencao-honrosa/>>. Acesso em: 15 de Fevereiro 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civi: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. passim.

HOEFLER, Rogério; MALUF, Ana Cristina S. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2010 e Formulário Terapêutico Nacional 2010**. Boletim Farmacoterapeuta. Ano XV. n.º 06. Nov-dez/2010. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/userfiles/file/boletim/2010/farmacoterapeutica%206%202010.pdf>>. Acesso em: 30 de Novembro 2016.

Judiciário do Amapá cria Ato Conjunto que institui o Comitê Interinstitucional Estadual da Desjudicialização. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/3767-judici%C3%A1rio-do-amap%C3%A1-cria-ato-conjunto-que-institui-o-comit%C3%AA-interinstitucional-estadual-da-desjudicializa%C3%A7%C3%A3o.html>>. Acesso em: 15 de Fevereiro 2017.

MACHADO, Márcio Villela. **Direito à saúde no Brasil: Dos Excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais**. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126_1.PDF>. Acesso em: 10 de Fevereiro 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - TOMO IV – Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NETO, OTÁVIO BALESTRA. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

Programa de Desjudicialização da Saúde com atuação do MP-AP receberá menção honrosa do CNJ. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/24-geral/4422-programa-de-desjudicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-com-atua%C3%A7%C3%A3o-do-mp-ap-receber%C3%A1-men%C3%A7%C3%A3o-honrosa-do-cnj>>. Acesso em: 16 de Fevereiro 2017.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo & FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “**Reserva do possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas aproximações**”. In: Direitos Fundamentais. Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais**. s.n.t.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos**. s.n.t.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. s.n.t.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.