

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A incursão do Judiciário na
Administração, seus desdobramentos e possíveis medidas de
contenção**

UBERLÂNDIA

JULHO/2017

ISABELA SOUZA GUERRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A incursão do Judiciário na
Administração, seus desdobramentos e possíveis medidas de
contenção**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso graduação em Direito da Faculdade Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel de Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Walmott Borges.

UBERLÂNDIA/MG

JULHO/2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

Isabela Souza Guerra

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A incursão do Judiciário na
Administração, seus desdobramentos e possíveis medidas de
contenção**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso graduação em Direito da Faculdade Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel de Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Walmott Borges.

Aprovada em ____ de _____ de ____ .

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Prof. Mestra Mônica Alves Costa Ribeiro

Bel. José Octávio Beutel

RESUMO

A judicialização da saúde é um fenômeno que se refere ao acionamento do Judiciário como alternativa para obtenção de alguma ação ou serviço de saúde ora negado pelo SUS, seja por questões orçamentárias ou por falta de previsão legal que determine o fornecimento daquela ação ou serviço. A judicialização da saúde reflete um sistema de saúde pública deficitário, uma vez que não consegue garantir esse direito de forma universal. Contudo, a judicialização excessiva vem preocupando diversas categorias de especialistas, uma vez que a falta de critérios para tanto pode provocar um desequilíbrio no erário, prejudicando ainda mais as políticas públicas já implementadas. Nesse sentido, a presente monografia discute aspectos gerais da judicialização da saúde, seus desdobramentos e consequências, bem como as possíveis soluções ou medidas que ajudem na efetivação do direito à saúde de forma universal e igualitária.

Palavras-chave: Direito à saúde; SUS; políticas públicas; separação dos três poderes; interferência do Judiciário; judicialização da saúde; mínimo existencial; princípio da reserva do possível.

ABSTRACT

The judicialization of health is a phenomenon which refers to the drive of the Justice as an alternative for obtaining an action or a service denied by SUS, either by budget issues, either by lack of legal precedence. The judicialization of health is a reflection of a deficient health system, which can not guarantee this right in an universal way. However, the expansion of judicialization worries many experts, because without criteria, it can cause an imbalance in the public sector, besides damaging the public policies already implemented. In this sense, this monograph discusses general aspects of the judicialization of health, it's consequences, and as well as the possible solutions or measures that can help in the promotion of the health in a universal and egalitarian way.

Key-words: Right to health; SUS; public policy; separation of the three powers; the Judiciary's interference; minimum existential; reserve of the possible's principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
1.1 O direito à saúde como direito fundamental.....	9
1.2 Sistema Único de Saúde.....	12
1.3 A incorporação de tecnologias no SUS.....	13
1.4 O alcance do direito à saúde.....	15
1.5 A distribuição de competências entre os entes federativos.....	18
CAPÍTULO II – A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	20
2.1 Noção de mínimo existencial.....	20
2.2 A necessidade de previsão orçamentária e o princípio da reserva do possível.....	21
2.3 O embate entre o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.....	22
2.4 Da ineficiência do acesso a ações e serviços de saúde.....	26
CAPÍTULO III – O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, SEUS DESDOBRAMENTOS E INADEQUAÇÕES.....	28
3.1 A judicialização da saúde.....	28
3.2 A veação da atuação do juiz como legislador positivo.....	29
3.3 A autonomia do Poder Executivo e o respeito às políticas públicas.....	30
3.4 Da violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia.....	32
3.5 A escassez de recursos.....	35
3.6 O descrédito do Judiciário em razão do não cumprimento de suas decisões.....	37
3.7 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	37
CAPÍTULO IV – POSSÍVEIS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	41
4.1 Obediência aos regramentos do SUS.....	41
4.2 Adoção de razoabilidade e proporcionalidade nas decisões.....	42
4.3 A preferência por ações coletivas em detrimento das individuais.....	43
4.4 Atuação interdisciplinar entre o Judiciário e profissionais da saúde.....	44
4.5 Maior frequência de atualização da RENAME e demais protocolos do SUS.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade moderna, globalizada e em constante desenvolvimento, nada mais correto e necessário do que verificar quais as demandas que devem ser atendidas a fim de propiciar o crescimento da sociedade como um todo, contemplando seus cidadãos e refutando a ideia de que apenas a economia importa, a qual predominava na maioria esmagadora das sociedades dos tempos antigos.

Através do estudo da história evolutiva das sociedades, verifica-se a exploração profunda e constante vivida por aqueles que eram desprovidos de recursos materiais, restando-lhes se submeter às ordens de seus senhores e patrões, que por sua vez visualizavam seus servos e funcionários como seres destinados unicamente à produção e ao lucro. Com o passar do tempo, a classe explorada convenceu-se de seu valor, revoltando-se e lutando em busca de melhorias, o que, sob uma ótica otimista, foi alcançado aos poucos.

É clara a contribuição das diversas lutas e revoluções feitas para que os seres humanos recebessem o tratamento adequado, o qual deve lhes oferecer igualdade e dignidade, conceitos utilizados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual criou os direitos humanos, que influenciaram, por sua vez, a criação dos direitos fundamentais, no plano do direito constitucional.

A Constituição Federal de 1988 contemplou um conjunto de direitos positivados denominado de direitos fundamentais, os quais abrangem direitos individuais, coletivos, econômicos e culturais, que buscam a harmonização entre os direitos do indivíduo e os da sociedade, garantindo também um campo legítimo para a democracia.

Como já dito anteriormente, a Carta Magna espelhou-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, dedicando um título exclusivamente para contemplar o assunto, qual seja o *Título II*, que trata dos *Direitos e Garantias Fundamentais*. O referido título divide-se em cinco capítulos, dentre os quais há aquele que se dedica aos direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração, uma vez que foram influenciados pelas crises pós-industrialização, ocorridas entre os séculos XIX e XX, que ensejaram a busca pela igualdade.

Entretanto, a existência de direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal

de 1988, como garantia da dignidade da pessoa humana, não é suficiente para tanto, uma vez que os mesmos nem sempre são usufruídos pelo povo. Dentre os direitos aqui referidos, está o direito à saúde, o qual, particularmente, apresenta-se como o um dos mais importantes para qualquer cidadão, visto que a saúde, compreendida como “completo estado de bem-estar físico, mental e social”¹ é indispensável que o homem tenha sua dignidade assegurada.

Os direitos sociais representam direitos a prestações do Estado, o que impõe a realização de políticas públicas (conjunto sistematizado de programas de ação governamental). A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, incorporou tal caráter social ao direito à saúde, uma vez que este dispositivo determina que o direito à saúde será "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"².

Em outras palavras, observa-se que o direito ora contemplado foi constitucionalizado no Brasil em sua Carta Magna como direito público subjetivo a prestações estatais, cabendo aos Poderes Públicos desenvolverem o que for necessário para garanti-lo. Esta constitucionalização caracteriza-se essencialmente pelo reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental e pela definição dos princípios que atuam sobre a política pública da saúde.

Em suma, o direito à saúde é assegurado constitucionalmente a todos os cidadãos, restando ao Estado o dever de promovê-lo. Para tanto, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), através da Constituição Federal de 1988, visto como um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, tratando-se do 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. O SUS, basicamente, busca promover, proteger e recuperar a saúde da população, utilizando-se de um conjunto de diversas instituições pertencentes aos três níveis de governo, além do setor privado e conveniado.

Com a criação do Sistema Único de Saúde, a repartição de competência quanto à promoção da saúde pública entre entes federativos foi facilitada, uma vez que a mesma foi estabelecida pelos artigos 16 a 19 da Lei n. 8.080/90, que regula as normas gerais para o SUS.

1 Trecho do conceito de saúde oferecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em < <http://www.who.int/en>>. Acesso em 30/06/2017.

2 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Todavia, a referida repartição emerge de uma lei ordinária, que está hierarquicamente em posição inferior à Constituição da República, que determina, por sua vez, em seus artigos 23, inciso II, e 196, que o direito à saúde é um dever linear de todos os entes federativos, proibindo o pacto federativo de se impor contra os cidadãos.

Para tanto, o Estado instituiu entidades públicas, pertencentes tanto à Administração direta quanto à Administração indireta, além de criar mecanismos de cooperação entre essas entidades públicas e entre entidades privadas, a fim de assegurar que a execução das políticas públicas de saúde fosse efetivada de modo universal e igualitário.

Entretanto, essa estrutura tem se mostrado ineficaz, talvez por sua extensão e complexidade. Nesse sentido, vale destacar que seu funcionamento demanda alto custo, sendo que, em contrapartida, há falta de investimentos do governo na área da saúde, o que resta evidenciado pelas grandes filas de espera enfrentadas por usuários da rede pública de saúde para conseguirem atendimento médico, tais como consultas e procedimentos cirúrgicos, por exemplo, o que vai de encontro à garantia do direito à saúde.

Em razão disso, essa parcela da população brasileira tem recorrido ao Poder Judiciário para garantir a execução dessa prestação. Em outras palavras, tais pessoas se valem de demandas judiciais que visam a coação da Administração Pública a cumprir o dever que a Constituição lhe impõe, qual seja a garantia do exercício do direito à Saúde. Daí então surge a chamada “judicialização da saúde”.

A recorrência ao Judiciário é claramente um direito do cidadão, assim como é certo que o Estado tem o dever de prestar atendimento médico e assistência farmacêutica, como dispõe a Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV).

Contudo, como se verá mais a frente, com o crescimento das demandas judiciais, a Administração tem sido constrangida a prestar atendimento médico e assistência farmacêutica de forma indiscriminada, o que não é suportado pelos cofres públicos, que sofrem grande prejuízo e acabam comprometendo o funcionamento do Estado como um todo.

É necessário, portanto, que se faça uma análise do fenômeno chamado “judicialização da saúde”, a fim de que o direito à saúde seja efetivado, porém observando o equilíbrio entre o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, tornando a máquina estatal sustentável.

I – O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 O direito à saúde como direito fundamental

Acerca do direito à saúde, afirma José Afonso da Silva que:

“não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de direito do homem.”³

Contudo, a Constituição Federal de 1988 inovou ao atribuir ao direito à saúde, o caráter de direito fundamental, permitindo maior aproximação entre as inúmeras declarações internacionais de direitos humanos e o próprio texto constitucional.

É notório que declarações internacionais referentes aos direitos humanos foram essenciais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. A justificativa para tanto está no contexto histórico após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo todo restou abalado com as atrocidades sofridas e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas, surgindo então a necessidade de se garantir efetivamente os direitos humanos, obrigando os Estados a atribuir sentido concreto aos direitos sociais.

Esse movimento iniciou-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, importante fonte das constituições modernas, estabelecendo um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. Vejamos:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁴

3 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 308-309.

4 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 17/06/2017.

Com a declaração de direitos humanos em âmbito internacional, os Estados nacionais passaram a prever em seus ordenamentos internos formas de garantia dos direitos fundamentais, de forma generalizada, a fim de que todos os cidadãos fossem titulares desses direitos, em consonância com as regras internacionais.

Essa influência dos direitos humanos declarados na esfera internacional também influenciaram o Brasil, tendo essa influência chegado ao ápice quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto contempla os direitos fundamentais, garantidores da dignidade da pessoa humana, dentre os quais se insere o direito à saúde.

Basicamente, pode-se afirmar a Constituição de 1988 atribuiu ao direito à saúde o caráter de direito fundamental, tendo estabelecido regras gerais e princípios que devem conduzir as políticas públicas nessa área a fim de efetivar esse direito.

A atribuição do caráter de direito fundamental ao direito à saúde é verificada no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, dispositivo esse responsável por reconhecer a saúde como um direito fundamental social, ao lado da educação, da moradia, do lazer, dentre outros.

Nesse aspecto, vale ressaltar que os direitos fundamentais, sejam individuais, coletivos ou sociais, gozam de aplicabilidade direta e imediata, conforme disposto no §2º do art. 5º da Constituição; assim, não se tratam de meras promessas do constituinte originário, destituídas de qualquer efetividade. Pelo contrário, devem ser efetivados pelo Estado, que para tanto precisa equilibrar o caráter prestacional dos direitos sociais com os investimentos em políticas públicas que esses direitos demandam para serem implementados.

Nessa linha, destaca-se o conjunto principiológico que deve reger as políticas públicas na área da saúde para garanti-la ao cidadão. Esse conjunto de princípios é disposto pelos arts. 194, 196 e 198 da Constituição de 1988; são eles: i) universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I c/c art. 196, *caput*), pelo qual se depreende que a saúde é direito de todos, e portanto não se exige qualquer requisito para sua fruição, devendo o Estado garantir o acesso universal aos diversos serviços de saúde; ii) caráter democrático e descentralizado da administração, com participação quadripartite, composta por trabalhadores, por empregadores, por aposentados e pelo Governo nos órgãos colegiados (art. 194, VII c/c art. 198, I e III); iii) regionalização e hierarquização (art. 198, *caput*), princípio que prima por um sistema de ações e serviços públicos de saúde integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, permitindo maior controle dos serviços do sistema e favorecendo melhor

atendimento à população; iv) atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II), princípio esse que defende a necessidade de uma ação estatal não só na área da saúde, mas também na área do meio ambiente, da educação, da habitação, dentre outras, a fim de eliminar ou controlar causas de doenças e agravos.⁵

Em seguida, o art. 199 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a atuação complementar da iniciativa em relação à atuação da iniciativa pública através do Sistema Único de Saúde (SUS). Analisando sistematicamente o referido dispositivo constitucional, verifica-se que o Poder Público estabelece diretrizes a serem respeitadas por essas empresas privadas, de modo que a parceria dessas com o sistema público se dará por meio de convênio ou contrato de direito público, dando-se preferência a entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos. Por sua vez, os §§2º e 3º desse artigo, respectivamente, proibem que recursos públicos sejam utilizados como auxílios e subvenções em favor de instituições privadas com fins lucrativos, bem como vedam a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, salvo nos casos previstos em lei.⁶

Por fim, dentre os artigos que versam sobre a saúde no âmbito da seguridade social, está o art. 200 da CF/88, que enumera algumas competências do Sistema Único de Saúde, quais sejam: i) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; ii) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; iii) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; iv) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; v) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; vi) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; vii) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; viii) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.⁷

Através de uma breve análise dos principais dispositivos constitucionais que contemplam o direito à saúde, constata-se que, de fato, o legislador demonstrou-se bastante

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

6 Idem.

7 Idem.

preocupado com o tema, atribuindo-lhe importância inovadora em razão da força atribuída aos direitos humanos naquele contexto histórico.

1.2 O Sistema Único de Saúde

Como verificado acima, a Constituição Federal de 1988 assegurou ao cidadão o direito à saúde, tendo o Estado o dever de promovê-lo. Para tanto, o legislador entendeu pela necessidade de elaborar uma lei que garantisse o acesso à saúde de forma universal e igualitária, garantindo consequentemente a dignidade da pessoa humana. Surgiu então a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS).

A Lei Orgânica da Saúde tem como principal objetivo possibilitar a efetivação do direito à saúde, já garantido constitucionalmente, assegurando a todos os cidadãos o acesso a ações, serviços e programas de saúde. Nesse sentido, a LOS dispõe sobre o Sistema Único de Saúde através de um conjunto de normas jurídicas que define quem o integra, estabelece seu campo de atuação, cria mecanismos de ações e prevê sanções em caso de descumprimento àquelas normas. Em outras palavras, a LOS regulamenta, na esfera nacional, ações e serviços de saúde, independente de serem executados de forma isolada ou em conjunto, em caráter permanente ou eventual, e por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Público ou Privado.

Complementarmente, a Lei n. 8.142/90 dispõe sobre a participação social no SUS, estabelecendo que cada esfera de governo deve ter Conferência de Saúde e Conselho de Saúde como instâncias colegiadas de participação social.⁸

Nessa linha, Eurivaldo Sampaio de Almeida, Arthur Chioro e Fabiola Zioni afirmam “é garantia constitucional de que a população, por meio de suas entidades representativas, poderá participar do processo de formulação de políticas de saúde e do controle de sua execução em todos os níveis”.⁹

8 BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm>. Acesso em: 17/06/2017.

9 ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de; CHIORO, Arthur; ZIONI, Fabiola. Políticas públicas e organização do sistema de saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS. In: WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de (Org.). Gestão de serviços de saúde: descentralização, municipalização do SUS. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p.37

O Sistema Único de Saúde constitui-se através de uma rede regionalizada e hierarquizada, de modo a propiciar a adaptação das ações e dos serviços de saúde conforme o perfil epidemiológico regional. Nesse sentido, Ingo Sarlet e Marina Figueiredo entendem que é através da municipalização que se consagra as diretrizes da descentralização e regionalização.¹⁰

Dessa forma, aos municípios é incumbida maior responsabilidade na implementação das ações de saúde voltada para a população, o que se dá pela "intenção de que quanto mais perto do fato a decisão tomada, mais chance haverá de acerto"¹¹, nas palavras de Eurivaldo Sampaio de Almeida, Arthur Chioro e Fabiola Zioni.

Essencialmente, o artigo 4º da Lei n. 8.080/90 define o SUS como 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, incluindo 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. A iniciativa privada poderá participar do SUS, no entanto, em caráter complementar, por disposição expressa de lei. O acesso deverá ser realizado de forma universal e igualitária a todas as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Sobre os princípios da universalidade e da igualdade, verifica-se certa proximidade entre seus significados, uma vez que "ambos são concretizações do princípio da isonomia e referem à necessidade de amplo acesso de todos os cidadãos aos serviços e ações de saúde pública"¹², conforme Marlon Alberto Weichert.

Assim, constata-se que a LOS atua em conjunto com os princípios constitucionais a fim de assegurar o direito à saúde a todos, bem como o acesso às ações e serviços que objetivam a redução dos riscos de doenças de maneira universal e igualitária.

10 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchiner. Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.42.

11 ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de; CHIORO, Arthur; ZIONI, Fabiola. Políticas públicas e organização do sistema de saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS. In: WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de (Org.). Gestão de serviços de saúde: descentralização, municipalização do SUS. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p.37.

12 WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 158.)

1.3 A incorporação de tecnologias no SUS

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), criada pela Lei nº 12.401/2011, dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. Assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde (DGITS), a Conitec assessorara o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

A análise de incorporação de determinada tecnologia, que já deverá estar registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e poderá ser medicamento, insumo, procedimento, órtese ou prótese, deverá ocorrer no prazo de 180 dias, prorrogável por mais 90 dias. Para tanto, deverá ser considerada a eficácia, a efetividade e a segurança da tecnologia, bem como deve ser feita uma avaliação econômica comparando os benefícios e os custos em relação às tecnologias já existentes.

A Conitec é dividida estruturalmente entre Plenário e Secretaria-Executiva. O primeiro é composto por representantes de cada Secretaria do Ministério da Saúde, pelo Conselho Federal de Medicina, pelo Conselho Nacional de Saúde, pelo Conselho Nacional das Secretarias Estaduais de Saúde, pelo Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e pela Anvisa. Já a Secretaria-Executiva é composta pelo DGITS e pela Incorporação de Tecnologias em Saúde.

Ao Plenário da Conitec cabe a emissão de recomendação sobre incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias no SUS, constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, e atualização da RENAME. Vale ressaltar que todas as recomendações do Plenário são submetidas à consulta pública pelo prazo de 20 dias, salvo em casos urgentes, cujo prazo é de 10 dias. As eventuais sugestões advindas da consulta pública são então anexadas ao relatório final da Conitec, o qual é encaminhado para o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos para tomada de decisão, que pode ser precedida de audiência pública a critério do Secretário.

Já a Secretaria-Executiva é responsável por gerir e coordenar as atividades da Conitec, além de emitir relatórios técnicos sobre a tecnologia avaliada no tocante a seus resultados científicos, avaliação econômica e impacto de sua incorporação no SUS.

Em suma, o processo de incorporação de tecnologias no SUS se dá da seguinte forma:

i) a Secretaria-Executiva da Conitec recebe pedido de incorporação da tecnologia e avalia a conformidade documental; ii) faz-se uma análise dos estudos daquela tecnologia, podendo haver solicitação de estudos complementares; iii) o Plenário analisa o relatório, faz as recomendações pertinentes e emite um parecer conclusivo acerca da incorporação; iv) a Secretaria-Executiva submete o parecer a consulta pública; v) o Plenário ratifica ou retifica o parecer; considerando as contribuições advindas da consulta; vi) o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos analisa o relatório, decide sobre a incorporação ou não da tecnologia e publica a decisão no Diário Oficial da União, podendo contudo realizar audiência pública antes da decisão.¹³

1.4 O alcance do direito à saúde

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir ao direito à saúde o caráter de direito fundamental, também atribuiu-lhe caráter universal, sendo seu acesso gratuito. Para tanto, incumbiu o Estado a regulamentar e fiscalizar a efetivação desse direito. Inclusive, cabe ao Estado planejar ações e serviços necessários à efetivação do direito à saúde, havendo envolvimento direto de todos os entes federativos e seus respectivos órgãos, seja da administração direta ou indireta, bem como de fundações mantidas pelo Poder Público, de entidades filantrópicas e de eventuais instituições de saúde contratadas.

Nesse sentido, Silva afirma:

a saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.¹⁴

13 Disponível em <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em 18/06/2017.

14 SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 20/06/2017.

O planejamento das ações e serviços de saúde se dá conforme as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos princípios dispostos pelo artigo 7º, incisos I e II, da Lei n. 8.080/90. Vejamos:

Art. 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;

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;¹⁵

Esses princípios se dividem em princípio da universalidade, princípio da integralidade e princípio da equidade. O primeiro garante o acesso à saúde a toda e qualquer pessoa, tendo previsão constitucional no artigo 196 da Constituição de 1988. O princípio da integralidade estabelece que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde se compõe num todo, não podendo ser compartimentalizadas; em outras palavras, as unidades que compõe o SUS estão ligadas entre si de um modo que as permite prestar assistência integral a todos. Por fim, o princípio da equidade traduz a junção de outros dois princípios, quais sejam o da igualdade e o da liberdade, visando diminuir e até exterminar a desigualdade; nesse sentido, todo cidadão deve ter garantido o acesso a qualquer ação ou serviço de saúde que necessite. Assim, considerando que os princípios da universalidade, da integralidade e da equidade orientam o SUS, verifica-se que este foi constituído como um meio de garantir o direito à saúde a todos.

Vale ressaltar ainda que, além da previsão constitucional e da previsão feita pela Lei n. 8.080/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente também contempla o direito à saúde, como se segue:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

15 BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.¹⁶

A Lei 11.741, conhecida como o Estatuto do Idoso, também regulamentou o tema:

Art 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.¹⁷

Destarte, verifica-se que as legislações infraconstitucionais incluem o fornecimento de “insumos terapêuticos” às ações e serviços de saúde que devem ser fornecidas pelo SUS. Contudo, destaca-se que, por se tratarem de legislações específicas no tocante aos seus destinatários, quais sejam crianças, adolescentes e idosos, o fornecimento desses insumos tem destinatários específicos, os quais detêm tratamento prioritário por explícita previsão constitucional.

Em relação à assistência farmacêutica através do SUS, o Ministério da Saúde, através da política nacional de medicamentos designada pela Portaria MS 3916/98, estabelece um rol de remédios que devem estar disponíveis em toda a rede para atender à população, essa listagem recebe o nome de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Essa listagem, elaborada e renovada periodicamente, é feita considerando as doenças mais comuns e relevantes conforme cada região brasileira, a eficácia e segurança dos medicamentos utilizados para seus tratamentos, o equilíbrio entre a maior eficácia e segurança do medicamento e o menor custo, e o oferecimento de concorrência do mesmo subgrupo de medicamento, como uma estratégia de mercado. Assim, essa distribuição gratuita de

16 BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

17 BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

medicamentos através do SUS, privilegiando os medicamentos genéricos, aumenta a garantia do acesso à saúde por todos.

Em suma, verifica-se que o direito à saúde no Brasil está amparado tanto pela Constituição como também por legislações infraconstitucionais, estando todas elas de acordo com a implementação de ações e serviços de saúde por meio de políticas públicas como forma de melhor garantir a efetividade desse direito fundamental.

1.5 A distribuição de competências entre os entes federativos

Conforme já mencionado, a organização do Sistema Único de Saúde se dá mediante uma divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério da complexidade das ações e serviços.¹⁸

Nesse contexto, através de uma interpretação sistemática dos artigos 8º e seguintes da Lei n. 8.080/90, bem como de outros atos normativos que disciplinam a assistência à saúde, cabe aos Municípios a concretização de ações e serviços de menor complexidade, aos Estados os de média e alta complexidade, e à União os de alta complexidade.

Paralelamente à divisão de competências pelo nível de complexidade das ações e serviços, existe um sistema de financiamento da atuação desses entes, pelo qual a aplicação e o repasse de verbas destinadas à saúde se dá por critérios diversos, tais como a densidade populacional e a arrecadação tributária.

Apesar dessa divisão administrativa, o Poder Judiciário brasileiro vem se posicionando no sentido de que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é solidária entre as três esferas de poder, independentemente das atribuições/divisões administrativas ditadas pela legislação infraconstitucional,

Nesse sentido foram proferidas diversas decisões pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do consignado na Suspensão de Segurança nº 3158, formulada pelo Estado do Rio Grande do Norte em face de acórdão proferido pelo TJRN nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.005996-0 (fls. 121-136):

18 BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

“Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.”¹⁹

Acertadamente, tal posicionamento considera que a repartição de atribuições estabelecida entre as três esferas de poder não pode se sobrepor ao direito à saúde titularizado pelo cidadão.

Embora essa solidariedade seja defendida, predominantemente, sob o argumento de que o direito à saúde, enquanto direito fundamental, deve prevalecer sobre os demais, também é possível sustentá-la com base na hierarquização de fixação de atribuições.

Em outras palavras, cabe aos entes políticos, sobretudo à União e aos Estados, definir as ações e serviços sociais de alta complexidade. Assim, apesar de a lei permitir a participação de todos os entes e da própria sociedade na formulação das políticas públicas, é fato que as diretrizes principais são ditadas pela União.

Nessa linha, parece coerente afastar a responsabilidade da União e do Estado de prestar o atendimento e tratamento médico, principalmente aqueles de alta complexidade. Da mesma maneira, não parece correta a interpretação que afasta a responsabilidade dos Municípios com base na hierarquia inerente ao sistema. Isso porque essa hierarquia não exclui a solidariedade havida entre os entes estatais, ditada pela própria Constituição Federal, bem como porque não se deve afastar a responsabilidade do Município quando há situações em que esses entes são flagrantemente beneficiados pela atuação do Estado e da União em grandes centros populacionais e/ou quando se evidencia a negligente aplicação de recursos.

19 SS nº 3158 – RN, STF, Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139576/suspensao-de-seguranca-ss-3158-rn-stf>>. Acesso em: 19/06/2017.

II – A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Noção de mínimo existencial

O mínimo existencial, como a própria expressão já indica, diz respeito ao dever do Estado em assegurar condições mínimas de existência aos cidadãos por meio de prestações estatais positivas. Em outras palavras, o mínimo existencial se traduz na garantia efetiva de uma existência digna, ultrapassando a mera sobrevivência física e o limite da pobreza absoluta. Nessa linha, o mínimo existencial está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional fundamental, de modo que também é encarado como direito e garantia fundamental.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo entendem que o mínimo existencial pode ser subdividido em:

[...] mínimo fisiológico, que constitui, por compreender as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. [...] o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material."²⁰

De forma complementar, o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”.²¹

20 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, n.1, p.194, jul./dez. 2008.

21 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Seguindo esse raciocínio, Paulo Gilberto Cogo Leivas afirma que:

"O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, o direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, independem da ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício de autonomia."²²

Vale dizer, no entanto, que a ideia do mínimo existencial não é absoluta e depende de diversos fatores, tais como questões econômicas, históricas, culturais, políticas, religiosas, etc.

Acerca do mínimo existencial no âmbito da saúde, quando indispensável para a sobrevivência do cidadão, verifica-se seu caráter de urgência, já que sua efetivação tardia pode ocasionar a morte do cidadão. Assim, o mínimo existencial em relação à saúde compreende “cuidados essenciais de saúde, baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis ao alcance universal de indivíduos e famílias”²³, nas palavras de Mariana Figueiredo.

Destaca-se, nesse contexto, que embora o mínimo existencial abranja geralmente os tratamentos básicos de saúde, não ficam excluídos os tratamentos de alta complexidade ou acesso a medicamentos de caráter experimental ou excepcional, quando indispensáveis à sobrevivência do indivíduo. Isso porque, nessa hipótese, o mínimo existencial serve como garantidor do princípio da dignidade humana, pelo qual não se pode privar um indivíduo de uma qualidade de vida mínima, devendo-se, portanto, promover ações e serviços necessários a sua saúde.

2.2 A necessidade de previsão orçamentária e o princípio da reserva do possível

A previsão orçamentária de aplicação e repasse de recursos pelo Poder Público é também uma questão a ser discutida quando se fala em efetivação do direito à saúde. O tema,

22 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

23 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

além de ser objeto de estudo em diversas áreas, tais como a economia, foi contemplado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente em âmbito constitucional (arts. 165 a 169 da CF).

Contudo, embora haja normas que estabelecem claramente como o Poder Público deve gastar seus recursos, isso não é suficiente para promover a efetivação dos direitos, em especial o direito à saúde. Isso porque o principal problema que dificulta/impede a efetivação desse direito fundamental é a gestão administrativa desses recursos; ou seja, embora o Poder Público arrecade e disponha de bastantes recursos, a forma de gerir e aplicá-los nem sempre é adequada.

Ainda que se ponha a culpa nos gestores governamentais, é fato que a escassez de recursos traduz-se em óbice à concretização plena do direito à saúde. A partir daí, entendendo-se que o Estado deve dispor de recursos para urgências, surge o princípio da reserva do possível, que vai diretamente de encontro com o princípio do mínimo legal, conforme se verá adiante.

2.3 O embate entre o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível

A dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da Constituição Federal representa o valor constitucional supremo, o epicentro de todo o ordenamento jurídico em torno do qual gravitam as demais normas. Este valor é garantido por determinados direitos, como os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os próprios direitos sociais.

Como já mencionado, o direito à saúde e sua efetivação estão ligados ao princípio do mínimo existencial, pelo qual o Estado tem o dever de assegurar à população um núcleo mínimo de direitos essenciais para garantir uma vida digna. Contudo, em razão da escassez de recursos estatais, a atuação do Estado é também regida pelo princípio da reserva do possível, pelo qual a atuação estatal limita-se diante da indisponibilidade de recursos financeiros para atender e efetivar os direitos fundamentais sociais. A partir de então, surge o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

O princípio do mínimo existencial está intimamente ligado ao conceito de dignidade humana, assim compreendido por Ingo Sarlet:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”²⁴

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) atribuindo a ele um valor constitucional supremo, em torno do qual estão as demais normas. Esse valor constitucional supremo se dá pela garantia de diversos direitos, tais como os fundamentais, os sociais e os da personalidade.

Dentre esses direitos, os direitos fundamentais (art. 5º da CF) e os direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC) são aqueles que impõem ao Estado obrigações de não fazer. Por outro lado, os direitos sociais, previstos pelo art. 6º da CF, destacam-se por exigirem do Estado a realização de prestações materiais positivas. Contudo, a corrente majoritária doutrinária e jurisprudencial entende que nem todos os direitos sociais dispostos pelo art. 6º da CF estão abrangidos pelo conceito de direitos mínimos que propiciam uma vida digna.

Nesse sentido, o direito à saúde, à educação e à alimentação são tidos como os três pilares que sustentam o conceito de mínimo existencial. Desse modo, a inefetividade de qualquer desses direitos traduz-se na ofensa ao princípio da dignidade humana, uma vez que esses direitos sociais apresentam certo grau de fundamentalidade apto a gerar direitos subjetivos aos seus titulares, conforme a teoria do mínimo existencial.

Contudo, a contrário senso do que se imagina, a referida dimensão positiva dos direitos sociais servem como embasamento desfavorável à judicialização, ao se interpretar que o art. 6º da CF trata-se de uma norma programática, possuindo, portanto, alta densidade semântica e baixa efetividade social e jurídica, limitando-se a estabelecer planos e diretrizes a serem implementados pelo Estado para efetivação desses direitos. Nesse sentido, o Ministro

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes afirma:

“A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível”.²⁵

Em contrapartida, temos o princípio da reserva do possível, que limita a atuação do Estado em efetivar o direito à saúde de acordo com suas possibilidades orçamentárias. Em outras palavras, pelo princípio da reserva do possível o Estado só pode ser compelido a prestar determinada ação ou serviço em benefício de alguém se isso não onerar os cofres públicos de maneira que inviabilize a prestação da ação ou serviço a outras pessoas, nem comprometa a implementação de políticas públicas em outras áreas sociais.

Em discordância ao que rege esse princípio, há uma corrente doutrinária que entende que, por ter sido criado pelo Direito alemão, não pode ser aplicado pelo Direito brasileiro em razão da discrepância entre as realidades sociais desses países. Um representante desse entendimento é Andréas Krell, que assim afirma:

“(...) o princípio da reserva do possível consiste em uma falácia, decorrente de um Direito Constitucional comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Européia”²⁶

Especificamente a respeito da aplicação do princípio da reserva do possível quanto ao direito à saúde, o autor assim entende:

25 MENDES, Ministro Gilmar. STA 175-CE, em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 21/06/2017.

26 KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53-54.

“Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’”²⁷

Diante do embate entre o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, resta buscar uma solução através do critério da ponderação, que deverá ser feito nos moldes de cada caso concreto, utilizando-se o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes observa que:

“(…) ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.”²⁸

Por sua vez, Ingo Sarlet assim se manifestou acerca do conflito desses princípios em relação ao direito à saúde:

“Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos (...) em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de

²⁷ Ibidem, p. 53.

²⁸ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. Suspensão da Tutela Antecipada – STA 238-TO. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137607/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-238-to-stf>>. Acesso em: 21/06/2017.

um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento."²⁹

Assim, resta claro que a ponderação de interesses, considerando as peculiaridades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário nos casos de omissão do Estado em efetivar o direito à saúde, de modo que, quando constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

2.4 Da ineficiência do acesso às ações e serviços de saúde

Conforme já tratado anteriormente, o art. 23 da CF incumbe aos entes federativos (União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) a promoção e preservação da saúde. Por sua vez, o art. 30, inciso VII, da Carta Magna, estabelece que os serviços de atendimento à saúde deve ser prestado pelos Municípios, através do auxílio técnico e financeiro da União e do Estado. Nesse sentido, o texto constitucional prevê solidariedade e cooperação entre os entes federativos, uma vez que devem reunir esforços para efetivar o acesso da população a ações e serviços de saúde.

Entretanto, embora o texto assegure o acesso à saúde, a realidade demonstra o *déficit* existente na efetivação do direito à saúde, conforme jornais, revistas e noticiários apresentam diariamente notícias sobre a precariedade dos serviços de saúde. A título de exemplo, notícia veiculada em 04 de dezembro de 2016 relata sobre a crise enfrentada pelo Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia, que possui de uma dívida de cerca de R\$50 milhões, além de contar com equipamentos quebrados e atendimento restrito no pronto-socorro, uma vez que 130 leitos (25% do total) estão fechados.³⁰

O crise da saúde pública no Brasil não para por aí. Nesse contexto, vislumbra-se o caos da saúde, em que pacientes vieram a óbito após o SUS ter negado a promoção de tratamentos de saúde, mesmo após deferimento de liminar judicial que determinava a

29 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, Eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 13.

30 HENRIQUES, Renato. Hospital de Clínicas da UFU está com 25% dos leitos fechados. Correio de Uberlândia. Uberlândia. 04 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/hospital-de-clinicas-da-ufu-esta-com-25-dos-leitos-fechados/>>. Acesso em: 20 /06/2017.

realização dos tratamentos, conforme notícia também veiculada dia 04 de dezembro de 2016.³¹

Notadamente, a tentativa de solucionar a precariedade da saúde pública através do aumento de recursos financeiros parece excelente, visto que a gestão pública conta com um grande *déficit* nesse aspecto, considerando que os recursos destinados para tanto não são revertidos integralmente em favor dos usuários do SUS. Vale apontar que, geralmente, o administrador público está vinculado a questões político-partidárias, de modo que não se vale de uma visão puramente técnica sobre a gestão desses recursos.

Ainda, ressalta-se que o sistema de saúde pública, em geral, é utilizado pela parcela da população que é desprovida de recursos para tanto; ou seja, as classes média e alta não costumam depender da saúde pública. Destaca-se aqui que grande parte dos governantes do país enquadram-se nessa parcela, de modo que desconhecem na prática a precariedade da saúde pública, restando prejudicada sua visão e investimento nessa área.

Nesse sentido, Germano Schwartz defende que “a saúde não pode estar condicionada a discursos vagos, promessas políticas e ideologias cambaleantes”. Afirma ainda que a saúde “não pode ser colocada em segundo plano por distorções ideológicas que têm como grande objetivo disfarçar os reais e egoísticos interesses implícitos”.³²

Assim, em razão de o Estado se mostrar falho enquanto responsável por efetivar o direito à saúde, o Poder Judiciário passou a atuar de forma a tentar suprir essa carência e garantir o acesso dos cidadãos à saúde, assegurando a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Surge então o fenômeno chamado “judicialização da saúde”.

31 HENRIQUES, Renato. Promotora investiga morte de 50 pacientes em Uberlândia. Correio de Uberlândia. Uberlândia. 04 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/hospital-de-clinicas-da-ufu-esta-com-25-dos-leitos-fechados/>>. Acesso em: 20/06/2017.

32 SCHWARTZ, Germano A. D. Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

III – O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, SEUS DESDOBRAMENTOS E INADEQUAÇÕES

3.1 A judicialização da saúde

Através da análise dos dispositivos constitucionais acima contemplados, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu rol uma gama de artigos que tratam do direito à saúde, demonstrando uma preocupação inovadora em relação a esse direito quando comparada às demais Constituições brasileiras. Contudo, sabe-se que esse direito fundamental não tem sido efetivado plenamente, considerando o caos da saúde pública e a escassez de recursos.

Em virtude de muitos cidadãos não conseguirem atendimentos, exames, tratamentos, cirurgias e medicamentos através do SUS, alguns deles propõe ações judiciais na tentativa de obrigarem o Estado a fornecê-los, baseando-se no caráter de direito fundamental atribuído ao direito à saúde. Nesse sentido, surgem inúmeras demandas judiciais cujos objetos são semelhantes e privilegiam determinados pacientes, quais sejam os autores das ações judiciais.

Conforme já explicitado, a saúde é direito fundamental essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana, mas isso é suficiente para compelir entes federativos a providenciarem o tratamento necessário a alguém a qualquer custo? Seria justo garantir o tratamento dessa pessoa, que é bastante oneroso, e consequentemente prejudicar o tratamento de tantas outras em razão do gasto de recursos? São questões como essas que aparecem diante de juízes competentes para decidir ações judiciais dessa natureza; e claramente essa problemática não é de fácil solução.

Ora, a falta de efetivação do direito à saúde por parte do Estado não se dá por má-fé ou porque o Estado não quer atender determinada pessoa, mas sim pela falta de recursos e estrutura que o possibilite fazê-lo. Afinal, não cabe ao Estado a escolha de fornecer ou não ações e serviços relativos à saúde; uma vez que é direito fundamental do cidadão ter o acesso à saúde efetivado pelo Estado, é dever deste fazê-lo.

A real causa desse problema é a escassez de recursos destinados à saúde pública, o que se desdobra na falta de medicamentos para serem fornecidos gratuitamente, na falta de leitos

médicos, na falta de materiais e insumos médicos, na precariedade da estrutura física dos hospitais e das unidades de atendimento, na má remuneração dos profissionais da saúde, entre diversos outros fatores.

Diante de tantos problemas que atingem a saúde pública, fica claro que a falta de efetividade do direito à saúde pelo Estado é um problema bastante difícil de ser solucionado. Talvez por essa dificuldade de se encontrar uma solução, e pela urgência que se tem em ter esse direito efetivado, uma vez que a ausência da saúde pode levar à morte, recorrer ao Judiciário como um Poder com força determinante sobre alguém parece uma boa e rápida solução, motivo pelo qual as demandas judiciais vêm crescendo estrondosamente. Mas seria essa a melhor solução? Pode o Judiciário interferir na competência do Legislativo e do Executivo? É o que se verá adiante.

3.2 A vedação da atuação do juiz como legislador positivo

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o princípio da separação dos poderes, vejamos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o Judiciário”³³. Nesse sentido, a cada Poder são atribuídas diversas competências constitucionais determinantes, sendo vedado que outro Poder atue sobre competências que não lhe foram atribuídas, o que garante a autonomia de cada um dos Três Poderes. Basicamente, cabe ao Poder Legislativo a elaboração de leis, ao Poder Executivo a administração, e ao Judiciário o julgamento.

Nessa linha, o princípio constitucional da reserva da lei formal limita o exercício da atividade jurisdicional do Estado; ou seja, a reserva da lei formal constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, uma vez que proíbe intervenções normativas nas matérias a ela sujeitas por parte de qualquer órgão estatal não-legislativo. Essa cláusula constitucional reforça a submissão da atividade jurisdicional e da atividade administrativa à atividade legislativa. Assim, o Poder Judiciário não pode atuar de forma anômala na condição de legislador positivo, pois estaria transgredindo o princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, a Constituição, além de declarar a independência e a harmonia entre os Três Poderes, também previu a possibilidade de o Poder Judiciário intervir sobre outro Poder

33 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

numa forma de controle de freios e contrapesos. Nesse sentido, quando a atividade legislativa ou a atividade administrativa, por ação ou omissão, infringirem ou ameaçarem direitos e garantias fundamentais, pode o Judiciário exercer o controle jurisdicional a fim de efetivá-los.

Assim, o Poder Judiciário exerceria mero controle de legalidade sobre a Administração Pública, não lhe sendo cabível o poder de controlar a atividade de decisão de mérito do ato administrativo.

3.3 A autonomia do Poder Executivo e o respeito às políticas públicas

Como já mencionado no tópico acima, a Constituição Federal de 1988 prevê a existência de independência e harmonia entre os Três Poderes. Nesse sentido, a independência dos Poderes pressupõe, em suma, que cada um deles é livre para organizar e executar suas atribuições da maneira que lhes for conveniente, não havendo necessidade de anuência dos outros Poderes para tanto. No que tange à harmonia, entende-se que os Poderes devem se tratar entre si de forma cortês, respeitando as prerrogativas de suas respectivas funções.³⁴

Nessa linha, vale lembrar que cabe ao Poder Legislativo a edição das leis, que são regras gerais, abstratas e impessoais; ao Poder Executivo cabe executar as ações governamentais e administrativas; e, por fim, ao Poder Judiciário, cabe a atividade jurisdicional consistente em aplicar as leis a casos concretos, visando dirimir conflitos de interesses levados a julgamento.

Considerando as atribuições conferidas a cada um dos Três Poderes, verifica-se que cabe ao Poder Executivo administrar o orçamento disponível destinado à efetivação da saúde, e de outras políticas públicas. Dessa forma, quando o Poder Judiciário ordena que o Executivo cumpra as decisões que deferiram os pedidos judiciais de promoção de alguma ação ou serviço de saúde, há uma afronta direta à separação dos poderes, considerada princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Uma vez que o Judiciário não tem competência para criar ou destinar novos recursos financeiros para arcar com esses pedidos deferidos, sua atuação nessa área provoca uma desestabilização nas políticas públicas já existentes.

³⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito Constitucional positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

A respeito da separação dos poderes e da atuação do Judiciário, Antônio José Avelãs Nunes assim observa:

E como os recursos financeiros ao dispor do Estado são sempre escassos para satisfazer plenamente todos os direitos de todos, é necessário escolher qual parte desses recursos que se destina a cobrir as despesas decorrentes da satisfação dos direitos, liberdades e garantias e a qual parte vai cobrir as despesas para tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. E esta é uma escolha política [...].³⁵

Assim, não é cabível ao Judiciário o exercício das “escolhas políticas” sobre a elaboração e implementação de políticas públicas na área da saúde, em razão desse Poder não ter competência formal, tampouco competência técnica para tanto.

Ainda, vale ressaltar que a interferência do Poder Judiciário em assuntos que competem aos outros dois Poderes afeta a soberania popular. Isso porque a escolha de implementação de políticas públicas parte da premissa do sufrágio universal, visto que é a própria população que confere poder ao Executivo para elaborar e executar as políticas públicas de saúde, de modo que o Judiciário não pode usurpar tal prerrogativa.

Nesse sentido, o Poder Judiciário está apto apenas para garantir o cumprimento das políticas públicas já implementadas; em outras palavras, a intervenção judicial só é adequada quando determinada ação ou serviço de saúde implementado pelo SUS não é efetivado de modo universal, igualitário e integral, por determinado motivo.

Contudo, as demandas judiciais que buscam ações ou serviços de saúde nem sempre têm objetos contemplados pelas políticas públicas implementadas pelo Executivo, principalmente no que tange aos pedidos de fornecimento de medicamentos. Isso porque muitas vezes o objeto da demanda é determinado medicamento novo no mercado, cuja eficácia pode nem ter sido comprovada ainda pelos órgãos competentes. Nesses casos, a determinação judicial de que o Estado forneça aquele medicamento pleiteado acarreta no desperdício dos já escassos recursos orçamentários, ainda mais se houver outro medicamento cuja eficácia já foi comprovada, cujo custo é menor e que é contemplado pela lista de medicamentos fornecidos pelo SUS. Aqui, verifica-se ainda a interferência da indústria farmacêutica em parceria com os médicos que indicam esses remédios inovadores,

35 NUNES, Antônio José Avelãs; SACFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

desvirtuamento esse que vem causando preocupações, conforme abordado pelo ex-secretário da saúde do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Roberto Barradas Barata:

Nos últimos anos, o avanço da indústria farmacêutica tem sido notório. Entretanto, muitos produtos recém-lançados possuem, em maior ou menor grau, eficácia similar à de remédios já conhecidos, disponíveis no mercado e inclusos na lista de distribuição da rede pública de saúde. No entanto, os novos remédios custam muito mais que os atualmente padronizados pelo SUS. Outros produtos, comercializados fora do Brasil ou ainda em fase de testes, não possuem registro no país e não devem ser distribuídos pelo SUS, pois podem pôr em risco a saúde de quem os consumir. São justamente esses medicamentos que o Estado mais vem sendo obrigado a fornecer por pedidos na Justiça.³⁶

Ainda sobre a determinação de fornecimento de medicamentos não contemplados pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, responsável pelos medicamentos de dispensação excepcional, vale ressaltar que os processos de aquisição quase sempre dispensam licitação, o que eleva ainda mais seu custo. Inclusive, há infringência aos princípios da administração pública, uma vez que na dispensa de licitação não são observados os princípios da legalidade e da eficiência.

Em complemento, Marin, afirma:

A utilização das escassas verbas existentes no atendimento de pedidos especiais coloca em risco a saúde de toda comunidade, resultando em dano ao programa global de assistência do Sistema, podendo gerar resultados catastróficos à população carente, porquanto esta também tem necessidade de medicamentos e assistência em geral, que serão diminuídos com a destinação de recursos a situações particularizadas.³⁷

Assim, verifica-se que o princípio da separação dos poderes não pode ser infringido pela intervenção do Poder Judiciário, já que os resultados por ele pretendidos podem ser opostos daqueles que a macrojustiça necessita.

3.4 Da violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia

³⁶ Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>> Acesso em: 17/06/2017,

³⁷ MARIN, Jeferson. **O fornecimento de medicamentos e serviços de saúde: a limitação da responsabilidade do estado e as estratégias de defesa dos municípios**. São Paulo: IEM - Instituto de Estudos Municipais, 2010

As demandas judiciais que pleiteiam ações ou serviços de saúde também acabam desconsiderando as Centrais de Regulação Assistencial e a Programação Pactuada Integrada (PPI) geralmente instituídas pelos Estados e Municípios.

Destaca-se que as Centrais de Regulação Assistencial são estruturas operacionais interpostas entre o conjunto de demanda por determinada atenção e as ofertas disponíveis. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, foi criado o “SUSfácil”, que é um software de regulação regional criado para garantir a rapidez e confiabilidade das atividades de regulação dos serviços de saúde no Estado. Seu objetivo é agilizar a troca de informações de regulação entre as unidades administrativas e executivas do sistema de saúde, visando, acima de tudo, a melhoria do acesso da população a esses serviços. Para o funcionamento dessa Central Estadual de Regulação Assistencial, há atuação de diversas unidades operacionais, sendo que a Secretaria Estadual de Saúde encontra-se em nível central, atuando em conjunto com as Secretarias Municipais de Saúde, além de estabelecimentos de saúde hospitalar e ambulatorial. Nesse caso, o controle de leitos é feito conjuntamente entre a Central de Regulação e os estabelecimentos de saúde.

Em geral, através de ação hierarquizada e resolutive do conjunto de Centrais de Regulação Assistencial (microrregional e macrorregional), o cadastro nessas Centrais torna possível regular as internações da população referenciada de um município para outro, tendo como meta que possibilitar o atendimento e registro de todas as internações necessárias.

Por sua vez, a Programação Pactuada Integrada (PPI) consiste em um instrumento desenvolvido pelo SUS para dinamizar a sistemática da assistência à saúde, visando cumprir o preceito constitucional que assegura a todos o acesso irrestrito aos serviços de saúde em todos os níveis de abrangência.

Assim, a Programação Pactuada Integrada tem como escopo garantir à população a cobertura dos serviços de média e alta complexidade disponíveis ou não em seu município de residência, devendo orientar a alocação de recursos e a definição de limites financeiros para todos os municípios do ente federativo.

A Programação Pactuada Integrada norteia a alocação de recursos federais da assistência entre municípios pelo gestor estadual, resultando na definição de limites financeiros claros para todos os municípios do Estado, independente da sua condição de habilitação (Gestão Plena do Sistema Municipal ou não).

O limite financeiro da assistência por município é definido como limite máximo de recursos federais que poderá ser gasto com o conjunto de serviços existentes em cada território municipal, sendo composto por duas parcelas separadas: recursos destinados ao atendimento da população própria e recursos destinados ao atendimento da população referenciada de acordo com as negociações expressas na Programação Pactuada Integrada. Os referidos limites financeiros são definidos globalmente em cada Estado a partir da aplicação de critérios e parâmetros de programação ambulatorial e hospitalar, respeitado o limite financeiro estadual, bem como da definição de referências intermunicipais na PPI.

Contudo, é fato público e notório que a realização de qualquer atendimento através do SUS deve obedecer à lista de espera previamente fixada, que estabelece a ordem em que os pacientes serão atendidos, levando em conta critérios que visam o acesso universal e igualitário das ações e serviços públicos de saúde.

Por essa razão, não é difícil concluir que o acolhimento de demandas judiciais individuais ocasionará a quebra do princípio da isonomia entre os usuários do SUS. A título de ilustração, vale explicar: se a parte autora aguardava, à época do ajuizamento da ação, a liberação de sua vaga no SUS, trazê-la para o início da lista exclusivamente por força de decisão judicial significará tratar desigualmente pessoas que se encontram em igual situação, isto é, aguardando a sua vez na lista de espera.

Como já mencionado, a elaboração dessa lista de espera compete exclusivamente à Administração Pública, que reúne melhores condições de estabelecer as prioridades no atendimento dos pacientes. Portanto, não compete ao Poder Judiciário interferir nessa seara, desconsiderando as políticas públicas existentes e as limitações orçamentárias simplesmente por qualificar as pretensões judiciais como “direito à saúde”, sob pena de malferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

Sendo assim, a atuação do Poder Judiciário sobre essas demandas que pleiteiam ações ou serviços de saúde acabam por cancelar o verdadeiro caos no serviço público de saúde, bastando imaginar o que ocorreria se os pacientes que aguardam cirurgias, respeitando a fila de espera instituída pelo SUS, resolvessem ingressar na Justiça pretendendo passar na frente dos demais... Em razão disso, o julgador jamais poderá se olvidar dos efeitos nocivos que eventual realização da microjustiça, nos casos de demandas judiciais individuais, como costuma ser, ocasionará em toda a sociedade, prejudicando excessivamente a macrojustiça.

3.5 A escassez de recursos

Acerca do fenômeno da judicialização da saúde, é imprescindível analisar a escassez de recursos destinados às políticas públicas dessa área.

Sabe-se que os recursos destinados à saúde são insuficientes para promovê-la de forma universal e integral, já que as demandas são infinitas e os recursos não. Como se isso não bastasse, o cumprimento das demandas judiciais acaba por sobrecarregar ainda mais dispêndio de verbas públicas destinadas a esse fim, já que provoca a promoção de ações e serviços de saúde de forma indiscriminada. Nesse sentido, não parece justo retirar os poucos recursos destinados à saúde pública (enquanto direito universal) e redestiná-los à satisfação de demandas individuais.

Ainda, da mesma maneira ressalta-se que não seria correto retirar recursos destinados à efetivação de outros direitos, tais como o direito à educação, à segurança, etc., e transferi-los à saúde pública. Afinal, ações assim não solucionariam o problema, mas sim trocariam uma omissão por outra, apenas “mudando o problema de lugar”.

Nesse aspecto, Ingo Sarlet afirma que:

“[...] negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de - qual toque de Midas - gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa de certa forma, fechar os olhos para o limite do real.”³⁸

Dessa forma, as decisões judiciais não podem impor gastos que extrapolem as possibilidades econômicas do Estado, devendo existir uma compatibilização do Direito com as possibilidades econômicas, como defende Gustavo Amaral:

Pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as consequências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá, mas também acarretará desequilíbrio entre

38 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., pág. 347. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011.

as pretensões para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias e, ainda, com anseios difusos, dirigidos para um estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas.³⁹

Ademais, destaca-se que o Judiciário, além de deferir a maioria dos pedidos de ações e serviços de saúde desconsiderando o princípio da reserva do possível e a capacidade do Erário, também impõe multa em caso de descumprimento do Estado em promover o acesso à saúde ao demandante. Nesse aspecto, ressalta-se que o acesso à saúde não foi efetivado justamente pela falta de estrutura e recursos. Assim, a aplicação de multa só agrava a situação financeira, dificultando ainda mais a promoção de ações e serviços de saúde por meio dos entes federativos, gerando portanto um círculo vicioso.

Nesse aspecto, ressalta-se ainda que os entes federativos são pessoas jurídicas públicas, de modo que não têm vontade livre, estando sua atuação regulada por lei. Ainda, por se tratarem de pessoas abstratas, não são os entes federativos quem sofrerá com a penalidade e o dispêndio de recursos, mas sim a própria coletividade.

Dessa forma, as decisões judiciais positivas e a aplicação de eventuais multas em caso de descumprimento acabam por drenar os recursos da área da saúde em benefício de causas específicas, prejudicando toda a coletividade e mostrando-se, portanto, inadequada.

3.6 O descrédito do Judiciário em razão do não cumprimento de suas decisões

Conforme já mencionado, muitas vezes o Executivo se vê impossibilitado para cumprir as decisões judiciais que o condenam a promover determinada ação ou serviço de saúde, principalmente pela falta de estrutura e recursos. Dessa forma, os demandantes são contemplados com decisões positivas quanto a seus pedidos, contudo continuam diante da inefetividade do direito à saúde.

Nesse sentido, verifica-se que grande parte da população, leiga sobre o assunto e ignorante quanto à complexidade do tema, acaba entendendo que a decisão judicial não possui tanta força quanto deveria, já que não foi cumprida. Isso leva ao descrédito do Judiciário, que além de moroso, não parece mais resolver os conflitos existentes, aos olhos da população

³⁹ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 117

leiga, quando, na verdade, a decisão judicial tem o mesmo valor e força de sempre, faltando de fato a capacidade do ente condenado para cumprir a decisão.

Ainda, como agravante do descrédito do Judiciário, a mídia irresponsável acaba por veicular reportagens tendenciosas e sensacionalistas, afirmando que “mesmo com decisão judicial, determinado paciente não conseguiu determinado tratamento”, dando a entender que os hospitais e unidades de atendimento simplesmente ignoram a decisão judicial, como se essa fosse uma declaração qualquer⁴⁰.

3.7 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Uma outra causa da judicialização excessiva do direito à saúde é a falta de parâmetros nos quais os magistrados podem se basear para dar suas decisões; dessa forma, as decisões judiciais ocorrem indiscriminadamente, havendo deferimento quase sempre em razão apenas da saúde ser um direito fundamental.

Partindo da ideia da necessidade de se estabelecer parâmetros a serem seguidos nesse tipo de demanda judicial, o Supremo Tribunal Federal realizou uma Audiência Pública entre abril e maio de 2009, convocada pelo Presidente à época, Ministro Gilmar Mendes. Nessa audiência foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, médicos, técnicos de saúde, professores e usuários do SUS.⁴¹

Embora essa Audiência tenha sido de grande valia para melhor conhecimento das questões atinentes à judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu exatamente parâmetros sobre o tema.

Contudo, em 19 de maio de 2016, houve a fixação desses parâmetros através do julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501. Em seu julgamento, o Supremo suspendeu os efeitos da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da *fosfoetanolamina sintética*, também conhecida como “pílula do câncer”, para pacientes

40ENFERMEIRA com endometriose busca tratamento e denuncia hospitais. Uberlândia: Tv Paranaíba, 2016. P&B. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/balanco-geral/videos/-enfermeira-com-endometriose-busca-tratamento-e-denuncia-hospitais-24042017>>. Acesso em: 29/06/2017.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 29/06/2017.

diagnosticados com neoplasia maligna. Os fundamentos utilizados pela Corte na decisão acabaram por alterar o panorama da judicialização, fixando os parâmetros abaixo.⁴²

Inicialmente, é necessário averiguar se há alguma política pública que forneça a ação ou serviço de saúde pleiteado. Em caso positivo, o Judiciário só poderá intervir em casos de omissões do Executivo ou quando a prestação for ineficiente. Em caso negativo, deve-se verificar se a prestação de saúde requerida está contida nos protocolos do SUS. Em caso negativo, passa-se à observação dos demais parâmetros.

Nas hipóteses em que o objeto da demanda tratar-se de qualquer medicamento ou outra tecnologia destituído de segurança comprovada, seu fornecimento judicial não será possível. Nesse sentido, o próprio STF afirmou que

ao dever de fornecer medicamento à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias”.⁴³

Nesse mesmo sentido, deve-se investigar de forma exauriente as melhores práticas de evidência científica, tendo a Corte justificado que “a busca pela cura de enfermidade não pode se desvincular do correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico”.⁴⁴

Outro importante parâmetro estabelecido é a necessidade de análise e aprovação das tecnologias pleiteadas pelos órgãos sanitários de controle, tais como a Anvisa. Nesse sentido, o Supremo afirmou que não pode haver distribuição de remédio “sem controle prévio de viabilidade sanitária”, alegando que

a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais (Lei 6.360/1976, art. 12). O registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida.⁴⁵

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm#Distribuição> de medicamento e necessidade de registro sanitário. Acesso em: 29/06/2017.

43 Idem.

44 Idem.

45 Idem.

O Supremo estabeleceu ainda que, além de comprovada a segurança da tecnologia pleiteada, deve ser comprovada sua eficácia e qualidade terapêutica a fim de resguardar a efetividade do direito à saúde em sua totalidade, como previsto pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988.⁴⁶

Nesse sentido, para assegurar a segurança, eficácia e qualidade da tecnologia a ser concedida, é indispensável a análise de estudos clínicos que demonstrem tais aspetos, sendo, conforme a Corte,

temerária a liberação da substância em discussão [a *fosfoetanolamina sintética*] sem os estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade do medicamento para o bem-estar do organismo humano.⁴⁷

Por fim, houve a fixação de outro parâmetro, qual seja a proibição de estabelecimento de normas casuísticas por parte do Poder Legislativo sem a participação e autorização dos órgãos do Poder Executivo da área, tais como o Ministério da Saúde e a Anvisa. O STF assim justificou:

O Tribunal vislumbrou, na publicação do diploma impugnado, ofensa à separação de Poderes. Ocorre que incumbe ao Estado, de modo geral, o dever de zelar pela saúde da população. Entretanto, fora criado órgão técnico, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde (Anvisa), à qual incumbe o dever de autorizar e controlar a distribuição de substâncias químicas segundo protocolos cientificamente validados. A atividade fiscalizatória (CF, art. 174) é realizada mediante atos administrativos concretos devidamente precedidos de estudos técnicos. Não cabe ao Congresso, portanto, viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento.⁴⁸

Destaca-se que os parâmetros fixados através dos fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal têm força e eficácia vinculante sobre os magistrados e tribunais brasileiros, uma vez que configuram *ratio decidendi*, conforme o artigo 11, §1º, da Lei 9.868/99.

46 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

47 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm#Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm#Distribuição%20de%20medicamento%20e%20necessidade%20de%20registro%20sanitário). Acesso em: 29/06/2017.

48 Idem.

Embora estejamos longe da solução para a judicialização da saúde, verifica-se que a fixação desses parâmetros inaugura uma nova fase no enfrentamento desse fenômeno, já que aborda e resolve importantes questões, vedando o fornecimento de medicamentos e outras tecnologias experimentais, sem registro na Anvisa ou destituídos das melhores práticas de evidência científica, o que era entendido de forma diferente outrora.

Seguindo essa linha, espera-se, portanto, que o Supremo, ainda que aos poucos, continue estabelecendo parâmetros e racionalizando essas demandas judiciais, buscando sempre resguardar o núcleo essencial do direito à saúde.

IV – POSSÍVEIS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Através da análise dos pontos acima tratados, verifica-se que o problema da saúde pública no Brasil é estrutural e bastante complexo; em outras palavras, a saúde pública se vê diante de uma crise generalizada, sendo praticamente impossível apresentar qualquer solução imediata que propiciará o acesso à saúde de forma universal e integral.

Contudo, a adoção de algumas medidas para conter a judicialização da saúde excessiva parece um bom começo para restaurar a saúde pública no país. Nesse sentido, há necessidade de propor medidas que diminuam essas demandas judiciais e seus custos, sem prejudicar a efetividade do direito à saúde à população, racionalizando essa interferência do Judiciário e buscando não prejudicar ainda mais o erário e a coletividade, nem sobrecarregar os Poderes, em especial o Judiciário e o Executivo.

Um exemplo dessas medidas é a fixação de parâmetros a serem seguidos pelos magistrados e tribunais nas decisões nessas demandas judiciais, como fez o STF, conforme mencionado acima, uniformizando o entendimento do ordenamento jurídico em relação a determinados pontos da judicialização da saúde.

Resumidamente, seguem algumas medidas que podem ajudar nessa problemática.

4.1 Obediência aos regramentos do SUS

A Lei n. 8.080/90 (LOS) foi criada para estabelecer o alcance das ações e serviços de saúde previstos na Constituição Federal de 1988 por parte do Executivo. Para tanto, são fixadas diretrizes acerca da promoção da saúde à população, que por óbvio devem ser seguidas sob pena de prejudicar o bom funcionamento do SUS. Dessa forma, inclusive, um dos regramentos para obter qualquer prestação por meio do SUS é a submissão do usuário às regras do Sistema, já que a desconsideração desses regramentos significaria a desconsideração do SUS e de sua estrutura funcional como um todo. Nessa linha, Lenir Santos afirma que

“mesmo quando o cidadão opta pelo sistema privado, também fica sujeito aos seus regramentos, do mesmo modo que dele poderá entrar e sair quando quiser. (...) Ou se

adentra ao SUS e submete-se aos seus parâmetros técnicos, científicos, administrativos; ou se opta pelos serviços privados”.⁴⁹

Dessa forma, a simples observação das diretrizes do SUS reduziriam significativamente o número dessas demandas judiciais, já que um dos principais motivos que as origina é a negativa do Executivo em fornecer determinada ação ou serviço de saúde em razão da falta de previsão para tanto. Inclusive, ressalta-se que a procedência desses pedidos onera demasiadamente o erário.

Ora, uma vez que o Executivo é responsável por implementar políticas públicas de saúde, e considerando a autonomia e separação dos Poderes, não cabe ao Judiciário interferir nas diretrizes estabelecidas por essas políticas e determinar que ações ou serviços de saúde sejam nelas incluídas através da procedência dos pedidos. A título ilustrativo, não pode, por exemplo, o Judiciário determinar que o Executivo forneça determinado medicamento de determinada marca, se já existe outro fornecido pelo SUS com eficácia semelhante. Da mesma forma, não pode o Judiciário determinar que o Executivo forneça medicamento ou tratamento experimental, sem autorização da Anvisa, visto que há expressa proibição para tanto (art. 19 da Lei n. 12.401).

Assim, conclui-se que a observância dos regramentos do SUS deve ocorrer sempre, salvo em casos específicos nos quais há clara lesão ao acesso à saúde, devendo aqui ser considerada a segurança e eficácia da ação ou serviço pleiteada.

4.2 Adoção de razoabilidade e proporcionalidade nas decisões

O caráter de urgência atribuído às demandas judiciais cujo objeto são ações e serviços de saúde tornam essas demandas ainda mais onerosas. Isso porque a urgência dispensa a licitação, de modo que o Executivo é compelido a fornecer medicamentos, por exemplo, ao preço cobrado pela primeira empresa que for contatada e o dispuser. Nesse aspecto, é necessário verificar cada caso para averiguar a real existência de urgência do pedido, pois em caso de ausência da urgência, deve ser disponibilizado prazo razoável e suficiente para a realização de pregão e posterior compra do medicamento, o que por si só já reduziria bastante

49 SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade de assistência à saúde. IDISA – Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Campinas, jul. 2006. Disponível em <http://www.idisa.org.br>. Acesso em 26/06/2017.

os custos com essas demandas.

Ademais, acerca do exíguo prazo de cumprimento dessas decisões judiciais, ressaltando que há casos em que a demanda deve ser cumprida em 24 (vinte e quatro) horas sob pena de multa diária, ressalta-se que os magistrados devem adotar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Afinal, o cumprimento de demandas de saúde como essas num prazo de 24 horas é praticamente impossível, o que consequentemente acarretaria na aplicação da multa, o que prejudicaria ainda mais a coletividade, em razão do excessivo gasto de recursos.

Ainda, no que tange à proporcionalidade das decisões judiciais em relação ao orçamento público, destaca-se que, embora a responsabilidade dos entes federativos seja solidária, deve-se considerar a extensão do orçamento de cada ente ao determinar que ele cumpra determinada decisão. Em outras palavras, esclarece-se que o orçamento dos Municípios é menor que o dos Estados e que o da União; assim, os municípios são muito mais afetados financeiramente com essas obrigações. Nesse sentido, Cristiane Segatto faz uma ilustração:

“Nos pequenos municípios, as decisões podem ser arrasadoras. É o caso de Buritama, uma cidade de 15 mil habitantes no interior de São Paulo. O orçamento do município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. No ano passado, mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único paciente pediu na Justiça – e ganhou – uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson. Preço: R\$ 108 mil”.⁵⁰

Em razão da diferença de previsão orçamentária entre os entes federativos, a fim de que um não seja mais prejudicado que os outros pela desproporcionalidade das decisões, seria interessante que os entes pudessem cobrar dos demais entes codevedores suas quotas respectivas, havendo portanto uma divisão dos custos de modo mais proporcional e equitativo, na forma prevista pelo art. 283 do Código Civil⁵¹.

4.3 A preferência por ações coletivas em detrimento das individuais

50 SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. Época, 16 mar. 12. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em 21/06/2017. p. 01.

51 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27/06/2017.

Considerando que o direito à saúde é universal, as demandas judiciais coletivas devem prevalecer sobre as individuais. Além da vantagem de atingir um maior número de pessoas e efetivar de fato o direito à saúde, enquanto direito social, verifica-se que nas demandas coletivas há menor custo para o Judiciário, bem como economia de tempo e trabalho, o que ajuda também na celeridade do Judiciário.

Nesse sentido, o ajuizamento dessas demandas judiciais seria ideal se feito através de Ações Cíveis Públicas, cuja titularidade é coletiva e difusa, Mandados de Segurança Coletivos ou Mandados de Injunção Coletivo. Contudo, a melhor opção seria a Ação Civil Pública, como explica Felipe Dutra Asensi:

“A ACP é uma ação judicial que o MP pode propor ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado, e consiste num dos mais importantes instrumentos processuais de judicialização da política no Brasil. A relevância que a ACP adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro se deve a algumas razões, tais como: a) seu extenso rol de legitimados (MP, Defensoria Pública, Administração Pública direta e indireta e associações) para propor a ação no Judiciário; b) relevância na tutela de direitos difusos e coletivos (saúde, meio-ambiente, consumidor, ordem urbanística, etc).”⁵²

4.4 Atuação interdisciplinar entre o Judiciário e profissionais da saúde

As demandas judiciais ora tratadas vêm apresentando pedidos de ações e serviços de saúde cada vez mais diversos. A fim de que sejam estabelecidos critérios conforme cada caso, o que combateria a expansão desenfreada e sem critérios da judicialização da saúde, mostra-se adequada a adoção pelo Judiciário de convênios e assessorias especializadas em saúde, já que os magistrados não têm conhecimento suficiente na área da saúde.

A adoção dessa parceria do Judiciário com especialistas da área da saúde permitiria que as decisões proferidas levassem em consideração a real necessidade do fornecimento da ação ou serviço de saúde pleiteada para garantia da saúde, de modo que os pedidos excessivos e supérfluos seriam rejeitados, já que esses especialistas têm conhecimento aprofundado do tema.

52 ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis* [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>. Acesso em 28/06/2017. p. 48.

A título de exemplo, as fraldas descartáveis são comumente pedidas judicialmente; em regra, esse produto só deve ser fornecido quando se tratar de paciente idoso, conforme a Portaria GM/MS n. 3.219/2010. Contudo, as fraldas podem ser necessárias à garantia da saúde em casos de pacientes mais jovens acometidos por enfermidades urinárias ou gastrointestinais. Logo, a análise de cada caso realizada por um profissional da saúde seria bastante esclarecedora ao magistrado, que consequentemente proferiria decisão mais acertada, havendo fundamento científico para a procedência ou a denegação do pedido.

Da mesma forma ocorreria nos casos em que são pleiteados medicamentos diferentes daqueles já fornecidos pelo SUS, por exemplo. Dessa forma, a análise do profissional não só ajudaria o magistrado a dar a melhor decisão, como também conteria a expansão de *lobbies* farmacêuticos, problema aqui já mencionado.

Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) optou por criar e manter comitês estaduais de saúde e especializar comarcas com mais de uma Vara da Fazenda Pública.⁵³

Esses comitês serão formados por magistrados de primeiro e segundo graus; gestores da área da saúde e demais participantes do sistema de saúde e de Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, advogados públicos ou um representante da Ordem dos Advogados do Brasil), além de dois integrantes do conselho estadual de saúde, sendo um representante dos usuários do sistema público de saúde e outro representante dos usuários do sistema suplementar de saúde.

Esses comitês servirão para auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), que serão compostos por profissionais da saúde competentes para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências. Os magistrados que constituirão as comissões serão preferencialmente aqueles que lidam com demandas de saúde.

Caberá ainda aos tribunais a criação de sítio eletrônico que permita acesso ao banco de dados criado e mantido pelo CNJ, onde estará disponível o acesso a pareceres, notas técnicas e julgados da área da saúde.

Por fim, o CNJ determinou que, em comarcas onde houver mais de uma Vara da

53 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83333-conselho-aprova-nova-resolucao-para-reduzir-judicializacao-da-saude>> Acesso em 30/06/2017.

Fazenda Pública, deverá haver especialização de uma delas em matéria de saúde pública. O mesmo ocorrerá em tribunais que tiverem mais de uma câmara de direito público.

4.4 Maior frequência de atualização da RENAME e demais protocolos do SUS

Ainda, outra medida que auxiliaria na redução da judicialização da saúde é a atualização com maior frequência da Relação Nacional de Medicamentos e dos demais protocolos do SUS. Isso porque, como já mencionado, um dos maiores motivos que ensejam o ingresso na Justiça dessas demandas é a falta de previsão de determinados medicamentos e outras tecnologias pelos protocolos do SUS.

Nesse sentido, destaca-se que a falta de atualização frequente dessas dá abertura à discussão sobre tratamentos obsoletos, vez que surgem novos medicamentos, por exemplo, cuja eficácia tenha sido comprovada e o fornecimento se dá na forma genérica, mas que, contudo, não foi adicionado na lista da RENAME.

Assim, mesmo em casos em que o tratamento é fornecido pelo SUS, a simples existência de tratamentos mais modernos e de excelente custo-benefício dá espaço ao questionamento sobre a fragilidade e obsolescência dos protocolos do SUS, o que seria solucionado se eles fossem atualizados mais vezes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise sobre a efetivação do direito à saúde enquanto direito fundamental social e o fenômeno da judicialização da saúde não se restringe à discussão sobre a legitimidade ou falta de legitimidade do Judiciário para interferir na atuação do Executivo, proferindo decisões que condenam o Poder Público a promover ações e serviços de saúde pleiteados judicialmente.

Através de estudos sobre o tema, verifica-se que o âmago do problema é estrutural, uma vez que constatada a ineficiência estatal. Dessa forma, a atuação do Judiciário como garantidor do direito à saúde, embora não seja a melhor opção, mostra-se necessária. Contudo, a atuação do Judiciário tem sido cada vez maior com o crescimento excessivo da judicialização da saúde. Daí surge outro problema, que só agrava a situação da saúde pública do Brasil.

O aumento da crise da saúde pública em razão da judicialização da saúde excessiva se dá em virtude de as demandas muitas vezes não versarem sobre ações e serviços de saúde verdadeiramente necessários à garantia desse direito. Nesse sentido, em razão da ausência de critérios estabelecidos e da falta de conhecimento técnico na área da saúde, magistrados e tribunais comumente proferem decisões errôneas, desproporcionais e irrazoáveis.

Verifica-se, portanto, que a judicialização da saúde, assim como a crise da saúde pública, está longe de ser solucionada. Contudo, faz-se necessária a urgente adoção de medidas que busque frear esse fenômeno, bem como identificar e combater os abusos das dessas demandas judiciais.

Para tanto, o Poder Público deverá atuar a fim de proporcionar à população meios eficazes à efetivação do acesso à justiça, oferecendo ações e serviços preventivos, diagnósticos, assistência farmacêutica, clínica e hospitalar de qualidade. Como se sabe, no entanto, é necessário investimento de recursos na área da saúde para efetivação desse direito; assim, o aumento dos repasses beneficiando a área da saúde mostra-se como a melhor forma de conter e ajudar no caos da saúde pública.

Isto posto, diante da complexidade do fenômeno da judicialização da saúde e seus efeitos sobre a coletividade e o Poder Público, compreendo que, mesmo que impossível sua solução imediata, é imprescindível que o Estado se mantenha em constante busca por conter o

fenômeno, bem como por melhorar a saúde pública, uma vez que se trata de um direito fundamental social de extrema importância para a vida, literalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de; CHIORO, Arthur; ZIONI, Fabiola. Políticas públicas e organização do sistema de saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS. In: WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de (Org.). Gestão de serviços de saúde: descentralização, municipalização do SUS. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p.37.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 117.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Bra-sil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 16/05/2016.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>. Acesso em 28/06/2017. p. 48.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 17/06/2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16/05/2016.

BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias. Disponível em:

<<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em 18/06/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83333-conselho-aprova-nova-resolucao-para-reduzir-judicializacao-da-saude>> Acesso em 30/06/2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20/06/2017.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18/06/2017.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm>. Acesso em 21/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 29/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm#Distribuição> de medicamento e necessidade de registro sanitário. Acesso em: 29/06/2017.

CARMO, Wagner José Elias do. A judicialização do direito à saúde. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29028/a-judicializacao-do-direito-a-saude>>. Acesso em: 18/06/2017.

ENFERMEIRA com endometriose busca tratamento e denuncia hospitais. Uberlândia: Tv Paranaíba, 2016. P&B. Disponível em: <http://noticias.r7.com/balanco-geral/videos/-enfermeira-com-endometriose-busca-tratamento-e-denuncia-hospitais-24042017>>. Acesso em: 29/06/2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 17/06/2017.

HENRIQUES, Renato. Hospital de Clínicas da UFU está com 25% dos leitos fechados. Correio de Uberlândia. Uberlândia. 04 dez. 2016. Disponível em: <http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/hospital-de-clinicas-da-ufu-esta-com-25-dos-leitos-fechados/>>. Acesso em: 20/06/2017.

HENRIQUES, Renato. Promotoria investiga morte de 50 pacientes em Uberlândia. Correio de Uberlândia. Uberlândia. 04 dez. 2016. Disponível em: <http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/hospital-de-clinicas-da-ufu-esta-com-25-dos-leitos-fechados/>>. Acesso em: 20/06/2017.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53-54.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15657-15658-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16/05/2016.

MACHADO, Priscila Silva Ximenes. O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Responsabilidade_linear.pdf>. Acesso em: 16/05/2016.

MAMELUK, Lethícia Andrade. **Consequências da judicialização do direito à saúde.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html>>. Acesso em: 19/06/2017.

MARIN, Jeferson. **O fornecimento de medicamentos e serviços de saúde:** a limitação da responsabilidade do estado e as estratégias de defesa dos municípios. São Paulo: IEM - Instituto de Estudos Municipais, 2010.

MENDES, Ministro Gilmar. Suspensão da Tutela Antecipada – STA 238-TO. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137607/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-238-to-stf>>. Acesso em: 21/06/2017.

NUNES, Antônio José Avelãs; SACFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ou-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 17/06/2017.

SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade de assistência à saúde. IDISA – Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Campinas, jul. 2006. Disponível em <http://www.idisa.org.br>. Acesso em 26/06/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, n.1, p.194, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). Direito Sanitário. Rio de Janeiro:

Elsevier, 2012. p.42.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, Eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 13.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SARLET, Ingo Wolfgang. Op Cit., pág. 347. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011.

SCHWARTZ, Germano A. D. Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. Época, 16 mar. 12. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em 21/06/2017. p. 01.

SILVA, Flavia Martins André da. Direitos Fundamentais: Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista). Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 16/05/2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 308-309.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito Constitucional positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 20/06/2017.

SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em:

16/06/2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito fundamental à saúde: dos Direitos Humanos à Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2970>. Acesso em: 16/05/2016.

SS nº 3158 – RN, STF, Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139576/suspensao-de-seguranca-ss-3158-rn-stf>>. Acesso em: 19/06/2017.

Trecho do conceito de saúde oferecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em <<http://www.who.int/en>>. Acesso em 30/06/2017.

Trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na Suspensão da Tutela Antecipada – STA 175-CE, em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 21/06/2017.

VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira; PACHECO, Pablo Viana. A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957>. Acesso em: 16/06/2017.