

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PATRYCIA BECKER COSTA

**Limites e potencialidades da judicialização como ferramenta de
efetivação do direito à saúde no Brasil**

PORTO ALEGRE

2021

CIP - Catalogação na Publicação

Costa, Patrycia Becker
Limites e potencialidades da judicialização como
ferramenta de efetivação do direito à saúde no Brasil
/ Patrycia Becker Costa. -- 2021.
84 f.
Orientadora: Roberta Caminero Baggio.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Direito constitucional à saúde. 2.
Judicialização do Direito à Saúde. 3. Judicialização
dos Direitos Fundamentais Sociais. 4. Efetividade do
Direito à Saúde. 5. Políticas Públicas de Saúde. I.
Baggio, Roberta Caminero, orient. II. Título.

PATRYCIA BECKER COSTA

Limites e potencialidades da judicialização como ferramenta de efetivação do direito à saúde no Brasil

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Roberta Caminero Baggio

PORTO ALEGRE

2021

PATRYCIA BECKER COSTA

Limites e potencialidades da judicialização como ferramenta de efetivação do direito à saúde no Brasil

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

O trabalho foi Aprovado _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota _____.

Examinado em 12 de maio de 2021.

Prof. Dra. Roberta Caminero Baggio

Doutora
UFRGS

Mestra Thaianne Correa Cristovam

Mestra
UFRGS

Mestra Sarah Francieli Mello Weimer

Mestra
UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Lurdes e Alcides Costa, por terem me incentivado a buscar uma educação superior desde minha infância e por todo o amor e suporte que me deram durante a minha vida.

Aos meus irmãos, Cristyna, Leonardo e Marcelo por serem meus melhores amigos, me apoiarem em todos os meus projetos e sonhos e por me fazerem sorrir diariamente.

Ao meu noivo e colega de profissão Thael Peixoto, por me proporcionar uma vida cheia de amor, leveza e doçura, pelo suporte durante a confecção deste trabalho e pela ajuda com a formatação. Sem você, este trabalho não seria o mesmo.

Aos meus amigos e colegas da faculdade, obrigada por tornarem meus dias mais leves e contribuírem com minha trajetória acadêmica.

Aos meus chefes e colegas de estágio no TJRS, JFRS e MPF. Obrigada por todos os ensinamentos ao longo destes anos, oportunizando meu crescimento como estudante e profissional.

Aos professores da Faculdade de Direito, por todos esses anos de aprendizado, e também à minha orientadora Roberta Baggio, pelo auxílio essencial.

Àqueles que lutam por uma educação pública igualitária e de qualidade em nosso País, que desejam que todos possam ter a oportunidade de obter uma Educação Superior. Eu, que estudei a vida inteira em Instituições Públicas, agradeço imensamente a vocês.

RESUMO

O presente trabalho almeja analisar o fenômeno da judicialização do Direito à Saúde, a fim de entender quais são seus limites e potencialidades como ferramenta de efetivação do direito à saúde. Para este fim, no primeiro capítulo será feita uma análise da transformação histórica dos direitos fundamentais e a exigibilidade dos Direitos Sociais, abordaremos também a concretização do direito à saúde, analisando políticas públicas com foco no SUS e na assistência farmacêutica. Após, no terceiro capítulo, adentraremos o tema central deste trabalho, a judicialização da saúde, onde a definiremos, e também abordaremos a reivindicação de medicamentos por via judicial. No quarto e último capítulo, refletiremos sobre os limites e potencialidades da judicialização do direito à saúde como instrumento de efetivação dos direitos sociais. Por fim, apresentaremos nossas considerações finais quanto ao tema.

Palavras-chaves: Direito constitucional à saúde. Judicialização do Direito à Saúde. Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade do Direito à Saúde. Políticas Públicas de Saúde.

ABSTRACT

This work aims to analyze the phenomenon of the judicialization of the Right to Health, in order to understand what are its limits and potentialities as a tool for the concretization of the right to health. To this end, in the first chapter will be made an analysis of the historical transformation of Fundamental Rights and the enforceability of Social Rights, we will also address the realization of the right to health, analyzing public policies focusing on SUS and pharmaceutical assistance. Afterwards, in the third chapter, we will enter into the central theme of this work, the judicialization of health, where we will define it, and we will also address the claim of medicines through the courts. In the fourth and last chapter, we will reflect on the limits and potentialities of the judicialization of the right to health as an instrument for the realization of social rights. Finally, we will present our final considerations on the topic.

Keywords: Constitutional right to health. Judicialization of the right to health. Judicialization of fundamental social rights. Effectiveness of the right to health. Public Health Policies.

LISTA DE SIGLAS

Agr - Agravo

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. - Artigo

AIDS - Acquired Immunodeficiency Syndrome

CAP - Caixa de Aposentadorias e Pensões

CC - Código Civil

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CID - Classificação Internacional de Doenças

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

DNSP - Departamento Nacional de Saúde Pública

EC - Emenda Constitucional

HIV - Human Immunodeficiency Virus

IAPS - Institutos de Aposentadorias e Pensões

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa

MPF - Ministério Público Federal

NATJUS - Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário

OMS - Organização Mundial da Saúde

PNAF - Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PNM - Política Nacional de Medicamentos

PRR4 - Procuradoria Regional da República da 4ª Região

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos

REsp - Recurso Especial

SESP - Serviço Especial de Saúde

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS - Sistema Único de Saúde

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TRF4 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região

WHO - World Health Organization

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| RESUMO | 5 |
| ABSTRACT | 6 |
| LISTA DE SIGLAS | 7 |
| SUMÁRIO | 9 |
| INTRODUÇÃO 1 | 10 |
| CAPÍTULO 2 - O Direito à Saúde e a sua efetivação como direito fundamental social | 12 |
| 2.1 Transformação histórica dos Direitos Fundamentais | 12 |
| 2.2 Exigibilidade dos Direitos Sociais | 16 |
| 2.3 Teoria do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais | 20 |
| 2.4 Concretização do Direito à Saúde no Brasil | 22 |
| 2.4.1 Assistência à Saúde no Brasil pré-CF/88: | 24 |
| 2.4.2 A Lei Orgânica da Saúde, o SUS e o Novo Paradigma da Saúde Pública: | 27 |
| 2.5 Assistência Farmacêutica | 30 |
| CAPÍTULO 3 - O fenômeno da judicialização do Direito à Saúde | 35 |
| 3.1 Definição | 35 |
| 3.2 Da reivindicação de medicamentos e tratamentos por via judicial | 41 |
| 3.3 Histórico Jurisprudencial | 44 |
| 3.3.1 Primeiras ações de assistência farmacêutica | 44 |
| 3.3.2 Dos parâmetros e critérios objetivos definidos para deferimento das demandas | 45 |
| 3.3.2.1 Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178 | 46 |
| 3.3.2.2 Lei 12.401/2011 | 49 |
| 3.3.2.3 REsp. 1.657.156 | 50 |
| CAPÍTULO 4 - Reflexões sobre os limites e as potencialidades da judicialização como ferramenta de efetivação do Direito à Saúde | 51 |
| 4.1 Da judicialização excessiva de demandas de fornecimento de medicamentos | 52 |
| 4.2 Ofensa ao princípio da separação dos poderes e da organização da Administração Pública | 55 |
| 4.3 Argumento do “Tiro pela culatra” e a elitização do acesso à saúde | 59 |
| 4.4 Da Reserva do Possível | 61 |
| 4.5 Proteção ao mínimo existencial | 64 |
| 4.6 Judicialização como ferramenta de reafirmação da dignidade da pessoa humana | 65 |
| 4.7 Direito subjetivo constitucional à saúde | 67 |
| 4.8 Do Ativismo Judicial | 70 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 74 |
| REFERÊNCIAS | 76 |

INTRODUÇÃO 1

A Judicialização do Direito à Saúde é o fenômeno no qual cidadãos e instituições reivindicam medicamentos e tratamentos médicos por via de ações judiciais visando a efetivação do Direito à Saúde que se encontra constitucionalmente previsto. Neste trabalho iremos explorar os limites e as potencialidades da judicialização como suposta ferramenta de efetivação do direito à saúde.

A ideia por trás do tema deste trabalho surgiu durante estágio em um gabinete de Procurador da República na Procuradoria Regional da 4ª Região (PRR4/MPF), onde tivemos a oportunidade de trabalhar com numerosas ações de fornecimento de medicamentos. Tais demandas provocaram curiosidade quanto à profundidade do fenômeno da Judicialização do Direito à Saúde, como ele afeta a Saúde Pública e o Judiciário e, principalmente, se ele é uma ferramenta positiva de efetivação do direito à saúde, dentro de seus limites.

Cumprir-se mencionar, de início, que este trabalho tem por objetivo analisar a judicialização da saúde no âmbito das ações de fornecimento de medicamentos perante, especialmente, o Sistema Único de Saúde (SUS) e a Administração Pública. Dessa forma, quando abordamos o tema, o estamos abordando quanto a responsabilização do Estado em efetivar as políticas públicas de saúde em vista do caráter fundamental do direito à saúde. Não estamos, assim, analisando especificamente as demandas de saúde contra as operadoras de plano de saúde, a chamada saúde suplementar, apesar de a discussão aqui apresentada ser relevante também nesta outra faceta da judicialização da saúde.

Sendo notória a escassez dos recursos destinados ao SUS, o deferimento judicial de tratamentos diferentes daqueles definidos nos protocolos clínicos e aos administrativamente disponibilizados pode ocasionar danos no sistema como um todo. Assim, quais são os critérios de deferimento dos pedidos? Como o Judiciário escolhe quem faz jus ou não a um tratamento médico necessário à sobrevivência de um paciente? Existe um limite na concessão de medicamentos por via judicial? E tem a Administração Pública, como ré nessas ações, direito de defender a improcedência dos pedidos alegando dano financeiro ao sistema? Tais questões são, em sua essência, um conflito entre o individual e o coletivo.

Diante deste cenário, este trabalho pretende explorar o fenômeno da judicialização do direito à saúde como ferramenta de sua efetivação, analisando seu potencial como saneador dos problemas e lacunas nas políticas públicas e consequentemente ajudando a concretizar o que já se encontra constitucionalmente previsto, e analisando também seus limites, considerando os diversos argumentos contrários ao fenômeno.

Começamos essa análise explorando os Direitos Sociais e sua exigibilidade, a fim de traçar o pano de fundo necessário para a confecção do presente trabalho. Afinal, é esta possibilidade de buscar os Direitos Sociais perante o Judiciário que permite o surgimento de fenômenos como a Judicialização do Direito à Saúde. Abordaremos, também, a construção da Assistência à Saúde no Brasil, com especial atenção à Assistência Farmacêutica, já que, conforme será exposto, o fornecimento de medicamentos está no centro do debate aqui proposto.

Em seguida, passamos a explorar o tema central do presente estudo, a Judicialização do Direito à Saúde, onde iremos apresentar, definir e explorar este polêmico tema, e também analisar o histórico jurisprudencial quanto ao fornecimento de medicamentos por via judicial.

Por fim, nos aprofundaremos na análise do fenômeno, a fim de compreender quais são os seus limites e pontos negativos, assim como suas potencialidades e pontos positivos como instrumento de efetivação dos direitos sociais. Para isso, faremos uma reflexão sobre os principais argumentos que giram em torno da judicialização dos Direitos Sociais, tomando, se possível, uma posição ao final das análises.

CAPÍTULO 2 - O Direito à Saúde e a sua efetivação como direito fundamental social

Neste momento inaugural do presente estudo, apresentaremos o Direito à Saúde como Direito Fundamental Social, objetivando argumentar que esta categoria de direitos detém a possibilidade de ser exigida judicialmente e, assim, dar origem ao objeto principal do trabalho: a judicialização do direito à saúde, com seus limites e potencialidades.

2.1 Transformação histórica dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são os direitos mais básicos e essenciais dos cidadãos positivados em uma constituição, posto que “ (...) consistem na coluna vertebral do Estado Constitucional, que edifica a sua estrutura de ação e inação para que os indivíduos possam fruí-los na maior medida possível.”¹ São direitos cujo objetivo é a proteção da dignidade da pessoa humana, representando, de certa forma, uma positivação dos Direitos Humanos², conforme explica DUARTE

(...) várias expressões são utilizadas para designá-los, como direitos do homem, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos humanos fundamentais, entre outras, sendo certo que eles encontram-se umbilicalmente ligados aos direitos humanos, desde as suas raízes, na história das ideias políticas, mormente no que diz respeito ao valor imanente dos homens e à igualdade entre eles; consistem, assim, em sua vertente

¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 81.

² Existem algumas teorias de diferenciação das expressões “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. No presente estudo, adotaremos a posição de SARLET, MARINONI E MITIDIERO, segundo a qual os Direitos Fundamentais constituem uma forma de positivação dos Direitos Humanos.

Assim explicam SARLET, MARINO E MITIDIERO: “Se não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado), também certo que não é esse motivo pela qual a distinção se faz necessária, ainda mais no contexto do direito constitucional positivo.

De acordo com o critério adotado, o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos a pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito condicional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 263).

positivada constitucionalmente, mediante atribuição da dimensão normativa da fundamentalidade³

Essa categoria de direitos surge, assim, com a ascensão dos Direitos Humanos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, somados aos ideais iluministas da época, provocam o surgimento do chamado constitucionalismo liberal.⁴

Alguns autores afirmam que como os Direitos Fundamentais partem do Direito Natural, anterior ao próprio Estado, sua positivação nas constituições funciona como uma limitação natural ao poder estatal.⁵

Quando estudamos a história dos Direitos fundamentais, estudamos, também, a história da limitação do poder⁶, conforme observaremos a seguir em sua evolução histórica.

Os direitos fundamentais são codificados pela primeira vez na Magna Carta - *Magna Charta Libertatum* de 1215, que limitou alguns poderes do monarca em proteção aos cidadãos⁷, porém somente nos séculos XVIII e XIX, começaram a ser abordados com mais frequência pelas constituições⁸. Apesar de terem constituído um importante avanço para a época, devido ao seu surgimento no contexto do liberalismo burguês, possuem, inicialmente, um caráter individualista e anti-intervencionista⁹, visando o Estado Mínimo, e, por essa razão, são direitos negativos, ou seja, que o Estado se limita a proteger mas não intervém de maneira significativa para efetivar.

³ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 81.

⁴ CASTRO, Vinícius. **Constitucionalismo e o direito à Saúde: O mal-estar do ativismo judicial**. 2018. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018; p. 208. P. 11.

⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde**. Revista de Informação Legislativa. Sine loco, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 127.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 267.

⁷ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Editora Juruá, 2015. P. 25.

⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. *Op. cit.* P. 128.

⁹ DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao direito à saúde: Uma análise a partir da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. 482p. p. 34 *apud* BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde**. Revista de Informação Legislativa. *Sine loco*, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 129.

Essa primeira concepção é considerada a primeira dimensão ou geração dos direitos fundamentais, os quais são divididos, geralmente, em três dimensões¹⁰ ou gerações^{11,12}, ou até em quatro, por alguns autores¹³. Ressalta-se que essa subdivisão dos direitos fundamentais não traduz de maneira satisfatória toda a complexidade do processo de formação histórica e social desses direitos¹⁴, a adoção dessa categorização no presente estudo tem a função didática de melhor visualizar o seu desenvolvimento, a fim de contextualizar a judicialização dos direitos fundamentais sociais.

Nessa dimensão dos direitos fundamentais, temos os direitos à liberdade política, de expressão, religiosa, comercial e o direito à vida¹⁵. Este último - o direito à vida - passará mais tarde por transformações que permitirão o surgimento do direito à saúde.

Desse modo, devido ao reconhecimento dessa primeira dimensão de direitos, ao mesmo tempo que o indivíduo adquiriu melhor qualidade de vida, CASTRO explica que

(...) também geraram movimentos sociais nefastos de concentração de renda e exclusão social". Assim, tornou-se inevitável a intervenção estatal para frear os comportamentos abusivos da iniciativa privada, limitando os avanços do poder econômico.¹⁶

Assim, percebendo-se a necessidade da intervenção estatal, surgem os direitos de segunda dimensão, que são munidos de um caráter social e intervencionista, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano¹⁷. Possuem um atributo positivo, isto é, cabe ao Estado os efetivar através

¹⁰ Frisa-se que o uso do termo dimensões é preferível ao termo gerações, pois a palavra geração pode influenciar o leitor a entender que os direitos são substituídos por suas novas gerações, o que é incorreto, pois o que acontece são transformações nestes direitos. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais**: o fenômeno da judicialização da saúde. Revista de Informação Legislativa. Sine loco, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 129.)

¹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais**: o fenômeno da judicialização da saúde. Revista de Informação Legislativa. Sine loco, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 129.

¹² Ideia atribuída a Kasel Vasak.

¹³ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed.. P. 362-364.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 280.

¹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. *Op. cit.* P. 129.

¹⁶ CASTRO, Vinícius. **Constitucionalismo e o direito à Saúde**: O mal-estar do ativismo judicial. 2018. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018; p. 208 P. 12.

¹⁷ *Ibidem*. P. 11.

da prestação de serviços públicos. São eles o direito à educação, igualdade, moradia e o direito à saúde, dentre outros. Estes são os chamados Direitos Sociais, que são parte do objeto de nosso estudo e, conforme abordaremos ao longo do presente trabalho, podem ser exigidos judicialmente, levando ao fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais sociais.

Podemos concluir que a segunda dimensão constituiu, para a época, uma importante ferramenta de proteção aos Direitos Humanos e Justiça Social, e foi nesse momento que o Estado pôde receber a denominação de Estado Social, deixando para trás o Estado Liberal e seu anti-intervencionismo.¹⁸

Em seguida, surge a terceira dimensão dos direitos fundamentais, no final do século XX, logo após a Guerra-Fria (1991), a queda do Muro de Berlim (1981) e o fim da União Soviética - URSS (1991)¹⁹, que agora possuem um caráter mais coletivo que individual, e, inclusive, indo além da coletividade, conforme explica SILVA:

(...) se passa a relacionar a “Fraternité - fraternidade” da Revolução Francesa com a solidariedade e com os direitos difusos e coletivos inerentes a toda a humanidade, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado - o desenvolvimento sustentável, ou seja, há os direitos inerentes ao gênero humano, isto é, mais do que pertencentes ao sujeito em sua individualidade ou em sua coletividade, como direito ao progresso, direito ao desenvolvimento e em especial, os direitos do consumidor.²⁰

Essa dimensão engloba os direitos de titularidade transindividual que visam à proteção dos direitos humanos, coletivos e difusos, como os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, ao patrimônio histórico e cultural, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, dentre outros.²¹

Na terceira dimensão, identificamos o direito à saúde como o direito ao meio ambiente sadio, pois somente com a proteção ao meio ambiente e o uso comedido

¹⁸ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível.** Juruá, Curitiba. 2015. P. 27.

¹⁹ *Ibidem.* P. 29.

²⁰ *Ibidem.* P. 29.

²¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde.** Revista de Informação Legislativa. Sine loco, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 129.

dos recursos naturais finitos temos a possibilidade de um futuro saudável. Essa proteção está prevista no caput do Art. 225 da CF/88.²²²³

2.2 Exigibilidade dos Direitos Sociais

Analisada a parte histórica dos Direitos Fundamentais, passamos para a discussão quanto à exigibilidade judicial dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão, os Direitos Sociais, que permite a existência do fenômeno aqui analisado, a judicialização da saúde.

Cumpra mencionar neste momento, que este trabalho usa de discurso jurídico em coaduno com o neoconstitucionalismo, mas que críticas a esta perspectiva podem ser feitas, conforme explica BELLO:

O discurso do neoconstitucionalismo tem sido construído com base em argumentos morais reconhecidos normativamente na Constituição, mas direcionado apenas para o Judiciário, apostando na judicialização da política e das relações sociais, assim desconsiderando toda uma base política e social para o reconhecimento e a efetivação dos Direitos Fundamentais. Com os aportes trazidos da filosofia do direito cada vez mais a hermenêutica e argumentação jurídica figuram como pontos cruciais para a manifestação do fenômeno jurídico. Todavia, no campo da efetivação de direitos, seu direcionamento limita-se a ter como materialização um modelo mais rigoroso e racionalmente controlado de fundamentação de sentenças e acórdãos, revelando-se insuficiente para a questão da formulação e aplicação das políticas públicas sociais.

Portanto não se deve fetichizar a constituição a qual não basta, em si, para a concretização dos direitos. Assim, é pertinente lembrar o alerta de Marx: "Hegel parte do Estado e faz do homem o Estado subjetivado; a democracia parte do homem e faz do Estado o homem objetivado. Do mesmo modo que a religião não criou homem, mas o homem cria religião, assim também não é a constituição que criou o povo, mas o povo a constituição."²⁴

Assim, não podemos deixar de ressaltar que a Ciência do Direito e o Judiciário sempre devem atuar lado a lado com as Ciências Sociais, como a Sociologia e a Política, a fim de melhor contextualizar o próprio Direito.

²²Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)" (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²³ Há outras dimensões propostas pela doutrina que não serão relevantes para a análise do direito à saúde e assim não as abordaremos no presente trabalho.

²⁴ BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social**. P. 200. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63-83.

A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais é um assunto amplamente discutido na doutrina, já que carrega grande divisão de opiniões. Para alguns autores, a positivação dos direitos fundamentais sociais em grande parte das constituições durante o século XX foi um grande marco na concretização dos Direitos Humanos. Para outros, estes não poderiam nem receber o título de direitos. Sobre os últimos, afirma FERRAJOLI que:

Os argumentos para sustentar esse singular desconhecimento do direito positivo vigente, não por causalidade articulados mais por cientistas políticos do que por juristas, são sempre os mesmos: que a estes direitos civis correspondem, antes que proibições de lesão, obrigações de prestação positiva cuja satisfação não consiste num não fazer mas num fazer; neste sentido, não formalizáveis nem universalizáveis e cuja violação, pelo contrário, não consiste em atos ou comportamentos sancionável ou anuláveis, mas em simples omissões, que não resultam coercíveis nem passíveis de serem exigidas em juízo.²⁵

Um direito chamado de *positivo* implica que é necessária a atuação do Estado, através das políticas públicas, para sua efetivação, o que envolve, conseqüentemente, gastos públicos. Já um direito caracterizado como *negativo*, implica que sua efetivação se dá pela simples abstenção estatal, uma obrigação de não fazer. Essa categorização é amplamente difundida na doutrina e serve, principalmente, para facilitar a categorização dos direitos. Há diversas teorias que discordam dessas definições ou as ampliam, especialmente para afirmar que a efetivação de todo direito envolve diferentes níveis²⁶ de obrigações estatais, pois sempre haverá a necessidade de prestações estatais e também que o Estado se abstenha de atuar em alguma medida.²⁷

Assim, a doutrina distingue os direitos sociais, econômicos e culturais dos direitos civis e políticos no que tange seu desenvolvimento histórico e conteúdo jurídico pois, enquanto os direitos civis e políticos são normalmente negativos,

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote. 2011.

²⁶ No caso do direito à saúde, "(...) o primeiro nível impõe ao Estado que não provoque danos à saúde das pessoas. O segundo exige do Estado ações de proteção das condições sanitárias da população como um todo (v.g. ações de vigilância sanitária, como a fiscalização de atividades econômicas que possam impactar na saúde da coletividade) e ações de vigilância epidemiológica, como as vacinações em massa ou as campanhas de combate ao HIV. Por fim, pelo terceiro nível, o Estado se obriga a zelar pelo direito à saúde dos indivíduos, satisfazendo as suas necessidades específicas por bens e serviços de saúde, como medicamentos, próteses, exames, procedimentos cirúrgicos etc." (ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 16).

²⁷ *Ibidem*. P. 14.

bastando a abstenção estatal para sua proteção, os direitos sociais necessitam da atuação do Poder Público.²⁸ Entretanto, ainda que a faceta mais evidente dos direitos sociais, econômicos e culturais seja a positiva, estes também possuem uma faceta negativa, como, por exemplo, no caso do Direito à Saúde, que impõe a obrigação ao Estado de não causar danos à saúde da população, além das prestações positivas.²⁹

Ainda, até mesmo a distinção entre os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos civis e políticos, já não é mais tão evidente, pois estes últimos têm sido interpretados com um caráter mais social, conforme explicam ABRAMOVICH E COURTIS:

As atuais tendências da responsabilidade civil estabelecem um lugar primordial à distribuição social de riscos e benefícios como critério de determinação da obrigação de reparar. O Impetuoso surgimento de um direito do consumidor transformou substancialmente os vínculos contratuais, quando participam da relação consumidores e usuários. A apreciação tradicional da liberdade de expressão e imprensa adquiriu dimensões sociais que se materializam através da formulação da liberdade de informação como direito de toda a sociedade. A liberdade de empresa e de comércio são restringidas quando seu objeto ou desenvolvimento implica num impacto sobre a saúde ou meio ambiente. O desenvolvimento contemporâneo do direito à intimidade gerou a exigência de medidas estatais vigorosas, destinadas a evitarem a exagerada utilização de tecnologias da informática. Em resumo, muitos direitos tradicionalmente contemplados pelo catálogo de direitos civis e políticos têm sido reinterpretados no sentido social, de modo que nesses casos as distinções absolutas também perdem sentido.³⁰

Conforme já discutido, é dever do Estado efetivar os Direitos Fundamentais Sociais através das políticas públicas, na medida em que não constituem meras declarações de boas intenções de compromisso político³¹. Nesse sentido, o Professor português José Carlos Vieira de Andrade diz que:

(...) os mandamentos relativos aos direitos sociais a prestações não detêm caráter meramente declaratório, constituindo-se em mandamentos coercitivos, que outorgam aos cidadãos posições jurídicas subjetivas e

²⁸ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 10.

²⁹ *Ibidem*. P. 14.

³⁰ ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote. 2011. P. 35.

³¹ *Ibidem*. P. 27.

asseguram garantias institucionais, impondo aos poderes estabelecidos a obrigação de tentar efetivá-los³²

Esse dever do Estado deve ser, inclusive, de forma imediata, conforme observamos do Art.5º, §1º, da Constituição:

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

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.³³

As normas constitucionais terem *aplicabilidade imediata* significa que não são mera convocação da atuação do Legislativo e do Executivo, mas sim que desfrutam de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.³⁴ Assim, conforme explica BARROSO “(...) os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.”³⁵

Dessa forma, é na falha desse dever, quando o Estado deixa lacunas na prestação dos serviços públicos, seja por omissão ou ação inadequada, que surge a possibilidade de que esses direitos sejam exigidos judicialmente. E é esse potencial de judicialização que qualifica os direitos sociais como direitos plenos, conforme explicam ABRAMOVICH E COURTIS:

O que qualifica a existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida pelo estado, mas a existência de algum poder judicial de atuar de titular do direito em caso de não cumprimento da obrigação devida. Considerar plenamente um direito econômico, social ou cultural como direito é possível unicamente se - ao menos em alguma medida - o titular/credor estiver em condições de produzir mediante uma

³² DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, P. 378 *apud* ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 23.

³³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. P. 875 *in*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

³⁵ *Ibidem*. P. 875.

demanda ou queixa, uma sentença que ponha o cumprimento da obrigação gerada por seu direito.³⁶

Na medida em que há um amplo espectro de obrigações estatais para concretização dos direitos sociais, essa judicialidade se desdobra em um leque de ações, como a “(...) denúncia de não cumprimento de obrigações negativas, passando por diversas formas de controle do cumprimento de obrigações negativas ou positivas até chegar a exigência de cumprimento de obrigações positivas não cumpridas”³⁷. No caso do objeto do presente trabalho, o direito à saúde, observamos que a forma mais comum de judicialização é através das ações de fornecimento de medicamentos contra a Administração Pública, conforme exploraremos no terceiro capítulo. Por fim, ressaltamos que voltaremos a abordar brevemente o Direito à Saúde e sua exigibilidade no último capítulo do presente estudo, sob a óptica do fenômeno da Judicialização.

2.3 Teoria do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

Delimitada a premissa de que os direitos fundamentais sociais podem ser exigidos judicialmente, abordaremos agora a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que aprofunda os motivos que justificam essa exigibilidade.

Os direitos fundamentais podem sofrer certas restrições mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, fazendo com que, na análise do caso concreto, certos direitos tenham precedência sobre os outros³⁸. Conforme explica BAHIA E CASTRO, o princípio da proporcionalidade³⁹ significa que

³⁶ ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote. 2011. P. 48.

³⁷ *Ibidem*. P. 46.

³⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais**: o fenômeno da judicialização da saúde. Revista de Informação Legislativa. Sine loco, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 130.

³⁹ O princípio da proporcionalidade se distingue do princípio da razoabilidade na medida em que a razoabilidade visa apenas “vedar o absurdo”, enquanto que a proporcionalidade possui maiores elementos e orientações de aplicações. Segundo Paulo Bonavides o princípio está previsto em diversas disposições da Constituição, como, por exemplo, os incisos V, X, e XXV do art. 5º; os incisos IV, V e XXI do art. 7º; o inciso IX do art. 37; inciso V do art. 40 e inciso VIII do art. 71. É também decorrente do Estado de Direito e da unidade da Constituição. Por fim, baseia ainda sua positividade no § 2º do art. 5º, uma vez que a Carta Magna não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados (Cf. LIMA, André Canuto de F. **A proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4076, 29 ago. 2014).

“(...) o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio” (SARLET, 2003, p.111)⁴⁰

Assim, com a colisão de Direitos Fundamentais, surge um problema axiológico para o intérprete, e o resultado será, provavelmente, que um deles sofrerá uma restrição após a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Diante desse cenário, surge a Teoria do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais que propõe que todo direito fundamental possui um *núcleo* ou *conteúdo essencial* que consiste em seu âmbito inviolável que, quando desrespeitado, legitima a intervenção do Judiciário. Dessa forma, esse núcleo⁴¹ serve para impor limites às possíveis restrições e violações aos Direitos Fundamentais. Segundo LIMA, ele representa, inclusive, a dignidade da pessoa humana:

Outra faceta controversa na doutrina do núcleo essencial é a de que ele representaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, ferir o núcleo de um direito fundamental seria ferir a própria dignidade de um indivíduo.⁴²

O núcleo essencial possui, desse modo, a função de limitar a intervenção por parte do poder público nas questões mais importantes de um certo Direito Fundamental e também de vincular positivamente a Administração Pública quanto à efetivação deste direito.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416 p., P. 111 *apud* BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais**: o fenômeno da judicialização da saúde. Revista de Informação Legislativa. Sine loco, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141. P. 130.

⁴¹ Dentro da teoria, existem algumas discussões doutrinárias, como a discussão sobre o objetivo da proteção do núcleo essencial, isto é, se o objeto protegido é o direito subjetivo individual ou a garantia objetiva e também há a discussão sobre a proteção ser absoluta ou relativa. No caso da teoria absoluta, o núcleo já possui um conteúdo predefinido antes mesmo de que seja realizada a ponderação, e esse núcleo é inviolável em qualquer hipótese. Já a relativa argumenta que o núcleo será definido após a ponderação do caso concreto.

A primeira teoria é normalmente considerada pela doutrina a mais coerente entre as duas, já que a segunda possui o risco de uma relativização demasiada que torne sem efeito a própria noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (LIMA, André Canuto de F.. **A proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4076, agosto de 2014.).

⁴² *Ibidem*.

2.4 Concretização do Direito à Saúde no Brasil

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como “(...) um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a mera ausência de doença ou enfermidade.”⁴³ Diante desta definição, a saúde se torna um dos pressupostos essenciais para a plena fruição da vida e da cidadania, pois, sem ela, as pessoas não possuem o mesmo potencial de alcançar seus objetivos, satisfazer suas necessidades e contribuir socialmente. Essa definição de saúde fornecida pela OMS é a mesma adotada na redação do Art. 3 da Lei 8.080/90⁴⁴:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais

Assim, a saúde não é a mera ausência de doença, e sim um conjunto de fatores que podem inclusive serem utilizados como parâmetros para analisar o desenvolvimento de um país.

No Brasil, foi somente na Constituição Federal de 1988 que o Direito à Saúde foi devidamente positivado, sendo concretizado nos artigos 196, 197 e 198.⁴⁵

⁴³ Tradução nossa. No original: “(...) a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (WHO. **WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution.** World Health Organization. sine loco. s.d.).

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.**

⁴⁵ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

Conforme veremos ao longo do presente capítulo, ainda que a devida positivação do direito à saúde só tenha ocorrido com a promulgação da atual Constituição, havia algumas formas de organização e políticas públicas de saúde nos períodos que a antecederam.

Além da positivação do Direito à Saúde, a CF/88 determina a maneira pela qual o Estado deve buscar a concretização desse direito. Em coaduno com a definição de saúde da OMS supramencionada, a efetivação da saúde deve ocorrer através de políticas públicas de caráter social que visem o bem estar completo, conforme explicam VENTURA ET AL:

O direito à saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - (revogado);

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados.⁴⁶

Nesse sentido também, segundo SILVA, é o conceito dado ao direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal, o definindo como“(...) prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.”⁴⁷

Conforme definido no início do capítulo, o Direito à Saúde é um Direito Fundamental Social, elencado no Art. 6^o⁴⁸ da CF/88, e por estar inserido em um sistema capitalista injusto, é uma importante ferramenta de promoção da equidade, conforme explica DUARTE:

Ao serem custeados com tributos arrecadados daqueles que possuem riqueza, os direitos sociais representam, pois, importante instrumento de redistribuição de renda e, assim, de diminuição da desigualdade social. Desta maneira, os direitos sociais devem ser destinados, sobretudo, àqueles que, explorados em sua força de trabalho, não possuem sequer condições de prover o mínimo necessário a uma vida digna.⁴⁹

Os direitos sociais são, como visto anteriormente, em sua maior parte, direitos prestacionais, que demandam a atuação positiva do Estado, concretizada através da criação e execução de políticas públicas. Sendo o direito à saúde um direito social, sua concretização evidentemente implica a necessidade de atuação positiva do Estado, através da implementação de políticas públicas. Deste modo, passaremos a analisar brevemente a concretização do direito à saúde no Brasil e sua organização atual, buscando entender suas lacunas e deficiências.

2.4.1 Assistência à Saúde no Brasil pré-CF/88:

⁴⁶ VENTURA, Miriam et al . **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, 2010. P. 82.

⁴⁷ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Editora Juruá, 2015. P. 50.

⁴⁸ “Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁴⁹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 92.

Conforme mencionado anteriormente, o direito à saúde somente foi positivado na atual Constituição. Deste modo, nesta parte do capítulo, iremos explorar brevemente a construção da saúde pública brasileira até o momento que antecedeu a Assembleia Constituinte, com o fim de verificar como se configurava a assistência à saúde no Brasil antes de sua efetiva positivação.

Durante o período colonial⁵⁰, os moradores do Brasil Colônia já solicitavam ao rei, mediante cartas, a presença de médicos nas cidades, uma demanda difícil de ser atendida, uma vez que era difícil encontrar profissionais dispostos a migrar para o Brasil.⁵¹⁵² Dessa forma, ao estudar a história das políticas públicas na área da saúde no Brasil, vamos obrigatoriamente passar pela filantropia⁵³ e pela caridade, uma vez que o atendimento da população era prestado por instituições filantrópicas e médicos filantropos, e não pelo Estado.⁵⁴

Findo o Império, a organização dos serviços de saúde no Brasil ainda era bastante complicada e confusa em razão da omissão do Poder Público, uma vez que na República Velha ainda prevalecia uma concepção liberal de Estado, que ditava que este só deveria intervir em situações que o indivíduo ou a iniciativa privadas não fossem capazes de responder⁵⁵.

Dentro deste não-sistema, conforme leciona PAIM,

Cada parte que compunha a organização sanitária não estabelecia relação com as outras, atuando de forma estanque e com propósitos bastante diversos, às vezes fazendo as mesmas coisas. Esta duplicação de esforços desperdiçava recursos, resultando em dificuldades para resolver os problemas de saúde da população que se urbanizava, ao tempo que aumentava o número de indústrias.⁵⁶

⁵⁰ Compreendido entre 1500 e 1815.

⁵¹ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. P. 26.

⁵² De certa forma, pode-se perceber que há uma tendência histórica no Brasil de se solicitar ao Estado a concretização do direito à saúde, tendo uma origem distante no período colonial.

⁵³ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. P. 7.

⁵⁴ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. P. 7.

⁵⁵ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. P. 27-28.

⁵⁶ *Ibidem*. P. 28.

Em 1920, diante das doenças endêmicas⁵⁷, pandemias⁵⁸ e das campanhas sanitárias, criam-se os primeiros códigos sanitários.⁵⁹ Nessa mesma época⁶⁰, após as campanhas sanitárias e a reforma dos órgãos federais de saúde pública, criou-se o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) e, também, uma estrutura permanente de saúde pública nas áreas rurais.⁶¹ O DNSP era responsável pela "(...) profilaxia, propaganda sanitária e controle de endemias."⁶²

Em 1942, foram criados, em conjunto com o governo norte-americano, os Serviços Especiais de Saúde Pública (SESP), cuja criação pode ser considerada "o programa mais completo de atenção à saúde associada ao saneamento da história do país"⁶³, uma vez que em quase todos os locais em que um SESP foi implantado, era o único recurso de saúde existente, sobretudo nas regiões Norte e Nordeste do Brasil.⁶⁴

Também havia menção à proteção da saúde na Constituição de 1967, que mencionava a competência da União para legislar sobre normas gerais de "defesa e proteção da saúde"⁶⁵.

Assim, podemos concluir que neste período a saúde pública ainda não possuía grandes dimensões, mas que não havia omissão estatal absoluta, pois, a atuação estatal era "(...) restrita a uma proteção geral que não mirava o indivíduo como beneficiário de ações e serviços de saúde pública."⁶⁶

Para explorarmos a construção da saúde pública no Brasil, também é preciso entender como se estabeleceu a previdência social, porque, antes do SUS, os serviços de saúde no Brasil eram separados entre saúde pública e medicina previdenciária.⁶⁷

Nos primórdios da previdência social, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) era encarregado da prestação à saúde dos

⁵⁷ Como a febre amarela, por exemplo.

⁵⁸ A Gripe Espanhola (H1N1) que afetou o mundo entre 1919 e 1920 é uma pandemia marcante da época.

⁵⁹ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.. P. 28-29.

⁶⁰ CABRAL, Dilma. **Departamento Nacional de Saúde Pública**. Memória da Administração Pública Brasileira. Arquivo Nacional. 2018.

⁶¹ PAIM, Jairnilson Silva. *Op. cit.*. P. 28.

⁶² *Ibidem*. P. 29.

⁶³ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. P. 7.

⁶⁴ *Ibidem*. P. 7.

⁶⁵ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 47.

⁶⁶ *Ibidem*. P. 47.

⁶⁷ PAIM, Jairnilson Silva. *Op. cit.* P. 31.

associados e beneficiava apenas aqueles considerados trabalhadores formais e seus dependentes, ou seja, não possuía universalidade, o que foi modificado na década de 1980, quando o INAMPS retirou a obrigatoriedade da Carteira de Segurado do INAMPS. Posteriormente, temos a instituição do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).⁶⁸

Em 1963, ocorreu a 3ª Conferência Nacional de Saúde, onde foram discutidos vários estudos para a criação de um sistema único de saúde, que posteriormente foram abandonados com o início da ditadura militar em 1964⁶⁹.

Em 1977, surge o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). O INAMPS foi inicialmente mantido como instrumento para assegurar a continuidade, agora em caráter universal, da assistência médico-hospitalar a ser prestada à população, sendo extinto três anos após a promulgação da Lei que instituiu o Serviço Único de Saúde (SUS)⁷⁰, de modo que seu serviço passou a ser coberto pelo SUS.

Concluimos, assim, que a proteção à saúde promovida pela Previdência Social teve um início demasiadamente restrito, já que somente aqueles cidadãos vinculados ao mercado formal de trabalho tinham acesso a esses serviços. O resto da população dependia dos serviços prestados pela caridade e pelo poder público que, conforme exposto ao longo desta seção do trabalho, eram precários. Com o passar dos anos do século XX, esse paradigma foi transformado, sendo substituído pela *universalidade de cobertura*, contexto no qual o SUS nasceu.

2.4.2 A Lei Orgânica da Saúde, o SUS e o Novo Paradigma da Saúde Pública:

Com a promulgação da CF/88 e a criação do Sistema Único de Saúde, o paradigma em matéria de saúde foi profundamente alterado, pois agora a saúde é *universal* e elencada como *direito de todos em face do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas* e assim todos os brasileiros têm direito à saúde, independente de vínculo empregatício.

Essa positivação detalhada do direito à saúde na CF/88 decorre, de acordo com ANDRADE, “de uma intensa e expressiva mobilização política junto à

⁶⁸ SOUZA, Renilson. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Ministério da Saúde, 2002 P. 11-12.

⁶⁹ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. P. 7.

⁷⁰ SOUZA, Renilson Rehem de. **Construindo o SUS: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo**. 2002. P. 14.

Assembleia Constituinte de então, que ficou conhecida como movimento pela reforma sanitária”.⁷¹

A competência para legislar em matéria de saúde foi dividida entre a União, os Estados e Municípios. À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art 24, 1^o⁷²), aos Estados, complementar a legislação federal (art 24, 2^o⁷³) e aos Municípios, cabe legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo também complementar a legislação federal e estadual (art 30, I e II⁷⁴).⁷⁵ Os três entes podem formular políticas públicas de saúde.

A CF/88 estabeleceu as bases para a criação do SUS, e definiu como uma de suas diretrizes o "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais"⁷⁶ (art. 198, II, da CF).

Além disso, a Constituição menciona expressamente a garantia ao "(...) acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."⁷⁷ Cabe analisar o significado dessa afirmação, uma vez que é justamente o novo paradigma de saúde criado pela CF/88 e pelo SUS.

⁷¹ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos**: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 1.

⁷² "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais." (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁷³ "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados." (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)..

⁷⁴ "Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;" (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. P. 885 in: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

⁷⁶ "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

(...)" (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

⁷⁷ "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

O acesso universal representa a possibilidade de que qualquer brasileiro possa obter acesso a uma ação ou serviço de saúde que necessite sem que exista qualquer barreira de acessibilidade, seja ela legal, econômica, física ou cultural.⁷⁸

Nesse ponto, leciona PAIM que:

“A proposta do SUS está vinculada a uma ideia central: todas as pessoas têm direito à saúde. Este direito está ligado à condição de cidadania. Não depende do "mérito" de pagar previdência social (seguro social meritocrático), nem de provar condição de pobreza (assistência do sistema de proteção), nem do poder aquisitivo (mercado capitalista), muito menos de caridade (filantropia). Com base na concepção de *seguridade social*, o SUS supõe uma sociedade solidária e democrática, movida por valores de igualdade e equidade, sem discriminações ou privilégios.”⁷⁹

No mesmo sentido, o acesso igualitário representa, além do acesso para todos, sem discriminação ou preconceito, um acesso equitativo, pois, tendo em vista a distribuição de recursos, deve-se tratar desigualmente os que são desiguais, dando prioridade aos que mais necessitam, atingindo, assim, a igualdade material.⁸⁰

Por fim, devemos conceituar o que se deve entender por promover, proteger e recuperar a saúde. Promoção significa atuar sobre as causas primeiras das enfermidades, ou seja, dos determinantes socioambientais, visando, portanto, cultivar o bem-estar e a qualidade de vida da população.⁸¹

Proteger, por sua vez, significa reduzir os riscos, por meio de ações específicas, como a vacinação, a distribuição de preservativos, o controle de qualidade de água e dos alimentos etc. Por fim, a recuperação da saúde trata do diagnóstico precoce, do tratamento oportuno e da limitação do dano, evitando que surjam complicações ou sequelas da deterioração da saúde.⁸²

Está definido, assim, com o acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, um paradigma de atenção integral à saúde na Constituição Federal, uma vez que o direito à saúde não se limita a uma assistência médica curativa, incluindo, portanto, a prevenção de doenças, o controle de riscos e a promoção de saúde.⁸³

⁷⁸ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. P. 45.

⁷⁹ *Ibidem*. P. 43.

⁸⁰ *Ibidem*. P. 45.

⁸¹ *Ibidem*. P. 45.

⁸² *Ibidem*. P. 46.

⁸³ *Ibidem*. P. 46.

O SUS veio a surgir efetivamente em 1990, com a promulgação das Leis 8.080/90⁸⁴ e 8142/90⁸⁵, nascido de um “grande acordo entre conservadores e progressistas”⁸⁶ que remonta desde o processo constituinte⁸⁷.

A Lei 8.080/90, ou Lei Orgânica da Saúde⁸⁸, conforme consta em sua ementa, “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (...)”⁸⁹, estabelecendo e estruturando o modelo operacional do SUS. A referida Lei estabelece os princípios pelos quais a atuação do SUS deve se orientar, destacando-se a universalidade⁹⁰, no mesmo sentido da Constituição.

Outros princípios que devemos observar são o da descentralização administrativa, da subsidiariedade e de municipalização, que impõe aos Estados e à União somente executar políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios.⁹¹

Analisado o surgimento do SUS e os períodos que o antecederam, passamos agora a análise de uma peça chave do sistema de saúde brasileiro para a construção do presente trabalho, a assistência farmacêutica, para finalmente adentrarmos o tema central do estudo, a judicialização.

2.5 Assistência Farmacêutica

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.**

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.**

⁸⁶ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil.** Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. P. 10.

⁸⁷ É por esta razão que há certa ambiguidade na CF/88 acerca da definição da saúde como bem público ou como um bem de mercado (Cf. PAIM, Jairnilson Silva. *Op. cit.* P. 47).

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.**

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.**

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** P. 885 *in*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

⁹¹ *Ibidem.* P. 887.

Dentro do Sistema Único de Saúde existem vários campos de ações, incluindo a assistência farmacêutica, conforme a redação do art. 6º da Lei nº 8.080:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;⁹²

A assistência farmacêutica também é compreendida dentro das ações e serviços de saúde previstos pelo art. 196 da CF/88 e trata da distribuição de medicamentos à população, sendo definida pela Política Nacional de Medicamentos na Portaria nº 3916⁹³, de 30 de outubro de 1998, da seguinte forma:

“Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.”

Ao governo federal cabe a formulação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), que abriga a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica⁹⁴ (PNAF). A Política Nacional de Medicamentos possui diretrizes e princípios para a distribuição de medicamentos no Brasil e objetiva, conforme consta da Portaria nº 3916⁹⁵, “(...) garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.”

⁹² BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.**

⁹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE.. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Brasília, 1998.

⁹⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução Nº 338, de 06 de maio de 2004.** Brasília, 2004.

⁹⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE.. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Brasília, 1998.

Dentre as diretrizes, destaca-se a descentralização⁹⁶ das atividades assistenciais, responsabilizando os entes federativos no âmbito do SUS de forma específica⁹⁷. Aos municípios cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na lista da RENAME e executar a assistência farmacêutica⁹⁸. Dessa forma, é responsabilidade dos municípios assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde⁹⁹. A União e os Estados, por sua vez, ficam encarregados da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, conforme a Portaria nº 2.577/GM, de 26 de outubro de 2006¹⁰⁰, e a Portaria nº 1.321/GM, de 5 de junho de 2007¹⁰¹.¹⁰²

A Assistência Farmacêutica pode ser considerada um elemento essencial da efetivação do Direito Constitucional à Saúde, já que o uso de medicamentos é frequente no tratamento de grande parte dos problemas de saúde da população. Nesse ponto, ANDRADE diz que:

A assistência farmacêutica constitui parte fundamental dos serviços de atenção à saúde do cidadão”. Isso porque, em muitos casos, “a estratégia terapêutica para recuperação do paciente ou para redução dos riscos da doença e agravos somente é possível a partir da utilização de algum tipo de medicamento”. Em tais situações, “o medicamento é elemento essencial para efetividade do processo de atenção à saúde. Nesse contexto, o direito

⁹⁶ Frisa-se que a descentralização não pode ser invocada dentro das demandas de saúde em detrimento da saúde de um paciente:

“(…) dentre os princípios do SUS, da PNM e PNAF estão a descentralização, hierarquização e regionalização das ações de saúde, os quais precisam ser aplicados e efetivados para obtenção de melhores resultados das Políticas Públicas. Entretanto o entendimento dos tribunais é que a repartição de atribuições havida entre as três esferas de gestão, não pode ser imposta em detrimento do direito à saúde do indivíduo (MACHADO; DAIN, 2012), como também não deve o ente eximir-se da responsabilidade de assegurar a saúde aos pacientes, alegando ser responsabilidade de outro ente federado, pois o Sistema Único de Saúde é composto pela União, Estados e Municípios (MARTINS, 2008), sendo financiado com recursos do orçamento da seguridade social dos três.” (GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica.** Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 73.)

⁹⁷ *Ibidem*. P. 30.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** P. 887 *in*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

⁹⁹ *Ibidem*. P. 887.

¹⁰⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 2.577, de 26 de outubro de 2006.** Brasília, 2006.

¹⁰¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007.** Brasília, 2007.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* P. 888.

constitucional à saúde assegurado à população brasileira só se materializa em sua plenitude mediante o acesso do paciente ao medicamento.¹⁰³

E por essa razão, a distribuição de medicamentos deve acontecer sempre com um caráter social, conforme explica o autor:

(...) para o Brasil, o termo Assistência Farmacêutica envolve atividades de caráter abrangente, multiprofissional e intersetorial, que situam como seu objeto de trabalho a organização das ações e serviços relacionados ao medicamento em suas diversas dimensões, com ênfase à relação com o paciente e a comunidade na visão da promoção à saúde.¹⁰⁴

Um dos maiores exemplos de política de assistência farmacêutica com caráter social no Brasil é o Programa Farmácia Popular, criado em 13 de abril de 2004, pela Lei nº 10.858/2004¹⁰⁵, e regulamentado pelo Decreto nº 5.090/2004, de 20 de maio de 2004¹⁰⁶, que tem por objetivo a distribuição de medicamentos essenciais.¹⁰⁷ Conforme consta do site do Ministério da Saúde:

O Programa Farmácia Popular do Brasil foi criado com o objetivo de oferecer à população mais uma alternativa de acesso aos medicamentos considerados essenciais. Nesse sentido, o Programa cumpre uma das principais diretrizes da Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Atualmente, o Programa "Aqui tem Farmácia Popular" funciona por meio do credenciamento de farmácias e drogarias comerciais, aproveitando a dinâmica da cadeia farmacêutica (produção x distribuição x varejo). São oferecidos medicamentos gratuitos para hipertensão (pressão alta), diabetes e asma, além de medicamentos com até 90% de desconto indicados para dislipidemia (colesterol alto), rinite, Parkinson, osteoporose e glaucoma. Ainda pelo sistema de copagamento, o Programa oferece anticoncepcionais e fraldas geriátricas.¹⁰⁸

Já a incorporação de novos medicamentos e tecnologias acontece através da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Criada pela Lei nº 12.401¹⁰⁹, de 28 de abril de 2011, tem por objetivo a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de

¹⁰³ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 7.

¹⁰⁴ *Ibidem.* P. 8.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004. **Autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, e dá outras providências.**

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004. **Regulamenta a Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil", e dá outras providências.**

¹⁰⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde, 2021. **Sobre o programa Farmácia Popular.**

¹⁰⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde, 2021. **Sobre o programa Farmácia Popular.**

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**

Saúde, assessorando o Ministério da Saúde na tomada de decisões na área, bem como na constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica.¹¹⁰

Por fim, observamos que os segmentos mais relevantes da assistência farmacêutica para o presente estudo são a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que conforme explica ANDRADE, surgiu para “(...) racionalizar e ampliar o acesso a medicamentos, mas que logo veio a se posicionar no centro do debate jurídico que se estabeleceu em torno do fenômeno conhecido por judicialização (...)”^{111”112}, bem como a CONITEC, que através dos seus pareceres favoráveis ou não a incorporação de medicamentos e tecnologias acaba por nortear as decisões judiciais quanto ao fornecimento de medicamentos que ainda não constam como incorporados ao SUS¹¹³.

¹¹⁰CONITEC. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. **A comissão**. 2015.

¹¹¹ Esta afirmação será melhor explorada no ponto 3.1 do presente estudo.

¹¹² ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 89.

¹¹³ Conforme observado durante o estágio realizado no MPF/PRR4, os pareceres ministeriais formulados no âmbito das ações de fornecimento de medicamentos utilizavam os pareceres da CONITEC com o fim de nortear a decisão quanto ao provimento ou não dos recursos. No mesmo sentido foi observado dos acórdãos das turmas TRF4, que dão bastante importância para as decisões da CONITEC, o que está em coaduno com os critérios objetivos definidos pelo STJ ao julgar a REsp. 1,657,156, que será analisada no ponto 3.3.2.3 do presente estudo.

CAPÍTULO 3 - O fenômeno da judicialização do Direito à Saúde

No presente capítulo começaremos a abordar o tema central do presente estudo, a judicialização do direito à saúde, a fim de o melhor conceituar, começando pela reivindicação de medicamentos por via judicial, e, posteriormente, também analisaremos quais são os critérios adotados pelo judiciário para tomada de decisões no âmbito das ações de fornecimento de medicamentos.

3.1 Definição

Cumpre-se mencionar, de início, que este trabalho tem por objetivo analisar a judicialização da saúde no âmbito das ações de fornecimento de medicamentos e serviços de saúde perante, especialmente, o Sistema Único de Saúde e a Administração Pública. Dessa forma, quando abordamos o tema, o estamos estudando quanto a responsabilização do Estado em efetivar as políticas públicas de saúde em vista do caráter fundamental do direito à saúde. Não estamos, por conseguinte, analisando especificamente as demandas de saúde contra as operadoras de plano de saúde, a chamada saúde suplementar, apesar de a discussão aqui apresentada ser relevante também nesta outra faceta da judicialização da saúde.

A judicialização de um Direito Social constitucionalmente previsto ocorre quando há uma lacuna na prestação e concretização deste direito por parte do Estado, de modo que cidadãos recorrem a ações judiciais para preencher esta lacuna. De acordo com GALVÃO, outros motivos para a judicialização, especialmente se tratando do Direito à Saúde, são as “(...) contradições legais e normativas do Sistema Único de Saúde (SUS), as distorções das políticas públicas, a ineficiência do executivo em cumprir com suas atribuições, como também as legislações que não mais atendem a necessidades atuais da sociedade.”¹¹⁴

Destaca-se, para melhor contextualizar o presente capítulo, que o atual contexto das proteções sociais no Brasil se mostra cada vez mais com um viés

¹¹⁴ GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte**: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 16.

neoliberal, configurando uma verdadeira “americanização das políticas sociais”.¹¹⁵ Isso tem por consequência a restrição ou eliminação das políticas públicas sociais, gerando um estado de insegurança social permanente.¹¹⁶

BELLO ressalta que

(...) não fosse o fato de que tais direitos (ainda) possuem previsão expressa, ou menos implícita, nos textos constitucionais das principais democracias ocidentais, dificilmente haveria de se encontrar justificativas plausíveis para sua legitimação que fizesse frente ao paradigma capitalista ora vigente.¹¹⁷

Podemos teorizar, assim, que essa diminuição das políticas públicas e a consequente insegurança e diminuição na efetivação dos direitos fundamentais é um dos motivos do aumento da judicialização.

SELAYARAN, MACHADO E MORAIS ressaltam que a Judicialização acontece por motivos alheios ao Judiciário:

Portanto, pode-se dizer que a judicialização é fruto de questões sociais, ou seja, a ocorrência de uma maior ou menor atuação judiciária é independente da vontade do Poder Judiciário, ressalta Tassinari (2013, p. 32). Em outras palavras, a judicialização ocorre por questões alheias à vontade da jurisdição como, por exemplo, a positivação de um rol extenso de Direitos Fundamentais e a inefetividade dos Poderes Políticos em concretizá-los. Por isso, tem-se o maior número de ações judiciais com a finalidade de buscar a efetivação de Direitos Fundamentais não concretizados (TASSINARI, 2013, p. 32).¹¹⁸

No Brasil, os Direitos Sociais estão previstos e elencados pelo artigo 6º da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.¹¹⁹

¹¹⁵ BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social**. P. 200. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 63-83.

¹¹⁶ *Ibidem*. P. 63-83.

¹¹⁷ *Ibidem*. P. 63-83.

¹¹⁸ SELAYARAN, Alexandre; MACHADO, Guilherme; MORAIS, Fausto. A (não) conexão entre judicialização excessiva do direito à saúde e ativismo judicial. . *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, 2018, 27p. P. 15.

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentre esses Direitos Sociais, observa-se que um dos que se encontram mais judicializados, devido ao volume de casos, é justamente o Direito à Saúde. Nesse sentido, SCHULZE afirma que

Os processos judiciais ainda são escassos em relação ao lazer e à segurança, mas os demais Direitos Sociais representam grande parte da judicialização brasileira, com destaque, evidentemente, para o Direito à Saúde. E isso decorre, também, porque os Direitos Sociais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º §1º da Constituição) e configuram cláusula pétrea (art. 60 da Constituição), razão pela qual não podem ser suprimidos. Além disso, já está consagrado que o Estado possui a obrigação de cumprir vários mandamentos que dão base à teoria dos Direitos Sociais, tais como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o mínimo existencial em saúde, a vedação de retrocesso social e o dever de progresso em saúde.¹²⁰

Assim, conforme afirmado ao longo do último capítulo, devido a obrigação estatal em efetivar os Direitos Sociais, que são munidos de proteções e características como a *aplicabilidade imediata*, o *princípio da dignidade humana*, o *mínimo existencial*, a *vedação do retrocesso social*¹²¹ etc., fica evidente o porquê dos cidadãos frequentemente recorrem à sua judicialização, já que configuram uma obrigação estatal tão evidente.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no período compreendido entre 2008 a 2017, houve grande crescimento no número de demandas de saúde, chegando a um aumento de 130% nas demandas de primeira instância:

Considerando o acima exposto, a LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios “Justiça em Números” do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. O crescimento das demandas sobre saúde foi, portanto, muito superior ao crescimento das demandas em geral do Judiciário, reforçando a relevância do tema.¹²²

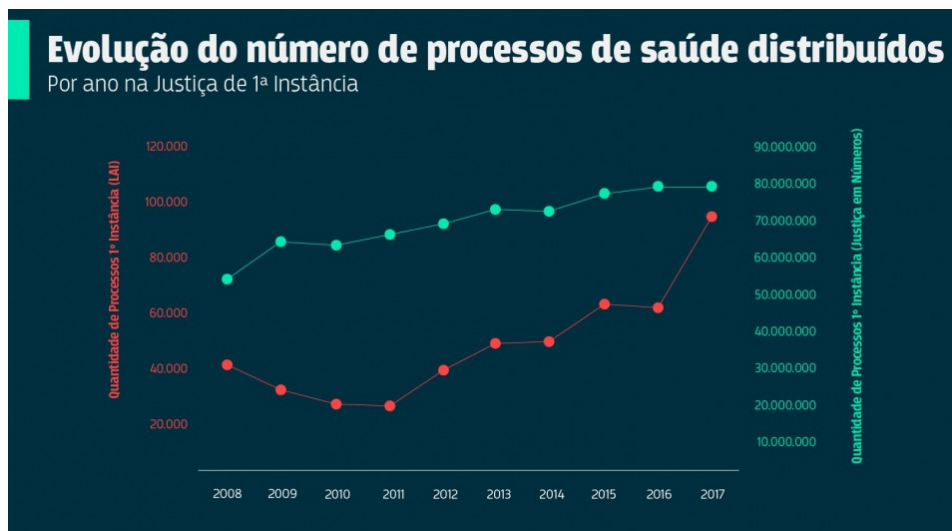
¹²⁰ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 25

¹²¹ Iremos abordar estes princípios novamente no quarto capítulo do presente estudo.

¹²² INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 15.

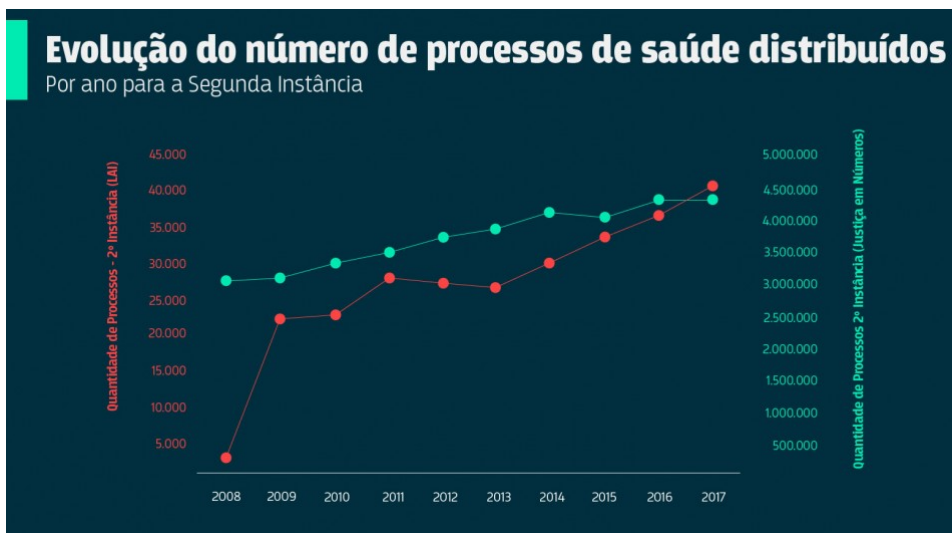
Para melhor visualização, colaciona-se os gráficos que demonstram a evolução do número de ações no período analisado:

Figura 1 - Evolução do número de processos de saúde distribuídos por ano na Justiça de 1ª Instância



Fonte: INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 46.

Figura 2 - Evolução do número de processos de saúde distribuídos por ano para a Segunda Instância



Fonte: INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 47.

A dúvida que surge, destarte, é o porquê do Direito à Saúde ser judicializado com mais frequência que os outros, já que o Brasil possui carências sociais profundas também nas outras áreas dos Direitos Sociais.

Uma das soluções para essa questão é que as políticas públicas normalmente constituem instrumentos para efetivação dos direitos fundamentais através de atendimentos de determinadas demandas uniformes dos cidadãos. Entretanto, essa uniformidade não é perfeita, e demandas específicas de indivíduos que não se vêem contemplados pelas políticas públicas se tornam frequentes¹²³. Se analisado o caso do direito à saúde, percebe-se que é um dos direitos sociais que mais oportunizam o surgimento dessas demandas específicas, na medida em que a saúde está em constante e complexa evolução tecnológica, com a criação de novos tratamentos e medicações.

É oportuno frisar que a Judicialização do Direito à Saúde se apresenta, normalmente, em duas hipóteses. Na primeira, temos o pedido de fornecimento de medicamentos já incorporados ao SUS que foram negados na via administrativa, ou seja, há um direito evidente de obtenção da medicação, mas devido a uma falha no sistema ou problema de gestão, o paciente não consegue acesso à medicação. Não há, assim, a criação de política pública por parte do Judiciário.¹²⁴ Na segunda hipótese, temos o pedido judicial de tratamentos e medicações que não foram incorporados ao SUS ou que não possuem registro na ANVISA. Neste caso, poder-se-ia argumentar que o Judiciário está criando uma política pública, por esta razão, ele deve agir com cautela, devido à ausência de previsão legal à sua concessão ou fornecimento pelo administrador.¹²⁵

A RENAME, conforme consta da PNM, "(...) será organizada consoante às patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do País."¹²⁶ e os medicamentos essenciais são "(...) os medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos

¹²³ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos**: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 36.

¹²⁴ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde**: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 41.

¹²⁵ *Ibidem*. P. 41.

¹²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília, 2001, 40p. P. 21.

problemas de saúde da população.”¹²⁷ Observa-se que a repetição de termos como “maioria” e “mais prevalentes” demonstra que a lista não abrange todos os possíveis problemas de saúde da população. Dessa maneira, a princípio, aqueles cidadãos acometidos por doenças mais raras estariam excluídos da assistência farmacêutica.¹²⁸

Por esta razão, a assistência farmacêutica vem sendo ampliada, conforme explica ANDRADE:

Nos últimos anos, o Ministério da Saúde tem ampliado significativamente a assistência farmacêutica pública, centrando-a não mais apenas nas doenças prevalentes. Busca-se abranger nas políticas públicas de saúde também as necessidades terapêuticas de grupos mais restritos e o tratamento de doenças raras.¹²⁹

E essa ampliação está diretamente conectada com a judicialização, assim afirma o autor:

(...) a escalada do processo de judicialização da assistência farmacêutica certamente foi um dos fatores que contribuiu para reformulação da assistência farmacêutica no âmbito do SUS, com vistas a superar a suposta pretensão de que a RENAME poderia ser suficiente às necessidades terapêuticas da população.

Posto isso, a judicialização da saúde decorre, em parte, dessa inevitável omissão das políticas públicas, na medida em que nenhuma norma é capaz de abranger todas as situações fáticas porventura existentes ou que possam vir a surgir,¹³⁰ e acaba por contribuir no saneamento dessas omissões, já que através da judicialização o Estado pode observar onde estão as lacunas. Nesse sentido concluiu BITTENCOURT ao estudar a produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil:

A produção acadêmica que discute o fenômeno da judicialização teoricamente afirma que o ato de reivindicar por via judicial ações e serviços de saúde é resultado do modelo de Estado Democrático e deve ser considerado instrumento legítimo para a efetivação do direito à saúde, conforme previsto na Constituição. Neste sentido a judicialização é aliada do SUS, por sinalizar as deficiências e estimular a reflexão para

¹²⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília, 2001, 40p. P. 36.

¹²⁸ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 92.

¹²⁹ *Ibidem*. P. 93.

¹³⁰ *Ibidem*. P. 36.

novas políticas, além de instrumento que reforça o Estado Democrático em que vivemos porque viabiliza a grupos minoritários e vulneráveis o devido acesso à saúde.¹³¹

Dessa forma, cabe ao Estado prestar a devida atenção nas tendências de judicialização dos Direitos Sociais, a fim de ter um melhor panorama das deficiências das políticas públicas. Da mesma forma, cabe aos secretários de saúde pleitearem investimentos com base no levantamento dos custos das demandas judiciais que foram obrigados a atender.¹³²

3.2 Da reivindicação de medicamentos e tratamentos por via judicial

Diante da notória escassez de recursos públicos e as limitações naturais de um sistema público de saúde em um país de dimensões como o Brasil, nos deparamos com uma grande lacuna na efetivação do direito à saúde constitucionalmente previsto. E dentro dessa lacuna, há de se afirmar que o acesso a medicamentos se mostra um dos maiores problemas para a população e desafios prestacionais para o Estado e o SUS. Assim, a assistência farmacêutica, conforme abordada no capítulo anterior, se torna o objeto da maioria das demandas judiciais de saúde.

A pesquisa realizada pelo INSPER para o CNJ demonstra exatamente este cenário:

O conjunto analisado de decisões em segunda instância é formado por 164.587 casos. Excluindo-se aqueles casos que foram identificados tanto como públicos quanto como privados, tem-se um universo de 132.923 casos, dos quais 91.904 correspondem a demandas por medicamentos contra entidades públicas. Neste universo, 83.198 são demandas por medicamentos, totalizando 91% das demandas. Em outras palavras, quando desagregados os dados em público e privado, percebemos que, no que se refere à judicialização contra o SUS, os medicamentos são responsáveis por grande maioria das demandas.¹³³

¹³¹ BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, s.l. , v. 5, n. 1, p. 102-121, 2016. P. 116.

¹³² GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica.** Natal, RN, 2013. 115p. P.76.

¹³³ INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 128.

Devido a este grande número de ações requisitando medicamentos por via judicial, é preciso analisar as demandas sob a óptica da efetivação do direito à saúde, na medida em que não são um fim em si mesmas, e sim um meio para o preenchimento de uma lacuna na efetivação deste direito constitucional. Nesse sentido, explica ANDRADE:

Tratando-se direito à assistência farmacêutica, nota-se que a constituição o assegurou no âmbito do direito à saúde. O direito de acesso a tratamentos medicamentosos, nesse sentido, não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas como meio ou condição para a saúde. Esse parece ser bem jurídico protegido pelo texto constitucional. Sendo a saúde o bem jurídico protegido, do ponto de vista do caso concreto há de se verificar se o medicamento pleiteado corresponde a uma real necessidade do indivíduo. Em outras palavras, deve-se questionar se e em que medida o tratamento requerido contribui, na acepção do texto condicional, para a promoção, proteção e recuperação das condições de saúde da pessoa.¹³⁴

Retomando a discussão do segundo capítulo do presente estudo, passaremos a identificar qual é o núcleo essencial do direito à saúde. É justamente o desrespeito deste núcleo por parte da Administração Pública que permitiria e legitimaria a reivindicação de medicamentos por via judicial e a consequente intervenção do Judiciário na saúde pública, levando ao fenômeno da judicialização da saúde.

DUARTE define o núcleo essencial do direito à saúde como “todas as prestações que protegem, mediata ou imediatamente, a vida humana, a que se deu o nome de demandas de saúde de primeira necessidade.”¹³⁵ Assim, simplificando, a autora propõe que o direito à vida é o núcleo do direito à saúde.

Essa proposta surge do fato de ser a vida humana o bem jurídico de maior importância, pois é somente através dela que temos a oportunidade de fruir todos os outros direitos fundamentais¹³⁶. Por carregar tamanha importância, as demandas de saúde que tratam da proteção à vida ganham a classificação de *primeira necessidade* e as que não são necessárias à manutenção da vida são classificadas como de *segunda necessidade*¹³⁷, porque estariam fora do núcleo essencial.

¹³⁴ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 30.

¹³⁵ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 80.

¹³⁶ *Ibidem*. P. 80.

¹³⁷ *Ibidem*. P. 80.

Dentro das demandas de segunda necessidade temos diferentes níveis de essencialidade, como, por exemplo, um pleito judicial que requer o fornecimento de uma vacina que previne uma doença não letal mas que causa diversas deformidades teria um grau alto de essencialidade, já um tratamento para acne teria um grau baixo de essencialidade.¹³⁸

Uma demanda ser classificada como de segunda necessidade e fora do núcleo essencial do direito à saúde não significa, porém, que não há possibilidade de seu provimento judicial, mas sim que passará por uma cognição mais profunda porque, conforme explica DUARTE,

“ (...) excluídas do núcleo essencial do direito à saúde, concorrerem com os demais direitos fundamentais na disputa pelos recursos públicos (financeiros, humanos e de outras naturezas) necessários para a sua eficácia. A delimitação desses direitos em caráter definitivo apenas será possível no caso concreto, sob o viés da essencialidade à dignidade humana e diante das possibilidades fáticas do Poder Público de provê-las de maneira universal. Assim, as demandas de saúde de segunda necessidade deverão ser classificadas concomitantemente aos demais direitos fundamentais sob o critério aludido e, após, submetidas ao filtro das disponibilidades estatais; aquelas qualificadas como mais essenciais e faticamente viáveis também merecerão o enquadramento como direitos definitivos, ensejando a obrigatoriedade da sua disponibilização por políticas públicas igualitárias cuja ausência permitirá a ingerência judicial.¹³⁹

Ainda, sobre a necessidade de cognição nas demandas de saúde, explica a autora:

Sob a referência da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2002), percebe-se que o direito à saúde, na maneira como é gizado constitucionalmente, caracteriza-se como norma princípio, concebida pelo autor como um mandado de otimização, a ser implementado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Desta forma, o direito à saúde abstratamente considerado consiste tão somente em um direito *prima facie*; a existência do direito definitivo apenas pode ser afirmada no caso concreto, após o exame das viabilidades de fato e de direito.¹⁴⁰

Em vista disso, conclui-se que o Judiciário deve analisar atentamente o caso concreto nas demandas que se encontram fora do núcleo essencial do direito à saúde, isto é, que não envolvam risco de vida. Para esse fim, existem algumas ferramentas disponíveis ao Judiciário, dentre elas, escolhemos abordar brevemente

¹³⁸ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 92.

¹³⁹ *Ibidem*. P. 80.

¹⁴⁰ *Ibidem*. P. 79.

o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), por entendermos que possui grande importância.

O NATJUS foi criado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) em parceria com a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil no ano de 2009¹⁴¹, hoje está presente em todo o Brasil através do NATJUS Nacional, e tem por objetivo fornecer ao Judiciário notas técnicas com fundamentos científicos que auxiliam na análise de pedidos que envolvam procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos.¹⁴²

Dessa forma, o NATJUS é eficiente em qualificar e dar credibilidade científica para as decisões judiciais, evitando que se posicionem de maneira diversa à opinião médica e, também, em auxiliar e nortear o Judiciário nas diferentes nuances científicas dos casos concretos.

3.3 Histórico Jurisprudencial

3.3.1 Primeiras ações de assistência farmacêutica

Considerando a construção da saúde pública no Brasil, que culminou na promulgação da CF/88 e no surgimento do SUS, poder-se-ia teorizar que as demandas de saúde surgiram durante essa época inaugural do SUS. Entretanto, conforme explica ANDRADE, a primeira decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito subjetivo à assistência farmacêutica gratuita ocorreu por volta de 10 anos após a promulgação da Constituição.¹⁴³

(...) o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1999, pela primeira vez enfrentou com centralidade a temática da saúde pública universal, integral e gratuita, tal como positiva constitucionalmente.

A partir de então, o número de demandas judiciais pelo acesso a bens e serviços de saúde, em especial medicamentos, cresceu vertiginosamente, tanto nas instâncias ordinárias quanto no âmbito da jurisdição constitucional.¹⁴⁴

¹⁴¹ GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica.** Natal, RN, 2013. 115p. P. 51.

¹⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Direito da Saúde.**

¹⁴³ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 2.

¹⁴⁴ *Ibidem.* P. 2.

Uma das primeiras ondas de judicialização do direito à saúde ocorreu no início dos anos 90 durante a crise do vírus HIV (Human Immunodeficiency Virus), onde pessoas portadoras do vírus e/ou AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome) reivindicavam medicamentos por via judicial devido à falta de políticas públicas voltadas para o tratamento da doença. Assim, a via judicial era o único meio de acessar os medicamentos para a doença. Apesar do grande crescimento das demandas judiciais de saúde nos últimos 30 anos, com o avanço das políticas e ações públicas na assistência às pessoas com HIV/AIDS, especialmente a ampla disponibilização gratuita dos medicamentos antirretrovirais, as demandas interpostas por essa parte da população diminuíram consideravelmente com o passar dos anos.¹⁴⁵

Com base nesse exemplo, surge a hipótese de que a falta de políticas públicas eficientes para o tratamento de certas doenças, principalmente a ausência de ampla disponibilização de tratamentos gratuitos através do SUS, é um dos grandes incentivos para os pacientes recorrerem ao Judiciário e, assim que esta lacuna é preenchida, temos a diminuição do número de ações. Dessa forma, conforme discutido no começo do capítulo, podemos concluir que a judicialização serve também como uma ferramenta de pressão ao Estado, mostrando onde exatamente estão os problemas e lacunas nas prestações de saúde pública e agilizando seu saneamento.

3.3.2 Dos parâmetros e critérios objetivos definidos para deferimento das demandas

Passamos agora a análise dos parâmetros e critérios objetivos definidos pelo Judiciário para deferimento das demandas de requisição de medicamentos e tratamentos médicos. Para isso, selecionamos dois julgados e a Lei 12.401/2011.

Faremos uma análise específica desses dois casos que consideramos importantes à construção dos requisitos para procedência nas demandas de saúde. Nesses casos, nos atenderemos justamente a esses requisitos, sem detalhar demasiadamente o caso específico e outras informações pessoais à demanda.

¹⁴⁵ VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. P. 77-79.

Além dos julgados, analisaremos a legislação relevante ao entendimento desta questão.

3.3.2.1 Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178¹⁴⁶

Trata-se de um dos casos paradigmas para resolução das demandas relacionadas ao direito à saúde. A demanda originária possuía como objeto o fornecimento da medicação ZAVESCA (miglustat), sem aprovação na ANVISA, para uma paciente de 21 anos de idade portadora da doença degenerativa Niemann-Pick Tipo C, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como: “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas”¹⁴⁷, com base na recomendação dos relatórios emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação. A família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçado em R\$ 52.000,00 por mês.

Aqui, temos um agravo regimental interposto pela União, que ataca a decisão que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, mantendo o fornecimento do medicamento em caráter liminar.

Esse caso é de grande relevância para esta parte do trabalho, já que o Senhor Ministro Relator Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, definiu alguns parâmetros para a solução judicial das demandas de direito à saúde, baseando-se na Audiência Pública de Saúde realizada naquele Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009¹⁴⁸, onde estavam presentes gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil. Assim, a construção da análise do Senhor Ministro se desdobra carregada de opiniões de autoridades da Saúde.

Conforme se extrai do conteúdo da decisão, deve-se, em primeiro momento, perquirir-se a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de

¹⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010.

¹⁴⁷ *Ibidem*. P. 5.

¹⁴⁸ *Ibidem*. P. 6.

saúde postulada pela parte. No caso em comento, foi necessário verificar se existia protocolo clínico de tratamento para a moléstia rara da paciente.¹⁴⁹

Se o tratamento de saúde pleiteado não estiver entre as políticas públicas do SUS, deve-se verificar por qual razão não houve inclusão do fármaco e/ou tratamento pela CONITEC, se decorre de a) omissão legislativa ou administrativa; b) de vedação legal ou c) de decisão administrativa fundamentada.¹⁵⁰ Ressaltou, também, que é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O SUS adota a abordagem da chamada “Medicina Baseada em Evidências”¹⁵¹, assim, se a lacuna para determinada prestação de saúde decorrer de uma decisão administrativa de não fornecê-la, porque o SUS fornece tratamento alternativo, deve-se, inicialmente, privilegiar os Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente¹⁵², pois um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela por normalmente contrariar um consenso científico vigente.¹⁵³

Contudo, o Ministro ressalta que se por razões específicas do organismo do paciente, ficar comprovado que o tratamento fornecido não é eficaz, há a possibilidade de deferimento de tratamento diverso daquele nos protocolos.¹⁵⁴ Além disso, segundo afirmado pelo Ministro da Saúde à época da audiência pública

¹⁴⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010. *Passim*.

¹⁵⁰ *Ibidem*. P. 20.

¹⁵¹ “A medicina baseada em evidências (MBE) é definida como o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica. Em outras palavras, a MBE utiliza provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na prática clínica. Quando abordamos o tratamento e falamos em evidências, referimo-nos a efetividade, eficiência, eficácia e segurança. A efetividade diz respeito ao tratamento que funciona em condições do mundo real. A eficiência diz respeito ao tratamento barato e acessível para que os pacientes possam dele usufruir. Referimo-nos à eficácia quando o tratamento funciona em condições de mundo ideal. E, por último, a segurança significa que uma intervenção possui características confiáveis que tornam improvável a ocorrência de algum efeito indesejável para o paciente. Portanto, um estudo com boa validade interna deverá apresentar os componentes descritos acima.” (EL DIB, Regina Paolucci. **Como praticar a medicina baseada em evidências**. J. vasc. bras., Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 1-4, Mar. 2007. P.1).

¹⁵² Assim, é importante, também, que ao solicitar um tratamento fora dos protocolos clínicos, que a parte comprove que fez uso dos tratamentos disponibilizados pelo SUS e que estes não surtiram efeito.

¹⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010. 31 pgs. P. 22.

¹⁵⁴ *Ibidem*. P. 23.

realizada, deve-se revisar periodicamente os protocolos existentes, não se podendo afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.¹⁵⁵

Há, também, a possibilidade de que a falta de política estatal decorra de uma omissão administrativa, quando o SUS não possui tratamento específico para determinada moléstia. Nesse caso, deve-se verificar¹⁵⁶ se o tratamento é puramente experimental ou se é um novo tratamento que ainda não foi testado pelo sistema de saúde brasileiro. Isso porque, os tratamentos experimentais entram na categoria de pesquisa clínica, conforme explica o Senhor Ministro:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.¹⁵⁷

Dessa forma, em caso de tratamentos experimentais, o medicamento não poderá ser concedido em hipótese alguma.

Já no caso dos novos tratamentos que ainda não foram incorporados pelo sistema de saúde brasileiro, o Senhor Ministro ressalta que há possibilidade de impugnação judicial dessa omissão estatal em fornecer tratamento a certa moléstia e provimento judicial da demanda, desde que a instrução processual seja adequada, com ampla produção de provas, podendo configurar um óbice ao deferimento de medidas cautelares.¹⁵⁸

O Senhor Ministro relator ressalta a importância da atenção ao caso específico neste tipo de demanda:

¹⁵⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010. 31 pgs. P. 23.

¹⁵⁶ *Ibidem*. P. 23.

¹⁵⁷ *Ibidem*. P. 24.

¹⁵⁸ *Ibidem*. P. 24.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.¹⁵⁹

Por fim, o Senhor Ministro finaliza seu voto analisando a questão da responsabilidade solidária dos entes federativos.

3.3.2.2 Lei 12.401/2011

A Lei n. 8.080/1990, que criou e concretizou o SUS, não abordou o fornecimento de medicamentos. Dessa forma, após a Audiência Pública realizada em 2009, a Lei 12.401/2011¹⁶⁰ acresceu à Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) regras sobre a incorporação de tecnologias de saúde no Sistema Único de Saúde. Abordaremos quais parâmetros foram positivados nesta lei.

Primeiro, conforme consta do Art. 19-M¹⁶¹, I e do art. 19-P¹⁶², há a exigência de que a dispensação de medicamentos e outros produtos de interesse para a saúde seja realizada em conformidade com os protocolos clínicos e diretrizes

¹⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010. 31 pgs. P. 24.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**

¹⁶¹ “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;” (BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**)

¹⁶² “Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

(...)

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.” (*Ibidem*).

terapêuticas ou, na sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores federal, estaduais e municipais.

Segundo, conforme o Art. 19-Q¹⁶³, é atribuição do Ministério da Saúde, assessorado pela CONITEC, decidir sobre incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como para constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas;

Por último, a Lei apresenta clara vedação de dispensação de medicamento ou produto não registrado na ANVISA, de acordo com o Art. 19-T¹⁶⁴.

3.3.2.3 REsp. 1.657.156

Ao julgar a Resp.1.657.156¹⁶⁵, o STJ abordou a possibilidade de se conceder medicamentos que não se encontram incorporados ao SUS. Ressalta-se que o precedente possui efeito vinculante, porque submetido ao rito dos recursos repetitivos.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O caso dos autos originários é um pedido de fornecimento das medicações azorga 5 ml, glaub 5 ml e

¹⁶³ Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.” (*Ibidem*).

¹⁶⁴ “Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.” (BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**)

¹⁶⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. **REsp nº 1.657.156**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Cerqueira Reis de Carvalho e Outros. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. 2018.

optive 15 ml, receitados no âmbito do SUS, para o tratamento de glaucoma crônico bilateral (Classificação Internacional de Doenças - CID 440.1), doença da qual a autora da ação é portadora.

O Senhor Ministro Relator Benedito Gonçalves, em seu voto, define que para a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS é necessária a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

III) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.¹⁶⁶

Assim, o STJ, no mesmo sentido do julgamento pelo STF das Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178 anteriormente analisado, reconheceu que para a concessão de medicamento fora da lista do SUS deverá a parte comprovar a imprescindibilidade/necessidade deste, além da ineficácia do fornecido pelo SUS, e, indo além, acrescentou dois requisitos cumulativos para o fornecimento do fármaco: a incapacidade financeira da parte e a existência de registro na ANVISA. Em atenção à segurança jurídica, o STJ modulou os efeitos dessa decisão, a fim de que esses dois últimos requisitos só poderão ser exigidos nas demandas propostas após 4/5/2018.¹⁶⁷

CAPÍTULO 4 - Reflexões sobre os limites e as potencialidades da judicialização como ferramenta de efetivação do Direito à Saúde

Neste capítulo final, nos aprofundaremos na análise do fenômeno da judicialização da saúde, a fim de compreender quais são os seus limites, isto é,

¹⁶⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. **REsp nº 1.657.156**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Cerqueira Reis de Carvalho e Outros. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. 2018. P. 1.

¹⁶⁷ *Ibidem*. P. 26.

quando e como pode o Judiciário agir, e pontos negativos, assim como suas potencialidades e pontos positivos como instrumento de efetivação dos direitos sociais. Para isso, faremos uma reflexão sobre os principais argumentos que giram em torno da judicialização dos Direitos Sociais, tomando, se possível, uma posição ao final das análises.

4.1 Da judicialização excessiva de demandas de fornecimento de medicamentos

Considerando o grande número de demandas de fornecimento de medicamentos, é pertinente analisar o impacto que essa judicialização excessiva acaba por ter, principalmente quando se tratam de demandas de alto custo¹⁶⁸. Segundo a pesquisa realizada pelo INSPER, esse número elevado de processos implica grandes gastos públicos:

O número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$1,6 bilhão em 2016. Tal montante, ainda que pequeno frente ao orçamento público para a saúde, representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais.¹⁶⁹

A judicialização em excesso e o expressivo protagonismo do Judiciário em matéria de saúde pública demonstra, de fato, uma crise no setor público, pois a judicialização só é necessária para suplementar as políticas públicas de saúde. Segundo SCHULZE,

¹⁶⁸ Em abril de 2019 foi assinada a portaria de incorporação do medicamento Nusinersena no SUS. Trata-se do medicamento mais caro já incorporado, para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME). Antes de sua incorporação, a obtenção da medicação no Brasil acontecia, normalmente, por via judicial. “Em 2018, foram contratadas 69 compras, para a aquisição de 496 unidades; em 2019, até 28 de abril, oito compras, correspondentes a 118 unidades. Ao final dos 16 meses, em exame foram gastos pelo Governo Federal cerca de R\$ 143 milhões, para o suprimento de 614 frascos do medicamento (...).” (CAETANO, Rosângela; HAUEGEN, Renata Curi; e OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. **A incorporação do nusinersena no Sistema Único de Saúde: uma reflexão crítica sobre a institucionalização da avaliação de tecnologias em saúde no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 35, n. 8, p. 1/15. 2019. P. 3).

¹⁶⁹ INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 7.

O excesso de processos judiciais é um mau sinal, pois demonstra que o serviço público – e suplementar – não é prestado adequadamente e por isso o direito somente pode ser conquistado na via judicial (...)

Além do número alto de demandas e o conseqüente aumento nos gastos públicos, menciona-se que também é comum de serem proferidas decisões julgando cabível o deferimento de tratamentos que não se encaixam naqueles parâmetros e critérios objetivos definidos pelo Judiciário¹⁷⁰. São eles os tratamentos experimentais, de eficácia duvidosa ou associados a terapias alternativas¹⁷¹ sem teor científico.

Um exemplo icônico é o da Fosfoetanolamina, ou “pílula do câncer” como ficou conhecida à época, que resultou, segundo mencionado na pesquisa realizada pelo INSPER para o CNJ, “(...) no período de oito meses, em cerca de 13 mil liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse medicamento ainda não aprovado na ANVISA e cuja eficácia ainda não havia sido comprovada por estudos técnicos.”¹⁷²

Cabe ao Estado proteger a população dos tratamentos médicos que são divulgados com profundo sensacionalismo midiático. Nesse sentido, explica VENTURA ET AL que

(...) a problemática central trazida para o Direito e a Saúde – que se expressa no fenômeno da judicialização da saúde – é a de como o Estado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades oferecidas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, cria “necessidades” para “vender” soluções. E, ao mesmo tempo, fazer cumprir com seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços biotecnocientíficos que de fato podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem-estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.¹⁷³

Segundo BARROSO, tais excessos e inconsistências acabam por pôr em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos

¹⁷⁰ Conforme analisados no ponto 3.3.2 do presente trabalho.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. P. 876 *in*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

¹⁷² INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 7.

¹⁷³ VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010, P. 83.

públicos.¹⁷⁴ A partir desta premissa, o autor argumenta que “(...) no limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.”¹⁷⁵

Assim, ao conceder tratamentos irrazoáveis, o Judiciário causa um dano à saúde pública e sua conduta tem o efeito contrário à pretendida efetivação do direito à saúde.

Em contraponto, é importante ressaltar que um medicamento não ter a eficácia comprovada não significa, necessariamente, que é inferior àqueles que compõem os protocolos clínicos do SUS, em vista de que a tecnologia na área médica está em constante e rápida evolução, com novas medicações e tratamentos sendo lançados frequentemente. Há casos, inclusive, de medicações sem comprovação científica que acabam adentrando os protocolos clínicos de tratamento para certas moléstias.

Como exemplo do argumentado, reporta-se que o atual Ministro da Saúde Marcelo Queiroga, anunciou no dia 23 de abril de 2021, em entrevista ao jornal O Globo¹⁷⁶, que o Ministério da Saúde está elaborando um protocolo autorizando médicos a receitarem medicamentos como ivermectina e hidroxicloroquina no tratamento contra a Covid-19, doença viral que causa a pandemia mundial contemporânea a confecção do presente estudo. Entretanto, estes medicamentos não possuem eficácia comprovada, conforme consta de diversos estudos científicos¹⁷⁷, além de serem desaconselhados pela Organização Mundial da Saúde.

Outro ponto importante a ser analisado quanto ao excesso de demandas de fornecimento de medicamentos é a capacidade econômica das partes postulantes. DUARTE, elucidando a classificação dos direitos elaborada por Robert Alexy, diz que:

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** P. 876 in: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

¹⁷⁵ *Ibidem.* P. 875.

¹⁷⁶ CAPPELLI, Paulo. Ministro da Saúde vai lançar protocolo para uso de medicamentos contra Covid-19, incluindo cloroquina, de ineficácia comprovada. **O Globo.** Brasília, 23 de abril de 2021. Sociedade.

¹⁷⁷ Colaciona-se compilado de estudos científicos que abordam a eficácia dos medicamentos citados, organizados pelo Sanar Medicina: <https://www.sanarmed.com/pesquisas-cientificas-sobre-uso-hidroxicloroquina-covid-19> (SANAR. SANAR MEDICINA. **Pesquisas científicas sobre o uso de cloroquina e hidroxicloroquina na Covid-19.** 2020, s.l.)

Alexy (2002, p. 430) classifica os direitos à prestação em sentido amplo em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. Estes serão direitos fundamentais apenas se tratarem de direitos subjetivos constitucionais. O direito fundamental à saúde situa-se entre os direitos à prestação em sentido estrito.

Os direitos a prestações em sentido estrito são, segundo Alexy (2002, p. 482) “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrar no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares”.¹⁷⁸

Dessa forma, a Saúde, como direito à prestação em sentido estrito, caso o indivíduo possua os meios financeiros, pode obtê-la de instituições particulares como hospitais e planos de saúde. Assim, surge o questionamento quanto à possibilidade de provimento das ações em que as partes possuem a capacidade financeira de arcar com o tratamento que estão demandando.

Conforme analisado anteriormente, no julgamento da REsp. 1.657.156 foram definidos alguns parâmetros cumulativos para o deferimento de tratamentos por via judicial. Entre esses parâmetros, o número II¹⁷⁹ exige a comprovação da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito. Por esta razão, cabe ao Judiciário a análise atenciosa e ponderada deste requisito.

Conclui-se que apesar de não constituírem a maioria das decisões de fornecimento de medicamentos, há, de fato, decisões com excessos e incongruências com os parâmetros definidos pelos tribunais superiores e em desacordo com a Política Nacional de Medicamentos, que causam um desbalanço no sistema como um todo. Entendemos que este é um limite claro à judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. No mesmo sentido, observamos que há, também raramente, protocolos clínicos com medicações e tratamentos sem eficácia comprovada, aprovados por motivos políticos e não científicos.

4.2 Ofensa ao princípio da separação dos poderes e da organização da Administração Pública

Outro argumento que observamos frequentemente na doutrina e dentro das demandas de fornecimento de medicamentos é o de que o Judiciário estaria

¹⁷⁸ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 86.

¹⁷⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. **REsp nº 1.657.156**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Cerqueira Reis de Carvalho e Outros. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. 2018. P. 1.

intervindo de maneira incorreta em matéria de implementação de políticas públicas, que somente deveriam ser deliberadas pelo Executivo e Legislativo, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes.

Conforme explica GALVÃO, a principal linha argumentativa dos defensores dessa tese é a que

(...) o poder Executivo e o poder Legislativo estão em melhores condições políticas de definir e implementar a política de saúde pública. Isso porque os legisladores, assim como os integrantes do Ministério da Saúde, contam com ampla equipe de técnicos e assessores, os quais podem lhes fornecer as informações necessárias para a melhor distribuição de recursos. Já os juízes, que se ocupam apenas de lides individuais, não têm uma dimensão do todo, ou seja, não estão capacitados, devido à sua posição no espaço político, a promover uma política de distribuição de recursos.¹⁸⁰

Entendemos que este argumento não se aplica nas demandas de saúde, na medida em que o Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, ao interpretar a Constituição e as leis, deve agir de maneira a efetivar a Democracia, proteger os direitos fundamentais e não somente aplicar as Leis. Dessa forma, se uma política pública de saúde é determinada de forma específica pela constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado.¹⁸¹ Nesse sentido, argumenta BARROSO:

Podem Juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas - isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente.¹⁸²

¹⁸⁰ GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte**: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 25.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. P. 881 in: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. P. 882 in: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875.

Essa atuação do Judiciário se trata, também, do controle recíproco entre os poderes, mencionado por MONTESQUIEU, na obra “O Espírito das Leis”¹⁸³, formando o que se convencionou chamar de “sistema de freios e contrapesos”. Nesse ponto, SILVA expõe algumas maneiras que os três Poderes exercem funções atípicas que adentram a linha de atuação dos outros:

As funções típicas do executivo, legislativo e judiciário são respectivamente: Administrar o interesse público garantindo a sua integral e efetiva execução bem como praticar atos de chefia de estado e de governo; legislar e fiscalizar o interesse público; e apreciar/julgar o direito lesionado ou que sofre de ameaça, posto em sua apreciação, entretanto todos esses órgãos além de suas funções típicas têm suas funções atípicas, por exemplo: o Executivo pode legislar (função típica do Legislativo), por exemplo quando o presidente promulga decretos, conforme artigo 84, inciso IV da CFB, edita medidas Provisórias de acordo com o artigo 62 da CFB e julga (função típica do Judiciário) processos administrativos disciplinares; o Legislativo pode administrar (função típica do executivo), por exemplo, administrando o Congresso Nacional, nomeando, exonerando seus servidores, realiza contratos administrativos de obras e serviços e o Senado Federal julga (função típica do Judiciário) o Presidente da República em crimes de responsabilidade conforme artigo 52 inciso I da CFB; e o Judiciário pode legislar (função típica do Legislativo), por exemplo quando elabora o regimento interno de um Tribunal e pode administrar (função típica do Executivo), por exemplo, quando administra seu órgão, concedendo férias/licença aos seus servidores, realizando procedimentos administrativos como licença e concurso público.¹⁸⁴

É completamente legal a intervenção do Judiciário nestas ações desde que as decisões judiciais possuam respaldo, além da Constituição, nos critérios definidos pelos instrumentos de assistência farmacêutica existentes no país, como a Política Nacional de Medicamentos, e também nos parâmetros definidos pelo próprio Judiciário, conforme discutido no terceiro capítulo.

Assim, o argumento de que o Poder Judiciário não possui a capacidade técnica de promover uma política de distribuição de recursos também não encontra respaldo, já que as decisões judiciais tem a obrigação de serem bem fundamentadas¹⁸⁵, além dos juízes disporem de um leque de ferramentas que visam

¹⁸³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murascho. 2ª edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 173/176.

¹⁸⁴ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015. P. 73.

¹⁸⁵ Vide o Art. 93 da CF/88:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à

trazer tecnicidade científica às decisões, como as perícias realizadas durante a instrução processual e o NATJUS Nacional, que discutimos no ponto 3.2 do presente trabalho. Dessa forma, o argumento aqui debatido não tem força para configurar um limite à judicialização.

Adiciona-se, inclusive, que em grande parte dos casos, a intervenção judicial na saúde ocorre somente para efetivar políticas já existentes, conforme colocação do Senhor Ministro Gilmar Mendes ao julgar as suspensões de tutela antecipadas nº 175 e 178:

(...) Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil. Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública Saúde: **no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.**¹⁸⁶ (grifou-se)

O aqui defendido parece ser ser o entendimento majoritário da jurisprudência e dos Tribunais Superiores, como ao exemplo do AgInt no REsp 1.553.112/CE, de relatoria do Senhor Ministro Gurgel de Faria, ementado da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA

intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010. 31 pgs. P. 19.

AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. [...] 6. A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes. 7. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.553.112/CE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/3/2017)¹⁸⁷

Por fim, conforme já mencionado, a Administração Pública possui discricionariedade para, diante das limitações orçamentárias e escassez de verba, decidir onde alocar esses recursos e, conseqüentemente, onde não alocar. Entretanto, a Administração Pública tem a obrigação de estar preparada para absorver custos não previstos, conforme explica GALVÃO “(...) devem os entes federados suportar gastos não previamente identificados, mas de sua responsabilidade, como o fornecimento de medicamentos de alto custo aos cidadãos necessitados.”¹⁸⁸

4.3 Argumento do “Tiro pela culatra” e a elitização do acesso à saúde

Em outra frente argumentativa, temos o argumento do “tiro pela culatra” que defende que as

(...) decisões judiciais constituiriam fatores de desorganização do planejamento de políticas públicas de saúde, uma vez que os cronogramas de gastos públicos em determinados setores do sistema nacional de saúde não seriam cumpridos em razão da necessidade do uso dos recursos para arcar com as determinações judiciais de compra de medicamentos para suprirem interesses individuais.¹⁸⁹

Dessa forma, o Poder Judiciário, ao julgar procedentes os pedidos de medicamentos e tratamentos médicos gratuitos, sob a óptica de estarem promovendo a distribuição de recursos públicos aos mais necessitados e reduzindo desigualdades sociais, estariam, em verdade, fazendo justamente o contrário, criando desigualdade social¹⁹⁰, uma vez que estariam direcionando os recursos

¹⁸⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.553.112/CE**. Agravante: União. Agravado: Luciana Cordeiro de Castro. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data do Julgamento: 16 de fevereiro de 2017.

¹⁸⁸ GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica**. Natal, RN, 2013. 115p. P. 74.

¹⁸⁹ CASTRO, Vinícius. **Constitucionalismo e o direito à Saúde: O mal-estar do ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. P. 95.

¹⁹⁰ *Ibidem*. P. 95.

àquelas pessoas que possuem maior capacidade econômica e financeira e que, por isso, teriam o capital socioeconômico necessário para contratar advogados particulares para reivindicar sua pretensão de acesso à saúde junto ao Poder Judiciário.¹⁹¹¹⁹²

Em outras palavras,

Esse tipo de intervenção no SUS aprofundaria as iniquidades no acesso à saúde, privilegiando determinado segmento de indivíduos, com maior poder de reivindicação, em detrimento de outros, na medida em que necessidades individuais ou de grupos determinados seriam atendida em prejuízo a necessidade de outros grupos (BARATA; CHIEFFI, 2009; MARQUES; DALLARI, 2007; ZUCCHI, 2007)¹⁹³

BELLO também argumenta nesse sentido:

Ademais, em que pese a ampliação das Defensorias Públicas, há de se considerar que muitos cidadãos brasileiros não têm sequer condições físicas, quiçá financeiras e/ou técnicas de acesso ao judiciário em razão das suas condições de pobreza, saúde, moradia etc. Assim, a efetivação judicial dos direitos sociais acaba ficando restrita às classes médias e alheia aos mais pobres e necessitados, muitas vezes invisíveis diante da ótica forense.¹⁹⁴

No entanto, este argumento, deve ser recebido com cautela, porque, conforme COSTA E BORGES,

Estudos mais abrangentes e aprofundados devem ser realizados a fim de elucidar melhor os conceitos envolvidos, uma vez que são recentes. Especialmente o fenômeno da Judicialização da política de concessão de medicamentos carece de maior aprofundamento, já que **os dados sobre o precário acesso a medicamentos no Brasil, principalmente pela população pobre, parecem não condizer com afirmações de que a Judicialização é elitizada ou que signifique ameaça à política de saúde.** (grifou-se)¹⁹⁵

¹⁹¹ CASTRO, Vinícius. **Constitucionalismo e o direito à Saúde: O mal-estar do ativismo judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. P. 95

¹⁹² GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica.** Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 25/26.

¹⁹³ VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 79.

¹⁹⁴ BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social.** P. 198. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63–83.

¹⁹⁵ COSTA, Anabelle Carrilho da; BORGES, Maíra Selva. **A judicialização como acesso ao direito à saúde: considerações ao debate brasileiro.** Sociedade em Debate, s.l., v. 16, n. 1, p. 77-89, 2012. P. 87.

A contrapor essa corrente doutrinária, temos um estudo de DINIZ E MACHADO¹⁹⁶ que, analisando os processos judiciais distribuídos¹⁹⁷ de 2005 a 2010 na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), concluiu pela ausência de evidência de que a judicialização da saúde seja um movimento das elites, uma vez que 95% dos processos foram patrocinados pela Defensoria Pública¹⁹⁸, 85% foram instruídos com receita médica oriunda de serviços públicos de saúde¹⁹⁹ e, em 88% dos processos, a renda comprovada estava abaixo de R\$ 1.500,00²⁰⁰²⁰¹.

Também em sentido oposto ao argumento aqui polemizado, poder-se-ia teorizar que aqueles pacientes que possuem melhores condições financeiras buscam primeiro, normalmente, seus planos de saúde para tratamentos e fornecimento de medicamentos, o que constituiria um passo extra a ser ultrapassado para que recorram à via judicial, ao contrário dos pacientes em piores condições financeiras, que não possuem, em grande parte dos casos, planos de saúde particulares e, assim, estão sempre sujeitos às possíveis omissões do sistema público de saúde.

Pelo aqui exposto e dos estudos realizados, entendemos que a judicialização da saúde não parece configurar uma forma de elitização do acesso à saúde. Porém, ressalta-se que não há literatura e estudos científicos suficientes para se chegar a uma conclusão mais sólida.

4.4 Da Reserva do Possível

Se constatada a necessidade de um medicamento, prescrito por um médico, para o tratamento de um paciente que não se encontra abrangido pelos protocolos clínicos existentes, poderia o Judiciário alegar que o deferimento da medicação pleiteada causaria grave lesão à economia e à saúde pública da coletividade, em favor de um único indivíduo?

¹⁹⁶ DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. **A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 19, nº 2, p. 591/598, 2014.

¹⁹⁷ Distribuídos de forma aleatória, conforme referido na metodologia do trabalho (*Ibidem*. P. 592).

¹⁹⁸ *Ibidem*. P. 593.

¹⁹⁹ *Ibidem*. P. 593.

²⁰⁰ *Ibidem*. P. 593.

²⁰¹ O salário mínimo, em 2010, era de R\$ 510,00, de modo que em 88% dos casos a renda era inferior a 03 (três) salários mínimos. (BRASIL. Medida Provisória nº 474, de 23 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de janeiro de 2010 e estabelece diretrizes para a política de valorização do salário mínimo entre 2011 e 2023.**)

Para resolver esta questão, ANDRADE propõe que “(...) nenhuma coletividade pode ser titular de direitos. Essa coletividade corresponde, na verdade, a indivíduos, agrupados apenas para efeito prático de formulação e execução de políticas públicas.”²⁰² Assim, quando um Juiz alega que o deferimento de uma demanda individual de saúde fere o direito coletivo, ele estaria rejeitando um direito subjetivo cuja violação lhe foi posta pela via jurisdicional em nome de uma abstração (o coletivo) e da preservação de direitos que não se sabe em que medida seriam frustrados.²⁰³

Cumprе retomar neste momento um dos princípios do SUS, o da integralidade, que implica um atendimento individual integral, com atenção ao caso específico do paciente de acordo com as exigências das circunstâncias clínicas do seu caso.²⁰⁴ Isso impõe o mesmo cuidado ao Judiciário, que deve analisar o caso individual atentamente, de acordo com as necessidades e circunstâncias pessoais do paciente.

A reserva do possível²⁰⁵ é uma das teorias utilizadas pela Administração Pública como forma de afastar sua responsabilidade positiva de assegurar certos direitos sociais, entres eles o direito à saúde no contexto das demandas individuais de fornecimento de medicamentos.

Diante das limitações orçamentárias e escassez de recursos, os governos encontram o desafio de decidir, através do princípio da discricionariedade, onde alocar esses recursos e, conseqüentemente, onde não alocar.

Nos autos das demandas de saúde, sob a égide desta teoria, ou cláusula, o Estado argumenta que o fornecimento dos fármacos, à custa dos réus, sejam eles a União, Estados ou Municípios, redundaria em grave desequilíbrio nas contas públicas ou prejuízo efetivo de outras ações relativas à política de saúde. Entretanto, tal argumento não cabe para afastar o dever constitucional do Estado de efetivar e assegurar os direitos fundamentais sociais. Isso porque, se tal argumento afastasse esse dever estatal, estaria ferindo o princípio da igualdade e proporcionalidade, na medida em que somente aqueles indivíduos abrangidos pelas políticas públicas de saúde teriam seu direito efetivado e aqueles que necessitam recorrer ao Judiciário,

²⁰² ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos**: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 27.

²⁰³ *Ibidem*. P. 27

²⁰⁴ *Ibidem*. P. 82.

²⁰⁵ Proveniente do direito alemão, chama-se “Vorbehalt des Möglichen”.

por possuírem necessidades específicas não contempladas pelas políticas públicas, não o teriam.²⁰⁶

Pelo aqui exposto, concluímos que a reserva do possível não pode constituir óbice ao deferimento das demandas de saúde. Sua função seria, na verdade, apenas hermenêutica. Este parece ser o entendimento majoritário da doutrina brasileira. Sobre a questão, explica DUARTE que “a cláusula da reserva do possível, enquanto restritiva deste direito, não tem como consequência sua ineficácia, mas, simplesmente, demonstra a necessidade de sua ponderação”²⁰⁷

Sobre o mesmo assunto, explica ANDRADE que

A questão da reserva do possível sobre o aspecto financeiro-orçamentário, contudo, é de difícil aplicação sobre assistência farmacêutica, devido à sistemática constitucional brasileira que a assegura como direito fundamental.

Primeiro, porque faticamente será quase impossível que a necessidade de um indivíduo venha a comprometer o orçamento do setor como um todo. Segundo, porque não se trata de argumento constitucionalmente capaz de afastar o direito individual do cidadão. Terceiro, porque afastar o direito individual em face da escassez orçamentária implicaria evidente ofensa ao princípio da Igualdade. Não há justificativa razoável para se afirmar que o indivíduo não terá a sua demanda atendida, porém outros - que também precisam de medicamentos - terão as suas necessidades financiadas pelo Estado.²⁰⁸

Observa-se que, apesar de não poder constituir óbice ao deferimento das demandas de fornecimento de medicamentos, existem algumas situações onde o uso da reserva do possível alcança mais força, conforme explica GALVÃO:

(...) a utilização desse argumento [reserva do possível] poderia ser justificado quando:

- (a) vetar uma prestação que não está incluída na tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais do SUS;
- (b) negar o acesso aos recursos públicos de uma pessoa protegida por um plano ou seguro saúde, em que a prestação requerida está contratualmente garantida por este plano, segundo o contrato e as normas vigentes na Agência Nacional de Saúde e;
- (c) bloquear o acesso de um pedido de financiamento a serviços não essenciais ou supérfluos pelo erário público, sob o argumento de que não são necessários para a saúde de um indivíduo (MÉDICI, 2010, p.86).²⁰⁹

²⁰⁶ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos**: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 37.

²⁰⁷ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 90.

²⁰⁸ ANDRADE, Ricardo Barreto de. *Op. cit.* P. 40.

²⁰⁹ GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte**: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de

Por fim, concluímos que o argumento da reserva do possível pode servir raramente como um limitador da judicialização do Direito à Saúde, desde que devidamente comprovado no caso concreto. Finda a análise deste argumento, frisamos que o abordaremos novamente no próximo ponto do presente capítulo, onde o analisaremos brevemente sob a óptica do princípio do mínimo existencial.

4.5 Proteção ao mínimo existencial

O mínimo existencial tem origem no princípio liberal “*freedom from desperate conditions*”²¹⁰ que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana²¹¹ e representa o conjunto mais básico de direitos fundamentais que um cidadão necessita para ter uma vida digna. Configura, assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como uma limitação da atuação estatal e configurando um direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas²¹². É reconhecido pelo Art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.²¹³

Dessa forma o mínimo existencial pressupõe ao menos o direito à renda mínima, saúde, moradia e educação fundamental.²¹⁴ Mas, além disso, o mínimo existencial deve “(...) referir-se não apenas à mera sobrevivência fisiológica e

medicamentos e de assistência farmacêutica. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 75.

²¹⁰ Em tradução livre: “Liberdade das condições desesperadoras”.

²¹¹ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015. P. 115.

²¹² *Ibidem*. P. 115.

²¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2.200-A - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966.

²¹⁴ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 28

psíquica, mas também ao livre desenvolvimento da personalidade e a inclusão na sociedade”.²¹⁵

Retomando brevemente a teoria da reserva do possível, observamos que o mínimo existencial serve como seu contraponto. Em voto proferido no exame do ARE nº 639.337/SP-AgR, o Senhor Ministro Relator Celso de Mello argumenta que a cláusula da reserva do possível é limitada pela exigência constitucional de preservação do mínimo existencial:

“Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos - com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas ‘escolhas trágicas’ (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados ‘com sacrifício’ de outros) -, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte” (Segunda Turma, DJe de 15/9/11)²¹⁶

Dessarte, ainda que se possa usar a reserva do possível para o fim de ponderação no caso concreto e possivelmente limitar a judicialização dos direitos sociais, o dever de proteção do mínimo existencial impede que o argumento seja utilizado para afastar o provimento de uma demanda de saúde, principalmente se esta for de primeira necessidade, onde o paciente possui risco de vida.

Indo além do contraponto ao argumento da reserva do possível, observamos que a judicialização dos direitos sociais funciona como uma ferramenta de proteção ao mínimo existencial, suprimindo as lacunas nas políticas públicas e impondo à Administração Pública a sua devida proteção e atenção.

4.6 Judicialização como ferramenta de reafirmação da dignidade da pessoa humana

²¹⁵ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Editora Juruá, 2015. P. 115

²¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. AgRg no REspAgr nº 639.337/SP-AgR**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o princípio que norteia axiologicamente todo o sistema jurídico, pois contempla os valores fundamentais do sistema, potencializando os Direitos Fundamentais e o Estado Constitucional.²¹⁷ Encontra assento constitucional no art. 1º, inciso III da CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;²¹⁸

Segundo a visão de BARROSO

(...) a Dignidade Da Pessoa Humana é composta por três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor social. (...) o valor intrínseco distingue a pessoa humana dos outros seres vivos e das coisas, demonstrando que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade, inteligência, sensibilidade e comunicação e materializa o Direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral. A autonomia da vontade, nesta perspectiva, consiste na capacidade de autodeterminação, ou seja, na possibilidade de o indivíduo escolher livremente os rumos da sua vida, sem a intervenção estatal. Por fim, o valor comunitário refere-se à heteronomia, à vinculação das pessoas em relação ao grupo, projetando-se, também, a solidariedade.²¹⁹

Devido ao seu valor como regra jurídica constitucional, uma violação do princípio permitiria intervenção judicial como forma de controle constitucional.

Assim, uma das principais potencialidades da judicialização dos direitos sociais apontadas pela doutrina é a de que ela funcionaria como uma ferramenta de proteção e reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa teoria, este princípio ganha posição absoluta, acima de quaisquer considerações acerca da ordem econômica.²²⁰

Devido a este caráter absoluto, ocorrendo conflito de interesse entre o direito à saúde e a possibilidade financeira do Estado, deve a lide ser resolvida, inexoravelmente, em favor do primeiro.²²¹ Segundo GALVÃO, este argumento é

²¹⁷ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 26.

²¹⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹⁹ SCHULZE, Clenio Jair. *Op. cit.* P. 26.

²²⁰ GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica**. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 26-27.

²²¹ *Ibidem*. P. 26-27.

fortemente defendido dentro do STF, ao exemplo do agora ex-ministro Celso de Mello.²²²

Surgem algumas críticas à esta utilização do princípio, pois o caráter absoluto gera uma plasticidade e ambiguidade que permitem a sua invocação retórica em qualquer situação jurídica.²²³ Por esta razão, SCHULZE argumenta que cabe ao Judiciário, dentro das demandas de saúde, estabelecer limites a utilização do referido princípio:

Assim, o grande desafio da função jurisdicional é estabelecer os limites, a extensão e o alcance da dignidade da pessoa humana, vale dizer, de saber quais os fatos jurídicos que autorizam a invocação do princípio para a proteção do Direito Fundamental à Saúde. Nesta perspectiva, a Dignidade da Pessoa Humana não pode ser invocada isoladamente para a resolução de todos os casos sobre saúde, pois não há, em abstrato, a sua prevalência em todo e qualquer confronto fático e jurídico. Servirá como importante parâmetro argumentativo se o princípio estiver acompanhado de outro princípio ou valor constitucional para alicerçar a fundamentação jurídica.²²⁴

Dessa forma, entendemos que cabe ao Judiciário definir alguns critérios objetivos de análise do referido princípio dentro das demandas de saúde, justamente para ultrapassar sua ambiguidade. Concordamos, também, que a judicialização funciona como uma ferramenta de proteção e reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que o princípio seja evocado nos autos de maneira bem fundamentada.

4.7 Direito subjetivo constitucional à saúde

Dentro das potencialidades da judicialização, observamos que merece óbvio destaque a sua capacidade de concretizar o direito subjetivo à saúde que se extrai da Constituição da República, no sentido do argumentado ao longo do presente estudo. Iremos, agora, nos aprofundar nessa subjetividade e alguns dos princípios constitucionais que estão atrelados à possibilidade de concretizar o Direito à Saúde

²²² GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica.** Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 26-27.

²²³ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 27.

²²⁴ *Ibidem.* P. 27.

pela via judicial e, por fim, analisar quais são os limites que podem ser impostos ao Direito à Saúde.

Primeiramente, menciona-se que o dever do Estado de prestar “os serviços de saúde preventivos e curativos, individuais e coletivos, no seu aspecto mais amplo possível se trata da dimensão objetiva do Direito Fundamental à Saúde”²²⁵, produzindo “(...)uma eficácia irradiante e condiciona a atuação do legislador, do administrativo e do julgador, no exercício e controle daquelas políticas públicas de saúde. “²²⁶ Assim, a dimensão *objetiva* do direito à saúde é sua dimensão coletiva.

Conforme abordado no segundo capítulo, o paradigma social trazido pelo neoconstitucionalismo permitiu a leitura de uma exigibilidade judicial dos Direitos Sociais diretamente da Constituição Federal. Assim, quando a CF/88 afirma que um direito social é dever do Estado, gera-se, “conforme a interpretação neoconstitucionalista, um direito subjetivo por parte dos cidadãos, sem que seja necessário editar uma lei para tornar esse direito exigível perante os tribunais.”²²⁷

Assim, configura-se uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, conforme explicam SARLET, MARINONI E MITIDIERO:

O que importa frisar é que, seja compreendida em sentido mais amplo (como aqui se admite), seja visualizada em sentido mais estrito, a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados. Em virtude da relevância da perspectiva subjetiva (mesmo em face da assim chamada dimensão ou perspectiva objetiva) dos direitos fundamentais, é possível invocar a lição de J.J. Gomes Canotilho, no sentido de que os direitos fundamentais são - em primeira linha (mas não exclusivamente, convém agregar!) - direitos individuais, do que se resulta a constatação de que, encontrando-se constitucionalmente protegidos como direitos individuais, essa proteção dar-se-á sob a forma de direito subjetivo.²²⁸

Dessa forma, o direito *subjetivo* à saúde é sua dimensão individual. Essa possibilidade de exigir judicialmente a concretização do direito subjetivo à saúde

²²⁵ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 31.

²²⁶ *Ibidem*. P. 31.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 308.

²²⁸ *Ibidem*. P. 309.

decorre, também, de alguns princípios constitucionais, especialmente a aplicabilidade imediata, conforme já abordamos, e o *dever de progresso* e a *vedação do retrocesso*. O dever de progresso configura, na visão de SCHULZE:

O dever de progresso impõe ao Estado o avanço na sua atuação legislativa, executiva e judicial, pois a pretensão estatal não se limita ao já conquistado, contemplando a melhoria qualitativa e quantitativa das prestações materiais e imateriais a implementar em prol da Sociedade. O dever de progresso projeta-se ao futuro e está conectado com o princípio do desenvolvimento estampado de forma implícita no artigo 1º da Constituição da República, porquanto configura manifestação decorrente do Estado Democrático de Direito, e também está contemplado expressamente no artigo 3º da Constituição ao prever o objetivo fundamental de garantia do desenvolvimento nacional.²²⁹

Já a vedação de retrocesso, na visão do autor:

Na perspectiva de Netto, a vedação de retrocesso possui várias fontes, especialmente o princípio da supremacia da Constituição, o postulado da máxima eficácia das normas de Direitos Fundamentais, os princípios estruturantes (juridicidade, democracia e socialidade) e a internacionalização dos Direitos Fundamentais. A mesma autora menciona, ainda, que a aceitação do princípio de proibição de retrocesso encontra guarida na vinculação do legislador aos Direitos Sociais, destacando a necessidade de ponderação para a hipótese de afastamento da sua aplicação.²³⁰

Juntos estes princípios impõem que não se pode regredir em matéria dos direitos fundamentais sociais, é preciso sempre mais, justificando, novamente, a possibilidade de que se possa buscar a via judicial para efetivação destes direitos.

Delimitamos aqui e ao longo do presente estudo o marco teórico neoconstitucional que possibilita a exigibilidade por via judicial do direito à saúde constitucionalmente previsto. Assim, podemos entender que a judicialização do direito à saúde é uma via legítima de concretizar este Direito Social e, se munida de decisões judiciais bem fundamentadas, sem excessos e com atenção a Política Nacional de Medicamentos, possui grande potencialidade de agir como uma ferramenta eficiente de saneamento das omissões nas políticas públicas e concretização do Direito à Saúde. Nos resta, agora, analisar se existe alguma forma de limite ou restrição ao Direito à Saúde.

²²⁹ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 28.

²³⁰ *Ibidem*. P. 29.

O Direito à Saúde não configura um “direito absoluto” e sim um direito *prima facie* devendo, conforme já exposto, ser comprovado no caso concreto. Isso significa que sua judicialização só deve acontecer quando for comprovada sua violação. Nesse sentido, explica DUARTE:

Desta forma, não caberá a intervenção judicial quando os direitos sociais tiverem sido suficientemente satisfeitos, apenas havendo competência do Judiciário perante os direitos definitivos não implementados. Estes, os parâmetros teóricos que nortearão o controle da eficácia do direito social à saúde. Não se extrai do art. 196 da Constituição (BRASIL, 1988) um direito absoluto às prestações estatais de saúde, mas tão-somente um direito *prima facie*, cuja densificação dependerá do resultado de sua ponderação, guiada pelo vetor da proporcionalidade, com os outros direitos sociais igualmente consagrados pela magna carta e com o princípio da propriedade. Ressalva-se, apenas, da afetação por esta consequência, o momento em que o direito social à saúde coincide com a proteção do direito à vida (demandas de saúde de primeira necessidade), quando será demonstrada a vinculatividade máxima do Poder Público.²³¹

Neste ponto, SCHULZE traz à baila a lição de Holmes e Sustain no livro “The cost of rights”, onde argumentam que “nada que custe dinheiro pode ser absoluto e que por isso os Direitos são relativos”²³². Assim, a escassez financeira pode constituir uma forma de limitação do Direito à Saúde, na medida em que a Constituição não confere a todo Brasileiro o Direito a ter a melhor prestação de Saúde existente no mundo.²³³ Essa limitação, no entanto, conforme já discutido no presente trabalho, não pode constituir “um escudo ao Estado para negar a concretização dos Direitos Fundamentais.”²³⁴

Assim, o Direito à Saúde não deve ser visto como um direito subjetivo absoluto, sendo ponderado no caso concreto e com atenção às evidentes limitações da Administração Pública e do SUS.

4.8 Do Ativismo Judicial

Um dos fenômenos resultados do paradigma de proteção dos direitos fundamentais trazido pelo neoconstitucionalismo é a judicialização de temas

²³¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105. P. 90.

²³² SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 31

²³³ *Ibidem*. P. 32.

²³⁴ *Ibidem*. P. 35.

políticos e das relações sociais, exigindo que o Judiciário se posicione quanto às “(...) insatisfações decorrentes da atuação legislativa, do Executivo e das relações entre os particulares.”²³⁵ Assim, o Judiciário assume uma posição central na efetivação dos direitos.

O Ativismo Judicial é o fenômeno em que o Judiciário atua além de suas atribuições, quando ao invés de “(...) pautar-se pela autonomia do Direito (decidir com base em argumentos jurídicos), fundamenta as decisões judiciais com fulcro em argumentos de política ou morais”²³⁶. É conceituado por SCHULZE da seguinte forma:

É a circunstância fática de a jurisdição procurar ativamente contrapor as opções políticas das demais esferas de Governo, notadamente dos representantes democraticamente eleitos para o parlamento, com vista a promover determinadas propostas sociais ou econômicas, mediante interferência em políticas públicas ou modificação do equilíbrio de valores plasmado na Constituição, geralmente através do controle de constitucionalidade.²³⁷

Inúmeras são as críticas ao fenômeno, sendo a mais comum o risco de criação de um “Super Judiciário”, com poderes mais inflados que o Executivo e Legislativo. Caso isso ocorra, o Judiciário estaria isento de responsabilidade em caso de excessos, ou seja, os outros Poderes estariam sujeitos ao controle judicial, já o juiz estaria apenas restrito a “autocontenção” ou “judicial self-restraint”²³⁸. Além desta, SCHULZE menciona diversas outras críticas que poderiam ser feitas ao Ativismo Judicial:

A crítica liberal alega que o governo deve ser das leis e não dos homens e que o Judiciário não tem legitimidade, pois o juiz não é eleito pelo povo. A crítica também tem origem financeira, diante da invasão indevida no orçamento dos demais Poderes, diante da imposição decorrente do cumprimento das decisões, que determinam, por exemplo, o fornecimento de tratamento médico não incorporado. Há, ainda, a crítica administrativa, porquanto a atuação judiciária substitutiva desorganiza a atuação dos órgãos da administração e da ordem de trabalhos das operadoras de plano de saúde. Somado a isso, apresenta-se a crítica técnica, segundo a qual o juiz não tem conhecimento para atuar no campo da Saúde Pública e Suplementar. Por isso, o juiz deveria se limitar à obediência do princípio da

²³⁵ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 44.

²³⁶ *Ibidem*. P. 17

²³⁷ *Ibidem*. P. 7.

²³⁸ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Editora Juruá, 2015. P. 106.

deferência e se curvar, em respeito aos demais Poderes e à livre iniciativa das operadoras de Saúde.²³⁹

Em contraponto, as defesas ao Ativismo Judicial também são muitas, como o dever de proteção aos direitos fundamentais, impondo limites e controle à atuação do Legislativo e do Executivo, além da alta capacidade técnica e funcional do Judiciário e o dever de fiscalização e constitucional.²⁴⁰

SELAYARAN, MACHADO E MORAIS ressaltam que a doutrina não é uniforme quanto ao uso do ativismo judicial na efetivação dos Direitos Fundamentais, citando a opinião de alguns autores:

A respeito da prática desse ativismo judicial na efetivação dos Direitos Sociais – aqui o Direito à saúde –, a doutrina não é convergente. Por exemplo, enquanto Streck (2013, p. 107) e Tassinari (2013, p. 149 – 150) sustentam a impossibilidade de uma postura judicante ativista, Barroso (2009, p. 19) e Moreira (2015, p. 218) afirmam que é necessária a atuação ativista do judiciário em conformidade com parâmetros adequados. Já Leal e Lemos (2013, p. 661) entendem que a atuação do judiciário e, por vezes, a invasão de competências dos demais poderes configura-se como um “mal necessário” para a concretização de um “bem” necessário – Direitos Fundamentais.²⁴¹

Entendemos que o Ativismo Judicial representa uma possibilidade do Judiciário agir de maneira mais ativa para sanar as omissões do Legislativo e Executivo, mas que deve ser feito com cautela, devido aos riscos envolvidos em um Poder tomar força demasiada. Assim, dentro do contexto das demandas de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, esse tipo de atuação se mostra adequada desde que o Judiciário se atente aos já discutidos parâmetros.

É preciso que a supervisão das políticas públicas e sociais não seja feita inteiramente pelos Tribunais, e sim em uma conjugação do viés jurisdicional com um viés político-econômico.²⁴² Se o principal meio de efetivação de um Direito Social for a via judicial por via de demandas individuais em detrimento da via das políticas

²³⁹ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019. 226p. P. 52.

²⁴⁰ *Ibidem*. P. 53.

²⁴¹ SELAYARAN, Alexandre; MACHADO, Guilherme; MORAIS, Fausto. **A (não) conexão entre judicialização excessiva do direito à saúde e ativismo judicial**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), 2018, 27p. P. 19

²⁴² BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social**. P. 56. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63–83.

públicas, temos um sério problema na efetivação deste direito do ponto de vista da coletividade de cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, obtivemos êxito em chegar a algumas considerações finais e conclusões quanto ao fenômeno da Judicialização do Direito à Saúde. Primeiramente, entendemos que possui como sua mais importante potencialidade o papel de preencher lacunas profundas nas políticas públicas que ferem o mínimo existencial garantido pela Constituição, concretizando, assim, o Direito Subjetivo à Saúde e protegendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Judiciário tem a obrigação constitucional de intervir sempre que um direito fundamental estiver sendo ferido, principalmente se esse dano atingir o núcleo essencial e o mínimo fundamental, mas, como limitação da judicialização, deve analisar criteriosamente os pedidos, respeitando a Política Nacional de Medicamentos e utilizando todas as ferramentas à sua disposição para construir decisões judiciais coerentes e bem fundamentadas, com observância ao caso específico. Ainda, pelo material analisado ao longo da confecção do presente trabalho, não é possível invocar o argumento de ofensa à separação dos poderes e o da reserva do possível para deslegitimar essa atuação do Judiciário.

O direito à saúde não se trata de um “direito absoluto”, ou seja, sua evocação pelo judiciário deve vir sempre bem fundamentada e os pedidos de fornecimento de medicamentos devem ser analisados caso a caso, com atenção às provas contidas nos autos. Assim, não pode o Judiciário produzir decisões de fornecimento de medicamentos que não tenham ampla comprovação de necessidade no caso específico.

Observamos, também, que apesar de não constituírem a maioria das decisões de fornecimento de medicamentos, há, de fato, decisões com excessos e incongruências com os parâmetros definidos pelos tribunais superiores e em desacordo com a Política Nacional de Medicamentos, que causam um desbalanço no sistema como um todo. Entendemos que este é um limite claro à judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Com o presente estudo, também podemos concluir que, através da concessão de medicamentos por via judicial, o Judiciário contribui diretamente na incorporação de novas tecnologias ao SUS, na medida que a judicialização do Direito à Saúde acaba por funcionar como uma ferramenta de pressão ao governo, especialmente ao Ministério da Saúde, pois demonstra onde estão as lacunas nas

políticas públicas e, conseqüentemente, apressa a incorporação das medicações frequentemente pleiteadas nas ações de fornecimento de medicamentos. Assim, a Administração Pública deve observar de perto o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, a fim de criar políticas públicas mais eficientes. Podemos citar o mencionado caso dos pacientes portadores do HIV, que eram obrigados a obter a medicação por via judicial por não existir, à época, políticas públicas de tratamento para o HIV ou AIDS. Assim, o Judiciário teve a oportunidade de adiantar em alguns anos essa importante política sanitária e, conseqüentemente, salvar a vida de pacientes afetados por este vírus.

Não existe uma resposta simples para a pergunta “A judicialização é uma boa ferramenta de efetivação do Direito à Saúde?”, na medida que, conforme o exposto no último capítulo, existem diversas variáveis complexas que formam o fenômeno. Isso posto, podemos considerar que da maneira em que se configura o SUS e o Estado brasileiro, com suas lacunas e deficiências, a Judicialização se torna absolutamente necessária para que os cidadãos tenham um meio de buscar seus Direitos Sociais.

Por fim, ressalta-se que o fenômeno da judicialização da saúde não se configura apenas quando o Judiciário defere medicamentos não incorporados ao SUS e assim acaba por “criar uma política pública”, já que grande parte dos casos de fornecimento de medicamentos resultam em uma determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já existentes, o que configura um meio eficiente de sanar graves omissões estatais. Porém, não se deve deixar de considerar que a via judicial não deve constituir o principal meio de efetivação de um Direito Social em detrimento da via das políticas públicas. É preciso lutar para que a Saúde Pública no Brasil transmita os princípios resguardados pela Constituição, para que não seja tão necessário recorrer à via judicial para o seu saneamento.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian, . **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote. 2011.

ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Junior Ananias. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais**: o fenômeno da judicialização da saúde. Revista de Informação Legislativa. *Sine loco*, Julho de 2014; nº 203. p. 127-141.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. in: SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. P. 875

BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil**: Um Enfoque Político e Social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63–83.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança. **O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, s.l. , v. 5, n. 1, p. 102–121, 2016. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/261>. Acesso em 26 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de março de 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 474, de 23 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1o de janeiro de 2010 e estabelece diretrizes para a política de valorização do salário mínimo entre 2011 e 2023.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/mpv/474.htm. Acesso em 24 de abril de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução Nº 338, de 06 de maio de 2004.** Brasília, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html Acesso em 15 de Abril.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 2.577, de 26 de outubro de 2006.** Brasília, 2006. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2577_27_10_2006_comp.html. Acesso em 21 de abril de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007.** Brasília, 2007. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt1321_05_06_2007.html. Acesso em 21 de abril de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Brasília, 1998. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em 07 de abril de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde, 2021. **Sobre o programa Farmácia Popular.** Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular/sobre-o-programa>. Acesso em 21 de abril de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **Política Nacional de Medicamentos.** Brasília, 2001, 40p. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf Acesso em 10 de Abril de 2021.

BRASIL. Senado Federal. **A Primeira lei da Previdência, de 1923, permitia aposentadoria aos 50 anos.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos>. Acesso em 19 de Janeiro de 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. **REsp nº 1.657.156.** Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Cerqueira Reis de Carvalho e Outros. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 25 de abril de 2018. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 29 de março de 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE.** Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. **AgRg no REspAgr nº 639.337/SP-AgR.** Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004. **Regulamenta a Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil", e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5090.htm. Acesso em 21 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 07 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em 13 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004. **Autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.858.htm. Acesso em 21 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em 29 de março de 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE.** Agravante: UNIÃO. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17 de março de 2010. 31 pgs. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 12 de março de 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.553.112/CE.** Agravante: União. Agravado: Luciana Cordeiro de Castro.

Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data do Julgamento: 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1572423&num_registro=201502204528&data=20170310&peticao_numero=201600470731&formato=PDF. Acesso em 27 de abril de 2021.

CABRAL, Dilma. **Departamento Nacional de Saúde Pública**. Memória da Administração Pública Brasileira. Arquivo Nacional. 2018. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/component/content/article?id=682>. Acesso em 06 de abril de 2021.

CAETANO, Rosângela; HAUEGEN, Renata Curi; e OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. **A incorporação do nusinersena no Sistema Único de Saúde**: uma reflexão crítica sobre a institucionalização da avaliação de tecnologias em saúde no Brasil. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 35, n. 8, p. 1/15. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019001005010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 23 de Abril de 2021.

CAPPELLI, Paulo. Ministro da Saúde vai lançar protocolo para uso de medicamentos contra Covid-19, incluindo cloroquina, de ineficácia comprovada. **O Globo**. Brasília, 23 de abril de 2021. Sociedade. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/ministro-da-saude-vai-lancar-protocolo-para-uso-de-medicamentos-contr-covid-19-incluindo-cloroquina-de-ineficacia-comprovada-1-24984016>. Acesso em 23 de Abril de 2021.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 de Janeiro de 2021.

CASTRO, Vinícius. **Constitucionalismo e o direito à Saúde: O mal-estar do ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. **Institutos de Aposentadoria e Pensões**. 2020. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>. Acesso em 29 de janeiro de 2021.

CONITEC. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. **A comissão**. 2015. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em 18 de Abril de 2021.

COSTA, Anabelle Carrilho da; BORGES, Maíra Selva. **A judicialização como acesso ao direito à saúde**: considerações ao debate brasileiro. Sociedade em Debate, s.l. , v. 16, n. 1, p. 77-89, 2012. Disponível em: <https://revistas.ucpel.edu.br/rsd/article/view/338>. Acesso em 27 de abril de 2021.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. **A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 19, nº 2, p. 591/598, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 24 de abril de 2021.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A Eficácia do Direito Social à Saúde**. Revista Ética e Filosofia Política, Sine Loco, nº 16, V.1, junho de 2013, p. 77-105 Disponível em: https://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_melquiades.pdf. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bd_c709.pdf. Acesso em 20 de abril de 2021.

GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. **A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica.** Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p

LIMA, André Canuto de F. **A proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4076, 29 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31396>. Acesso em 1º de março de 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** Tradução de Cristina Murascho. 2ª edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2.200-A - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 28 de abril de 2021.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz. 2009.

SANAR. SANAR MEDICINA. **Pesquisas científicas sobre o uso de cloroquina e hidroxicloroquina na Covid-19.** 2020, s.l. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/pesquisas-cientificas-sobre-uso-hidroxicloroquina-covid-19>. Acesso em 27 de abril de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial.** 2019, 226p, Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019.

SELAYARAN, Alexandre; MACHADO, Guilherme; MORAIS, Fausto. **A (não) conexão entre judicialização excessiva do direito à saúde e ativismo judicial.** . Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), 2018, 27p. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/315>. Acesso em 25 de abril de 2021.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível.** Curitiba: Editora Juruá. 2015.

SOUZA, Renilson Rehem de. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro.** Brasília. Ministério da Saúde. 2002. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf. Acesso em 13 de março de 2021.

SOUZA, Renilson Rehem de. **Construindo o SUS: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo.** 2002. 101 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração da Saúde) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/monografia_construindo_sus.pdf. Acesso em 21 de janeiro de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Direito da Saúde.** Disponível em: <https://tjsp.jus.br/NatJus>. Acesso em 20 de abril de 2021.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 27 de janeiro de 2021.

WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution. WORLD HEALTH ORGANIZATION. s.d. Disponível em:

<https://www.who.int/about/who-we-are/constitution#:~:text=Health%20is%20a%20state%20of,belief%2C%20economic%20or%20social%20condition>. Acesso em 1º de março de 2021.