



FACULDADE PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA AMAZÔNIA  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JACSON SALOMÃO QUINTANILHA BORGES  
VILMA DO SOCORRO ALBUQUERQUE

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

PARAUPEBAS

2023

JACSON SALOMÃO QUINTANILHA BORGES  
VILMA DO SOCORRO ALBUQUERQUE

## **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à Faculdade para o Desenvolvimento Sustentável da Amazônia (FADESA), como parte das exigências do Programa do Curso de Direito para a obtenção do título de Bacharel.

Orientador(a): Prof<sup>ª</sup>. Wyderllanya Aguiar

PARAUPEBAS

2023

**FICHA CATALOGRÁFICA**

**Borges, Jacson Salomão Quintanilha; Albuquerque, Vilma do Socorro.**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**, Wyderlanya Aguiar, 2023.

38, f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade para o Desenvolvimento Sustentável da Amazônia - FADESA, Parauapebas – PA, 2023.

Palavra-chave: judicialização da saúde.

JACSON SALOMÃO QUINTANILHA BORGES  
VILMA DO SOCORRO ALBUQUERQUE

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à Faculdade para o Desenvolvimento Sustentável da Amazônia (FADESA), como parte das exigências do Programa do Curso de Direito para obtenção do Título de Bacharel.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

**Wyderlannya o**

---

Prof. (a) Dr. (ª)  
Instituição

---

Prof. (a) Dr. (ª)  
Instituição

---

**Maicon T**

---

Prof. (a) Dr. (ª)  
Instituição

Data de depósito do trabalho de conclusão \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

*Dedicamos este trabalho aos profissionais da saúde e jurídicos que lutaram incansavelmente em meio a uma pandemia para garantir o acesso à saúde a todos os cidadãos, abrindo mão de seu conforto, descanso e família, que Deus os recompense.*

## AGRADECIMENTOS

Há muitos a quem agradecer. Em primeiro lugar à Deus, pela benção da saúde, vigor e luz em minha caminhada. Em seguida ao Senhor da Justiça pela proteção e confiança, pois Ele percebeu exatamente as minhas necessidades naqueles momentos de incertezas.

À minha mãe, por sempre estar ao meu lado, meu irmão Luiz, por estar sempre disponível a me ajudar quando das minhas ausências em minha casa, aos meus dois filhos Marcelo e Leonardo, que mesmo à distância sempre me permitiram senti-los através dos incentivos, encorajamento e amor.

Aos colegas de curso pela valiosa amizade, em especial a colega e amiga Weslaine (Lalinha) por estar sempre perto com sua dedicação, alegria e companheirismo.

Ao meu esposo, Nelson, pela paciência, apoio e amor, por ser uma fonte de estímulo e motivação.

À Instituição FADESA, por me darem a oportunidade de adquirir conhecimentos e a equipe de professores desde o início do curso até o presente momento por compartilhar seus preciosos conhecimentos.

E por último, quero tecer um agradecimento especial a uma educadora que é uma grande fonte de incentivo e otimismo, sempre ofertando aos discentes muita segurança, muita amizade e infinitos conhecimentos. Meu muito obrigada à Mestra Wyderlannya.

Gostaria de agradecer a Deus, por ter me dado a oportunidade de concluir esse curso.

A minha família por todo apoio, em especial a minha esposa Isabella C. que sempre me incentivou e que sonhou comigo para que esse dia chegasse logo. Meu amor o grande dia chegou, sou grato a DEUS pelo que ele fez em nossas vidas e mais grato ainda por ter você ao meu lado todos os dias, amo-te.

Aos meus professores por toda dedicação em suas aulas.

Aos meus apóstolos Romario Soares e Geisiane que sempre estiveram ao meu lado intercedendo por cada conquista.

A nossa filha Helena que vai chegar. Filha gostaria que você soubesse que: a sua chegada foi o combustível extra que me fez chegar nessa reta final com todo gás, o papai te ama.

A minha orientadora Wyderlanya Aguiar, que esteve incansavelmente ao meu lado dando total apoio nessa reta final, suas palavras de motivação foram essenciais para que eu chegasse aqui com o sentimento de dever cumprido.

EBENEZER até aqui o SENHOR nos ajudou!

*Ouvindo isso, Jesus disse: "Não são os que têm saúde que precisam de médico, mas sim os doentes.*

*Mateus 9:12*

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo revisar as principais questões relacionadas à polêmica questão da legalização da saúde entende-se por aquisição federal de medicamentos de forma judicial e sua vinculação com o orçamento do estado e a política de distribuição de medicamento do Ministério da saúde Pública. Dado o caráter programático das normas constitucionais que garantem o direito fundamental à saúde e sua dependência de uma previsão orçamentária precisa, conceitos como direito à saúde e reserva do possível muitas vezes impõem decisões difíceis ao gestor público na implementação de políticas públicas, essas decisões estão sujeitas à apreciação do poder judiciário, principalmente quando há violação de ordem constitucional ou legal. Do ponto de vista orçamentário, os recursos alocados pelo Ministério da saúde para a compra de medicamentos tiveram forte crescimento no período 2003-2009. No entanto, o orçamento para processos judiciais aumentou enormemente no mesmo período. Para especialistas, manter a trajetória ascendente desses gastos pode significar o colapso do estado assistencial, uma vez que os recursos originalmente destinados ao sistema como um todo são direcionados para a satisfação de situações individuais. Aliás, o tema é de tal importância que foi objeto de recente audiência pública, realizada por iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Para auxiliar no entendimento da política de distribuição de medicamentos do governo federal, também serão discutidos aspectos relacionados ao registro de medicamentos pela agência Nacional de Vigilância Sanitária e ao funcionamento do sistema único de saúde.

**PALAVRAS - CHAVE:** Judicialização da saúde, reserva do possível, orçamento, consulta pública.

## ABSTRACT

The objective of this work is to review the main issues related to the controversial issue of health legalization, which is understood as the federal acquisition of medicines in a judicial manner and its connection with the state budget and the medicine distribution policy of the Ministry of Public Health. Given the programmatic character of the constitutional norms that guarantee the fundamental right to health and its dependence on a precise budget forecast, concepts such as the right to health and reserve of the possible often impose difficult decisions on the public manager in the implementation of public policies, these decisions are subject to the appreciation of the judiciary, especially when there is a violation of a constitutional or legal order. From a budgetary point of view, the resources allocated by the Ministry of Health for the purchase of medicines had a strong growth in the period 2003-2009. However, the budget for court cases has increased enormously over the same period. For experts, maintaining the upward trajectory of these expenses could mean the collapse of the welfare state, since the resources originally intended for the system as a whole are directed towards satisfying individual situations. Incidentally, the issue is of such importance that it was the subject of a recent public hearing, held on the initiative of the Federal Supreme Court. To assist in understanding the federal government's drug distribution policy, aspects related to drug registration by the National Health Surveillance Agency and the operation of the unified health system will also be discussed.

**KEYWORDS:** Judicialization of health, reserve of the possible, budget, public consultation.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.</b>	<b>PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SAÚDE .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1</b>	<b>Princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2</b>	<b>A reserva do possível .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3</b>	<b>Princípio da legalidade .....</b>	<b>18</b>
<b>3.</b>	<b>A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS SOCIAIS.....</b>	<b>19</b>
<b>3.1</b>	<b>O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>20</b>
<b>4.</b>	<b>O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE .....</b>	<b>23</b>
<b>5.</b>	<b>POSSÍVEL CLÁUSULA LEGAL DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO STF .....</b>	<b>24</b>
<b>6.</b>	<b>O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, SEUS DESDOBRAMENTOS E INADEQUAÇÕES .....</b>	<b>26</b>
<b>6.1</b>	<b>A autonomia do Poder Executivo e o respeito às políticas públicas .....</b>	<b>27</b>
<b>6.2</b>	<b>Da violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia.....</b>	<b>28</b>
<b>6.3</b>	<b>O descrédito do Judiciário em razão do não cumprimento de suas decisões .....</b>	<b>30</b>
<b>6.4</b>	<b>Da judicialização da saúde no Estado do Pará .....</b>	<b>31</b>
<b>7.</b>	<b>POSSÍVEIS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....</b>	<b>32</b>
<b>7.1</b>	<b>Obediência aos regramentos do SUS.....</b>	<b>33</b>
<b>7.2</b>	<b>Atuação interdisciplinar entre o Judiciário e profissionais da saúde.....</b>	<b>34</b>
<b>7.3</b>	<b>Maior frequência de atualização da RENAME e demais protocolos do SUS.....</b>	<b>34</b>
<b>8.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>36</b>
<b>9.</b>	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>37</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Em um Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana está no centro dos direitos fundamentais, traduzindo a ideia de que a pessoa humana é titular de direitos que devem ser reconhecidos e tutelados pelo Estado, sendo identificada por muitos constitucionalistas como o núcleo essencial e irradiador de tais direitos. A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu artigo 5º, uma série de garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros.

Nesse contexto, pode-se destacar o direito à vida, eis que serve de base para a concretização dos demais direitos. Por sua vez, o artigo 6º da Magna Carta traz os chamados direitos sociais, que visam concretizar a efetivação da justiça social, mediante a atuação do Estado na garantia e provimento desses direitos.

Dentre os direitos sociais destaca-se o direito de acesso aos serviços públicos de saúde, cuja prestação, a partir da Carta de 1988, foi estendida a todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício. Estabelece o artigo 196 da CF/88 que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, e institui o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A busca pelo respeito a tais direitos deu origem à sua constitucionalização, surgindo também a expressão “direitos humanos fundamentais”, que na concepção de José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, 1988, p. 250) são:

[...] normas preceptivas e conferem verdadeiros poderes de exigir de outrem (do Estado, pelo menos) um certo comportamento (geralmente a abstenção), ao mesmo tempo que impõem o dever correspondente. São direitos cujo conteúdo é constitucionalmente determinável e que não necessitam, por isso, para valerem como direitos, da intervenção legislativa. Na falta de Le, deve entender-se que o direito existe e vale plenamente, limitado apenas pelas outras normas e princípios constitucionais, pois constam de preceitos directamente aplicáveis pela administração, pelos particulares, ou pelo menos, pelos tribunais.

Concebido como um conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem

como um de seus objetivos “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”, incumbindo-lhe ainda “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (Lei Orgânica da Saúde - Lei nº 8.080, de 12 de novembro de 1990 – arts. 5º, III e 6º, VI). Ainda de acordo com a Lei 8.080/90, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS obedecem, dentre outros, aos princípios da universalidade de acesso e da integralidade de assistência.

A formulação e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente aquelas destinadas a garantir os chamados direitos de segunda dimensão<sup>1</sup> (direitos econômicos, sociais e culturais), depende, em grande parte, de opção política e de disponibilidade orçamentária e financeira do Poder Público, o qual poderá, em tese, se eximir de implementar total ou parcialmente tais políticas em razão de falta ou insuficiência de recursos financeiros. Entretanto, com a força normativa conquistada pela Constituição nos últimos anos, as normas constitucionais passaram a ser dotadas do caráter de imperatividade, com aplicabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário.

Em consequência, os direitos sociais em geral, e o direito à saúde em particular, transformaram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, passíveis de serem tutelados judicialmente, importando na intervenção do Poder Judiciário no sentido de determinar à Administração Pública o fornecimento gratuito de medicamentos e a prestação de assistência médica em uma ampla variedade de hipóteses.

Não obstante, o cumprimento de determinações judiciais que pressupõem a atuação positiva do Estado enfrenta limitações decorrentes da escassez de recursos financeiros face às crescentes demandas da sociedade por políticas públicas, nas suas mais diversas formas. Assim, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado – a denominada cláusula da Reserva do Possível.

De acordo com Miranda (1998): A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização econômica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios fatores econômicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da administração pública e dos recursos financeiros.

No entanto, a execução de decisões judiciais que exijam a atuação dos tribunais o estado positivo enfrenta limitações devido à falta de fundos e a crescentes demandas da sociedade por políticas públicas em suas mais diversas formas. Assim, a efetividade dos direitos sociais aos bens materiais estaria condicionada a capacidade financeira do Estado - a chamada cláusula de contingência. Apropriadamente com Miranda (1998): A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas dessa aplicação das normas constitucionais de organização econômica.

Depende principalmente de fatores econômicos e - nem sempre é considerado suficiente - com limites instituições, organização e operação da administração pública e recursos financeiros. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, justificado pelo motivo de descumprimento da lei (ADPF 45/DF), quando a inação ou abuso do estado pode causar dano ou perigo aos direitos constitucionais sem uma razão objetivamente mensurável, não se pode contar com uma eventual reserva porque a punição é uma provocação do judiciário. Embora vários autores e juízes considerem esta intervenção, o sistema judiciário se opõe a esse princípio na formulação e implementação de políticas públicas.

Na separação de poderes, segundo o conceito do Supremo Tribunal Federal, o Executivo e o Legislativo se mostram incapazes de seguir as normas constitucionais quando o objetivo é manter as condições materiais mínimas para a existência do indivíduo e cidadãos, cabendo aos juízes intervir e garantir que as regras sejam cumpridas pelas autoridades públicas para garantir o acesso à direitos. Apesar da contínua busca pelo sucesso na prestação de serviços de saúde pública, o poder Público não conseguia satisfazer todas as necessidades dos indivíduos, especialmente sobre o fornecimento de medicamentos inovadores e métodos de tratamento, como resultado do processo de desenvolvimento científico e tecnológico.

O resultado são crescentes demandas dos cidadãos através dos tribunais, em busca de medicamentos e métodos de tratamento que não façam parte da rede nacional de saúde. Na audiência pública n.º 04/2009 convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, para tratar do tema Medicamentos e serviços de saúde fornecidos pelo SUS por ordem judicial. Na audiência, o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, destacou em nota que *"a transição no caso do SUS, a responsabilidade por atendimento fora de seus padrões operacionais pode levar a consequências como desregulamentação do acesso ao cuidado ou perda da integralidade e reduzindo o monitoramento e avaliação dos cuidados prestados"*.

De acordo com o Ministério da Saúde (MOH), segundo dados revelados na audiência, o Ministério gastou 7,6 milhões de reais em litígios somente em 2008 para comprar remédios. Em 2002, os gastos eram de R\$ 2,2 milhões, o que revela uma tendência crescente de despesas, que não pode afetar o orçamento geral da União desprezado com base nas considerações acima.

## **2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SAÚDE**

### **2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é garantido constitucionalmente no Brasil e a sua realização conduz à garantia de vários outros direitos, dentre os quais a saúde. A partir deste cenário, o presente trabalho tem como objetivo fomentar a discussão acerca da temática dos direitos fundamentais sociais, especialmente sobre a garantia e efetivação do direito à saúde sob a ótica do princípio da dignidade humana. Através de um estudo bibliográfico, tendo como método de abordagem o hipotético-dedutivo, verificou-se que a saúde se constituiu como um direito reconhecido igualmente a todo o povo, consolidando-se como meio de preservação da vida.

O direito à saúde está inserido em um amplo grupo de questões relacionando a saúde e o bem-estar, assim como os diferentes direitos humanos, interligados e dependentes entre si. A saúde não existe de forma isolada da vida das pessoas, da sociedade.

Considerando todos os direitos humanos fundamentais, a relação com a saúde vai além da potencial redução da vulnerabilidade, em termos de problemas e fatores de risco.

O direito à saúde também perpassa questões de violações de direitos, como a violência nas grandes cidades, casos de tortura, escravidão e violência de gênero, que podem causar danos à saúde. E, ainda mais importante, está diretamente relacionado ao desenvolvimento da saúde, no que diz respeito a outros direitos, como a participação social, o acesso à informação, a comunicação, que se tornam instrumentos e potencializam a democracia, o exercício da cidadania e a própria garantia desses direitos considerados fundamentais.

### **2.2 A reserva do possível**

A Constituição Federal confere aos detentores do poder popular a prerrogativa e discricionariedade na formulação e implementação de políticas nacionais necessárias às necessidades da sociedade. Mas esta prerrogativa de poderes não é absoluta, como entende o ministro Celso de Mello. Enviado pela ADPF 5 MC/DF, abaixo transcrita:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” (ADPF 45 MC, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004. Informativo n. 345-STF).<sup>1</sup>

Apesar de a formulação e implementação de políticas públicas dependerem de alternativas políticas a cargo de indicados por meio de delegação popular, tarefa opcional, deve-se reconhecer neste campo liberdade de forma do poder legislativo e não executivo. É isto se tais poderes estatais agirem de forma irracional ou claramente continuarem com o objetivo de neutralizá-la, ameaçando a degradação.

Como se depreende das palavras do ministro Celso de Mello, a ação do Estado deve pautar-se pelo cumprimento das condições mínimas de sobrevivência e dignidade humana, todavia, a definição desse núcleo existencial mínimo, que é capaz de garantir a vida e a dignidade humana, é difícil de definir e limitar, além do fato de que existem restrições financeiras para isso. Essa questão causou muitos debates doutrinários e interpretações constitucionais, além de diversas teorias que revelam uma reserva de possibilidades.

Desenvolvida na Alemanha na década de 1970, a teoria da reserva do possível observa que a realização dos direitos fundamentais depende de ações positivas e das

---

<sup>1</sup> ADPF 45 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004. Informativo n. 345-STF.

possibilidades financeiras, recursos para atender a muitas demandas sociais. Inadequação desta forma ou recursos forçam a autoridade a tomar decisões difíceis sobre a melhor sobre a alocação desses recursos.

No que diz respeito à política de saúde pública, é permitida a aplicação de eventual reserva a dimensão especial, na medida em que o direito fundamental inclui o maior significado - o direito à vida - muitas vezes enfrenta questões econômicas e, finalmente, o direito à vida.

De acordo com Barroso (2007): Aqui vem o cerne da discussão. Presumivelmente no primeiro ponto de vista de que estamos em um choque de valores ou interesses opostos, por um lado, o direito à vida e à saúde e, por outro, a partilha do poder em princípios orçamentais e reservas potenciais. Mas a realidade é mais dramática.

A justiça está em jogo na ênfase complexa aqui analisada a vida e a saúde de alguns em comparação com o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução e não é nem legal nem moralmente simples nesta matéria. Essa ênfase em valores é fruto de um excessivo ativismo jurídico tanto assim que mais e mais pessoas estão recorrendo aos tribunais para execução dos dispositivos constitucionais que garantem o direito subjetivo à saúde.

### **2.3 Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade é um princípio constitucional e uma garantia fundamental por meio da qual se estabelecem os limites de punir no estado democrático. Em resumo, o princípio da legalidade pressupõe que o estado não pode tomar nenhuma ação punitiva, administrativa ou restritiva contra o indivíduo se não houver, para tal, previsão em lei.

Assim, de modo prático, o princípio da legalidade serve para proteger o cidadão do abuso de poder, de ações arbitrárias, dentre outros riscos advindos de um Estado autoritário.

Na mesma medida, ele contribui para estabelecer os direitos e obrigações aos quais estão submetidos os indivíduos. Diversamente da previdência social, que somente é devida àqueles que contribuem, e da assistência social, que somente é assegurada aos hipossuficientes, a saúde é, segundo a Constituição Federal, para todos: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Embora universal, o direito à saúde não possui o alcance pretendido, em razão de haver sido positivado sob a forma de normas programáticas, o que remete, ao legislador infraconstitucional, a competência de fazer as escolhas e alocar recursos, atendendo, da forma mais abrangente possível, às necessidades sociais como um todo.

O Poder Executivo, por sua vez, deve agir sempre nos termos da lei. É o que preceitua o princípio constitucional da legalidade.

### **3. A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS SOCIAIS**

Diante da crise na eficácia dos direitos sociais, a atuação do Poder Judiciário passou a ser imprescindível e recorrente. O papel do Estado-Juiz como garantidor desses direitos tende a ser cada vez mais expressivo, em razão da omissão do Poder Público em implementar políticas que forneçam condições básicas aos cidadãos. Assim, faz-se necessária a aplicação de princípios que balizem a atuação do Poder Judiciário, a fim de que os interesses da sociedade sejam satisfeitos, mas em equilíbrio com a capacidade que o Estado possui de satisfazer essas necessidades.

Os direitos sociais são classificados como fundamentais no Estado Democrático de Direito, razão pela qual faz-se necessário realizar ponderação entre a atuação do Estado e a manutenção dos direitos básicos dos cidadãos. A má distribuição de recursos poderá ocasionar dano aos cofres públicos ou violação das garantias básicas constitucionais.

No Brasil, o princípio da Reserva do Possível é aplicado no sentido de verificar o que é economicamente possível ao Estado fornecer ao indivíduo. Há prevalência do sentido econômico quando avaliada a razoabilidade da pretensão, tendo em vista a escassez de recursos públicos destinada à implementação de políticas públicas suficientes para satisfazer às necessidades da sociedade brasileira. Diante da ausência de recursos públicos suficientes para garantir integralmente os direitos sociais previstos na Constituição, o Estado passou a estabelecer critérios de priorização de determinados serviços em detrimento de outros. Dessa forma, a administração pública atua de forma discricionária, avaliando os direitos e as possibilidades de implementação da política pública para cada momento determinado. Essa

atuação estatal se dá por meio do poder discricionário, que se baseia nos critérios de oportunidade e conveniência, em que a Administração Pública deve optar pela prática de atos que mais beneficiem a sociedade, seguindo diretrizes constitucionais a fim de que garantir a efetividade dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição.

### **3.1 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro**

Acerca do direito à saúde, afirma José Afonso da Silva (2007, pág. 308) que:

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

Contudo, a Constituição Federal de 1988 inovou ao atribuir ao direito à saúde, o caráter de direito fundamental, permitindo maior aproximação entre as inúmeras declarações internacionais de direitos humanos e o próprio texto constitucional. É notório que declarações internacionais referentes aos direitos humanos foram essenciais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde.

A justificativa para tanto está no contexto histórico após a Segunda Guerra Mundial, quando tudo restou abalado com as atrocidades sofridas e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas, surgindo então a necessidade de se garantir efetivamente os direitos humanos, obrigando os Estados a atribuir sentido concreto aos direitos sociais.

Com a Declaração de Direitos Humanos em âmbito internacional, os Estados nacionais passaram a prever em seus ordenamentos internos formas de garantia dos direitos fundamentais, de forma generalizada, a fim de que todos os cidadãos fossem titulares desses direitos, em consonância com as regras internacionais. Essa influência dos direitos humanos declarados na esfera internacional também influenciaram o Brasil, tendo essa influência chegado ao ápice quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto contempla os direitos fundamentais, garantidores da dignidade da pessoa humana, dentre os quais se insere o direito à saúde.

Basicamente, pode-se afirmar a Constituição de 1988 atribuiu ao direito à saúde o caráter de direito fundamental, tendo estabelecido regras gerais e princípios que devem conduzir as políticas públicas nessa área a fim de efetivar esse direito. A atribuição do caráter de direito fundamental ao direito à saúde é verificada no art. 6º, caput, da Constituição Federal, dispositivo esse responsável por reconhecer a saúde como um direito fundamental social, ao lado da educação, da moradia, do lazer, dentre outros.

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

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

Nessa linha, destaca-se o conjunto principiológico que deve reger as políticas públicas na área da saúde para garanti-la ao cidadão. Esse conjunto de princípios é disposto pelos arts. 194, 196 e 198 da Constituição de 1988; são eles:

- i) universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I c/c art. 196, caput), pelo qual se depreende que a saúde é direito de todos, e portanto, não se exige qualquer requisito para sua fruição, devendo o Estado garantir o acesso universal aos diversos serviços de saúde;
- ii) caráter democrático e descentralizado da administração, com participação quadripartite, composta por trabalhadores, por empregadores, por aposentados e pelo Governo nos órgãos colegiados (art. 194, VII c/c art. 198, I e III);
- iii) regionalização e hierarquização (art. 198, caput), princípio que prima por um sistema de ações e serviços públicos de saúde integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, permitindo maior controle dos serviços do sistema e favorecendo melhor atendimento à população;
- iv) atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II), princípio esse que

defende a necessidade de uma ação estatal não só na área da saúde, mas também na área do meio ambiente, da educação, da habitação, dentre outras, a fim de eliminar ou controlar causas de doenças e agravos.

Em seguida, o art. 199 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a atuação complementar da iniciativa em relação à atuação da iniciativa pública através do Sistema Único de Saúde (SUS). Analisando sistematicamente o referido dispositivo constitucional, verifica-se que o Poder Público estabelece diretrizes a serem respeitadas por essas empresas privadas, de modo que a parceria dessas com o sistema público se dará por meio de convênio ou contrato de direito público, dando-se preferência a entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos.

Por sua vez, os §§2º e 3º desse artigo, respectivamente, proíbem que recursos públicos sejam utilizados como auxílios e subvenções em favor de instituições privadas com fins lucrativos, bem como vedam a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, salvo nos casos previstos em lei.

Por fim, dentre os artigos que versam sobre a saúde no âmbito da seguridade social, está o art. 200 da CF/88, que enumera algumas competências do Sistema Único de Saúde, quais sejam:

- i) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- ii) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- iii) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- iv) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- v) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- vi) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- vii) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

- viii) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, social, econômica e cultural, influenciando, causa e efeito inércia estatal infundada ou de abuso do governo, desse núcleo intangível justificar um existência digna e essencial para a sobrevivência do indivíduo, então justifica, como já enfatizado anteriormente - e mesmo por razões baseadas em coação ético-jurídica - a possibilidade de intervenção do judiciário permitir todo o acesso aos bens, cujos frutos eram injustos proibido pelo estado.

Assim, a Constituição avanço para o Brasil no tema direito à saúde em um Estado democrático de direito. Atualmente a norma constitucional permite que o cidadão reivindique uma prestação do direito à saúde em suas formas de promoção, proteção e recuperação, possuindo o dever de desenvolver políticas públicas para tornar isso possível.

#### **4. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Como verificado acima, a Constituição Federal de 1988 assegurou ao cidadão o direito à saúde, tendo o Estado o dever de promovê-lo. Para tanto, o legislador entendeu pela necessidade de elaborar uma lei que garantisse o acesso à saúde de forma universal e igualitária, garantindo conseqüentemente a dignidade da pessoa humana.

Surgiu então a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS). A Lei Orgânica da Saúde tem como principal objetivo possibilitar a efetivação do direito à saúde, já garantido constitucionalmente, assegurando a todos os cidadãos o acesso a ações, serviços e programas de saúde. Nesse sentido, a LOS dispõe sobre o Sistema Único de Saúde através de um conjunto de normas jurídicas que define quem o integra, estabelece seu campo de atuação, cria mecanismos de ações e prevê sanções em caso de descumprimento àquelas normas. Em outras palavras, a LOS regulamenta, na esfera nacional, ações e serviços de saúde, independente de serem executados de forma isolada ou em conjunto, em caráter permanente ou eventual, e por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Público ou Privado.

Complementarmente, a Lei n. 8.142/90 dispõe sobre a participação social no SUS, estabelecendo que cada esfera de governo deve ter Conferência de Saúde e Conselho de Saúde como instâncias colegiadas de participação social. Essencialmente, o artigo 4º da Lei n. 8.080/90 define o SUS como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e

instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluindo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

A iniciativa privada poderá participar do SUS, no entanto, em caráter complementar, por disposição expressa de lei. O acesso deverá ser realizado de forma universal e igualitária a todas as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

## **5. POSSÍVEL CLÁUSULA LEGAL DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO STF**

As decisões do STF sobre o direito à saúde vêm desde a entrada em vigor da CF/88 e sofreram grandes mudanças. No entanto, não tem um caráter uniforme jurisprudência que pode determinar claramente a tendência. Em seu trabalho, Wang (2008) realizou um importante estudo sobre este tema possível reserva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sobre a pergunta direito à saúde, os dados obtidos mostram que a rescisão antecipada da tutela (TS) 91 13 foi um marco importante nos julgamentos desta Corte por isso até a STA 91 nenhuma das decisões analisadas justificou a falta de recursos administração de qualquer medicamento ou tratamento.

O seguinte extrato, de petição de 126 do ministro Celso de Mello, claramente significa entender o STF até então vigente, ou seja, questões financeiras não são motivo para inviabilizar uma garantia direito constitucional à vida: Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que é um Sujeito inalienável garantido pela Constituição da República (art. 5<sup>a</sup>, caput) ou obter vantagem contrária a este direito fundamental de status econômico e secundário do país, entendemos - uma vez estabelecido este dilema - que razões éticas e legais ditam ao juiz uma e única escolha possível: respeito incessante pela vida.

A ADPF 5 MC/DF de 2009 foi um marco importante no entendimento Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, independentemente de eventual reserva deixou claro que você não pode ser confiável para banir um cidadão Condições mínimas de existência: Portanto, deve-se notar que a cláusula "pode reservar" - se apenas a aparência de uma razão objetivamente mensurável - não é confiável para se livrar de suas obrigações direitos

constitucionais, especialmente quando essa ação adversa do governo pode levar à remoção ou até mesmo à destruição de direitos constitucionais com um senso de natureza básica essencial.

[...] "Resumo: Restrições de recursos existem e esta é uma contingência que não pode ser ignorada. O tradutor deve levar isso em conta quando se afirma que alguém pode reivindicar algo bom juridicamente como o juiz quando decide sobre a decisão proposta pelo Estado. Por outro lado, não podemos esquecer que o objetivo do estado é obter recursos se deve usá-los para obras, serviços ou outra coisa outra prática comum é abordar especificamente os principais objetivos a Constituição.

Embora tenha sido considerado danificado devido a perda de itens e não apresentação, com base nos resultados práticos, o ADPF 5 MC/DF representou uma mudança significativa jurisprudência consolidada até então. No STA 91, ministra Ellen Gracie suspendeu decisão decisiva administração de medicamentos para o tratamento da doença renal crônica em pacientes em hemodiálise e pacientes transferidos do Estado de Alagoas.

Baseado em recursos limitados e a necessidade de limitar os custos de tratar um número maior de pessoas, o ministro afirmou que a ordem pública foi violada porque "a implementação de decisões como a controvérsia atual afetará um sistema de saúde pública já abalado. O então presidente considerou que a administração da política nacional de saúde, que implementou um regional, "tentando racionalizar mais os custos e benefícios do tratamento devem ser oferecidos gratuitamente para atingir o maior número possível beneficiários".

O ministro destacou ainda que a norma do artigo 196 da Constituição destina-se à implementação de política pública, que visa atingir toda a população, e não enfrentar situações individuais. Esta decisão, onde a interpretação do STF é um novo viés neste caso, gerou muitos processos nas secretarias estaduais de saúde, para contestar decisões que favorecem o fornecimento de medicamentos não listados no diretório do Sistema Único de Saúde.

No entanto, esta decisão não significou a reconciliação Jurisprudência, a própria ministra Ellen Gracie manifestou sua preocupação "a interpretação ampla dada às decisões desta Presidência à demanda de medicamentos públicos".

Suspensão de Previdência (SS) 3205 quando exigido pelo Estado do Amazonas Em relação ao atraso na implementação da proibição prescrita pelo Ministério da Saúde tornar a Amazon "compra imediata de drogas Diatsox com similar o laboratório que produz o

medicamento e mantém um fornecimento ininterrupto do mesmo, desde que haja necessidade médica de consumi-lo", explica o ministro que as ações decisões semelhantes devem ser analisadas caso a caso nas seguintes condições: Pedidos de medidas cautelares em situações como a que deu origem à emissão do alvará o despacho agora impugnado deve ser analisado caso a caso e não de forma abstrata e geral é também certo que as decisões apresentadas na petição a suspensão é limitada ao caso em questão e não à sua extensão efeitos e suas causas em outros casos, porque esta é uma medida atual e única.

Com isso, o entendimento do STF abarcou esse conceito falta de recursos na implementação da política pública, devendo o intérprete considerar esta importante limitação quando o requisito legal for uma disposição positiva. Decisões do Tribunal Constitucional brasileiro sugerem esta que a cláusula de reserva não pode ser invocada indiscriminadamente, de modo que o indivíduo seja privado do direito às condições mínimas necessárias à sua sobrevivência e preciosa existência.

## **6. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, SEUS DESDOBRAMENTOS E INADEQUAÇÕES**

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

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

Conforme já explicitado, a saúde é direito fundamental essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana, mas isso é suficiente para compelir entes federativos a providenciarem o tratamento necessário a alguém a qualquer custo? Seria justo garantir o tratamento dessa pessoa, que é bastante oneroso, e conseqüentemente prejudicar o tratamento

de tantas outras em razão do gasto de recursos? São questões como essas que aparecem diante de juízes para decidir ações judiciais dessa natureza; e claramente essa problemática não é de fácil solução.

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

A real causa desse problema é a escassez de recursos destinados à saúde pública, o que se desdobra na falta de medicamentos para serem fornecidos gratuitamente, na falta de leitos médicos, na falta de materiais e insumos médicos, na precariedade da estrutura física dos hospitais e das unidades de atendimento, na má remuneração dos profissionais da saúde, entre diversos outros fatores.

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

### **6.1 A autonomia do Poder Executivo e o respeito às políticas públicas**

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

Considerando as atribuições conferidas a cada um dos Três Poderes, verifica-se que cabe ao Poder Executivo administrar o orçamento disponível destinado à efetivação da saúde,

e de outras políticas públicas. Dessa forma, quando o Poder Judiciário ordena que o Executivo cumpra as decisões que deferiram os pedidos judiciais de promoção de alguma ação ou serviço de saúde, há uma afronta direta à separação dos poderes, considerada princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Uma vez que o Judiciário não tem competência para criar ou destinar novos recursos financeiros para arcar com esses pedidos deferidos, sua atuação nessa área provoca uma desestabilização nas políticas públicas já existentes.

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

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

Contudo, as demandas judiciais que buscam ações ou serviços de saúde nem sempre têm objetos contemplados pelas políticas públicas implementadas pelo Executivo, principalmente no que tange aos pedidos de fornecimento de medicamentos. Isso porque muitas vezes o objeto da demanda é determinado medicamento novo no mercado, cuja eficácia pode nem ter sido comprovada ainda pelos órgãos competentes.

Nesses casos, a determinação judicial de que o Estado forneça aquele medicamento pleiteado acarreta no desperdício dos já escassos recursos orçamentários, ainda mais se houver outro medicamento cuja eficácia já foi comprovada, cujo custo é menor e que é contemplado pela lista de medicamentos fornecidos pelo SUS. Aqui, verifica-se ainda a interferência da indústria farmacêutica em parceria com os médicos que indicam esses remédios inovadores que vem causando preocupações.

## **6.2 Da violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia**

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

Destaca-se que as Centrais de Regulação Assistencial são estruturas operacionais interpostas entre o conjunto de demanda por determinada atenção e as ofertas disponíveis.

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

Em geral, através de ação hierarquizada e resolutiva do conjunto de Centrais de Regulação Assistencial (microrregional e macrorregional), o cadastro nessas Centrais torna possível regular as internações da população referenciada de um município para outro, tendo como meta que possibilitar o atendimento e registro de todas as internações necessárias. Por sua vez, a Programação Pactuada Integrada (PPI) consiste em um instrumento desenvolvido pelo SUS para dinamizar a sistemática da assistência à saúde, visando cumprir o preceito constitucional que assegura a todos o acesso irrestrito aos serviços de saúde em todos os níveis de abrangência.

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

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

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

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

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

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

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

### **6.3 O descrédito do Judiciário em razão do não cumprimento de suas decisões**

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

Nesse sentido, verifica-se que grande parte da população, leiga sobre o assunto e ignorante quanto à complexidade do tema, acaba entendendo que a decisão judicial não possui tanta força quanto deveria, já que não foi cumprida. Isso leva ao descrédito do Judiciário, que além de moroso, não parece mais resolver os conflitos existentes, aos olhos da população leiga, quando, na verdade, a decisão judicial tem o mesmo valor e força de sempre, faltando de fato a capacidade do ente condenado para cumprir a decisão.

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

### **6.4 Da judicialização da saúde no Estado do Pará**

Temos então, o crescente número de demandas propostas, que tem positivado o direito fundamental à saúde, possibilitado o quantitativo por meio de análise do Mapa de Judicialização da Saúde no Estado do Pará, o qual, traz o quantitativo de demandas propostas inerentes ao tema, no prazo de 2(dois) anos, no período de 01/01/2021 a 31/12/2022.

No referido período, foram propostas 6.140 (seis mil, cento e quarenta) ações novas referentes à saúde, as quais demandam respectivamente: vagas para internação/transferência, vaga em UTI e fornecimento de medicamentos/tratamentos.

Como se vê, o quantitativo de demandas propostas anualmente não é muito, se comparada as demais demandas. Tal fato pode ser atribuído a dificuldade de acesso à justiça pelos cidadãos, seja esta pela falta de informações, seja pela insuficiência de pessoal para suprir a demanda diária de assistência judiciária gratuita.

Quando é levado ao judiciário, o direito público subjetivo à saúde já encontrou inércia por parte de alguma esfera do Poder Público, como a falta de atenção e escassez de recursos ou quaisquer outras ações ou omissões. Por isso, como regra, são analisados os casos urgentes de iminente risco de morte devido a grande quantidade de demandas.

E a partir daí, da cumulação de ações, temos a substituição da fila de espera nos Hospitais, pela fila de espera das decisões judiciais, em que o cidadão fica à mercê do Estado sob a alegação de que não há recursos suficientes para atender as demandas sociais.

Aos magistrados portanto, cabe a tarefa de filtrar as demandas, ainda que sem conhecimento técnico acerca das patologias/requerimentos. Os mesmos devem conhecer as possibilidades da Administração e da quantidade de demandas existentes.

Sen (2018, p. 10) relata acerca da disponibilidade de progresso baseado na razão:

A idéia de usar a razão para identificar e promover sociedades melhores e mais aceitáveis estimulou intensamente as pessoas no passado e continua a fazê-lo no presente [...]. Precisamos, então, de uma estrutura avaliatória apropriada; precisamos também de instituições que atuem para promover nossos objetivos e comprometimentos valorativos, e ademais, de normas de comportamento e de um raciocínio sobre o comportamento que nos permita realizar o que tentamos realizar.

Para atingir a atenção máxima ao direito fundamental à saúde, não se pode permitir ofensas gratuitas a esse direito, de forma que sem a racionalização da atuação judicial, jamais será possível concretizar a prestação e a confirmação do alegado se dá pelo excessivo número de julgados existentes acerca do tema.

## **7. POSSÍVEIS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

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

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

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

### **7.1 Obediência aos regramentos do SUS**

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

Ora, uma vez que o Executivo é responsável por implementar políticas públicas de saúde, e considerando a autonomia e separação dos Poderes, não cabe ao Judiciário interferir das diretrizes estabelecidas por essas políticas e determinar que ações ou serviços de saúde sejam nelas incluídas através da procedência dos pedidos.

A título ilustrativo, não pode, por exemplo, o Judiciário determinar que o Executivo forneça determinado medicamento de determinada marca, se já existe outro fornecido pelo SUS com eficácia semelhante. Da mesma forma, não pode o Judiciário determinar que o Executivo forneça medicamento ou tratamento experimental, sem autorização da Anvisa, visto que há expressa proibição para tanto (art. 19 da Lei n. 12.401).

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

## **7.2 Atuação interdisciplinar entre o Judiciário e profissionais da saúde**

As demandas judiciais ora tratadas vêm apresentando pedidos de ações e serviços de saúde cada vez mais diversos. A fim de que sejam estabelecidos critérios conforme cada caso, o que combateria a expansão desenfreada e sem critérios da judicialização da saúde, mostra-se adequada a adoção pelo Judiciário de convênios e assessorias especializadas em saúde, já que os magistrados não têm conhecimento suficiente na área da saúde. A adoção dessa parceria do Judiciário com especialistas da área da saúde permitiria que as decisões proferidas levassem em consideração a real necessidade do fornecimento da ação ou serviço de saúde pleiteada para garantia da saúde, de modo que os pedidos excessivos e supérfluos seriam rejeitados, já que esses especialistas têm conhecimento aprofundado do tema.

A título de exemplo, as fraldas descartáveis são comumente pedidas judicialmente; em regra, esse produto só deve ser fornecido quando se tratar de paciente idoso, conforme a Portaria GM/MS n. 3.219/2010. Contudo, as fraldas podem ser necessárias à garantia da saúde em casos de pacientes mais jovens acometidos por enfermidades urinárias ou gastrointestinais.

Logo, a análise de cada caso realizada por um profissional da saúde seria bastante esclarecedora ao magistrado, que conseqüentemente preferiria decisão mais acertada, havendo fundamento científico para a procedência ou a denegação do pedido.

## **7.3 Maior frequência de atualização da RENAME e demais protocolos do SUS**

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

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

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

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, por meio da sua história constitucional evoluiu ao deixar de disciplinar o direito à saúde a todos os trabalhadores formais, para ofertar saúde a toda a coletividade. O Estado passou a assegurar a saúde por meio de ações, programas e serviços, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 e a Organização Mundial de Saúde, devendo englobar o bem estar físico, mental e social.

A saúde então passou a ser notada política e juridicamente por meio de sua inclusão no rol de direitos fundamentais previstos no art. 6º da Constituição, além do art. 196 que trata a saúde como um direito de todos e dever do Estado, em que a Administração Pública está diretamente vinculada, face ao seu caráter público subjetivo.

Apesar da regulamentação proposta pelo texto constitucional, foram necessárias normas suplementares para organizar em todo o país a distribuição da prestação dos serviços de saúde, ressaltando-se que a responsabilidade é solidária a todos os entes.

O Poder Público materializa os direitos sociais dos cidadãos através de políticas públicas, as quais consistem em programas governamentais voltados a concretização de algum objetivo de ordem pública.

No entanto, com relação ao direito fundamental da saúde, cuja garantia incumbe ao Poder Público, nos termos do artigo 196, da Constituição Federal, esbarra na falta de vontade governamental.

É nesse contexto que surge o fenômeno da judicialização do direito à saúde, frente ao descaso em relação à implementação das políticas públicas, o Judiciário é chamado a intervir. Para tanto, por meio do estudo efetuado, vislumbrou-se que a quantidade de demandas individuais ainda é escassa, necessitando de amparo aos hipossuficientes a cada dia mais efetivo.

Tal amparo pode ser prestado, em primeiro lugar, pela conscientização dos cidadãos acerca de tal direito, levando os mesmos a identificar o caminho a ser percorrido para a busca da efetivação, além de fortalecimento dos órgãos judiciais e municipais, como por exemplo, a criação de um Núcleo de Demandas Municipais de Saúde Pública, como já implantado em diversas cidades e Estados, para fins de atendimento, encaminhamento e resolução das demandas dos munícipes, evitando assim a judicialização.

## 9. REFERÊNCIAS

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

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: livraria Almedina, 1988.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil.** Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>. Acesso em: 24/03/2023.

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde.** Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>. Acesso em 25/05/2023. p. 48.

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

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

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2008. Disponível

em

:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude> . Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL, **Constituição da OMS, Decreto nº 26.042,** promulgado em 1948. \_\_\_\_\_

**Judicialização da saúde – Tribunal de Justiça do Estado do Pará.** Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?>

[r=eyJrljoiZWQ0ODY1MDItZjE0Mi00NWY3LWJhMGQtZjgyMGY0YjVmZGExIiwidCI6IjVmNmZkMTFILWNkZjUtNDVhNS05MzM4LWI1MDFkY2VmZWFiNSJ9](https://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf) . Acesso em 07/04/2023.

\_\_\_\_\_ **Resolução nº 31 do CNJ - Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.**

Disponível

em:

[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/recomendacoes/reccnj\\_31.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf) . Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **TEMA 006 - “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo” (vide tema 106 do STJ).** Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078> . Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RE 566.471. Tema 06,** Brasília, DF, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078> . Acesso em: 31/05/2023.

BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm), e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS.

FLEURY. Sônia. **Judicialização pode salvar o SUS, Saúde em Debate,** Rio de Janeiro, v.36, n. 93, p.159, abr./jun. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades.** Direitos Sociais e Políticas Públicas, nº 06. São Paulo: WRA, 2005, p. 1527.

MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais.** Imprensa: São Paulo, Gen, Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais,** 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 308.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

Página de assinaturas

**Wyderlannya o**

**Wyderlannya oliveira**

622.206.913-49

Signatário

Assinado eletronicamente

**Jacson Borges**

002.822.521-00

Signatário

**Vilma A**

**Vilma Andrade**

265.611.742-91

Signatário

**HISTÓRICO**

- 07 jul 2023**  
11:04:48  **Wyderlannya Aguiar costa de oliveira** criou este documento. (E-mail: wyderlannya@hotmail.com, CPF: 622.206.913-49)
- 07 jul 2023**  
11:04:59  **Wyderlannya Aguiar costa de oliveira** (E-mail: wyderlannya@hotmail.com, CPF: 622.206.913-49) visualizou este documento por meio do IP 186.227.186.31 localizado em Imperatriz - Maranhao - Brazil
- 07 jul 2023**  
11:05:07  **Wyderlannya Aguiar costa de oliveira** (E-mail: wyderlannya@hotmail.com, CPF: 622.206.913-49) assinou este documento por meio do IP 186.227.186.31 localizado em Imperatriz - Maranhao - Brazil
- 07 jul 2023**  
11:11:22  **Vilma do Socorro Albuquerque Andrade** (E-mail: vilmalbuquerque1962@gmail.com, CPF: 265.611.742-91) visualizou este documento por meio do IP 177.54.229.5 localizado em Parauapebas - Para - Brazil
- 07 jul 2023**  
11:11:54  **Vilma do Socorro Albuquerque Andrade** (E-mail: vilmalbuquerque1962@gmail.com, CPF: 265.611.742-91) assinou este documento por meio do IP 177.54.229.5 localizado em Parauapebas - Para - Brazil
- 07 jul 2023**  
11:09:03  **Jacson Salomão Quintanilha Borges** (E-mail: jacsonsalomaoquintanilha@gmail.com, CPF: 002.822.521-00) visualizou este documento por meio do IP 186.232.206.81 localizado em Parauapebas - Para - Brazil
- 07 jul 2023**  
11:09:10  **Jacson Salomão Quintanilha Borges** (E-mail: jacsonsalomaoquintanilha@gmail.com, CPF: 002.822.521-00) assinou este documento por meio do IP 186.232.206.81 localizado em Parauapebas - Para - Brazil



Página de assinaturas

**Maicon T**

**Maicon Tauchert**  
986.590.490-04  
Signatário

**HISTÓRICO**

- 12 jul 2023**  
14:35:47  **Maicon Rodrigo Tauchert** criou este documento. (E-mail: direito@fadesa.edu.br, CPF: 986.590.490-04)
- 12 jul 2023**  
14:35:48  **Maicon Rodrigo Tauchert** (E-mail: direito@fadesa.edu.br, CPF: 986.590.490-04) visualizou este documento por meio do IP 170.239.203.20 localizado em Parauapebas - Para - Brazil
- 12 jul 2023**  
14:35:51  **Maicon Rodrigo Tauchert** (E-mail: direito@fadesa.edu.br, CPF: 986.590.490-04) assinou este documento por meio do IP 170.239.203.20 localizado em Parauapebas - Para - Brazil

