

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL – MINTER

ANA KARLA LEAL GOMES

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

PICOS/PI

2021

ANA KARLA LEAL GOMES

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Qualificação de Dissertação de Mestrado,
desenvolvida sob a orientação do DR. JOAO PAULO
BACHUR apresentado para obtenção de Aprovação
em Exame de Qualificação

PICOS/PI

2021

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL – MINTER

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Qualificação de Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

26 de março de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Dr. João Paulo Bachur

Prof. Orientador

Dr. Roberto Freitas Filho

Prof. Avaliador

Dra . Isabella Nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond

Prof. Avaliadora

Dedico esse trabalho aos que me querem bem,
me amam me guiam, os de sempre, de todas as
horas, Francisco Canindé, Ana Cândida, Ana
Beatriz, Kelvane e Franciso Karlos.

Com vocês a vida, tudo faz sentido!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O MOVIMENTO SANITARISTA E SAÚDE COMO DIREITO	14
1.2. Direito Fundamental à saúde	18
1.3. A Universalização dos serviços de saúde	22
1.4. A integralização dos serviços de saúde	25
1.5. Judicialização do Direito à saúde	28
2. JUDICIALIZAÇÃO	32
2.1. Atores	36
2.2. Atuação do Conselho Nacional de Justiça	46
3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	54
3.1. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN	59
3.1.1. Fornecimento de medicação	62
<u>3.1.2. Mínimo existencial e reserva do possível</u>	65
3.1.3. Capacidade financeira do paciente	67
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

RESUMO

O presente trabalho possui como escopo analisar a universalização do direito à saúde pública mediante o fenômeno da judicialização, a delimitação do estudo se concentrará no fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo fora da relação adotada pelo Sistema Único de Saúde. Em um primeiro momento será analisado o direito fundamental à saúde, bem como sua evolução e conceito, assim como a relação existente ao mínimo existencial e a reserva do possível no contexto das demandas de saúde no Brasil. O estudo busca ainda discorrer sobre a incursão do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas. Ademais, será realizada uma análise sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em decisões proferidas nas ações do âmbito da saúde. Dessa forma, será debatido em linhas gerais o fenômeno da judicialização, os procedimentos de judicialização, bem como suas implicações no ordenamento jurídico pátrio. Baseando-se nas características do estudo, tem-se uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva que foi utilizada para sustentar cientificamente os objetivos do estudo.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. Direito Fundamental. Medicamentos.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the universalization of the right to public health through the phenomenon of judicialization, the delimitation of the study will focus on the free supply of high-cost drugs outside the relationship adopted by the Unified Health System. At first, the fundamental right to health will be analyzed, as well as its evolution and concept, as well as the existing relationship to the existential minimum and the reservation of the possible in the context of health demands in Brazil. The study also seeks to discuss the incursion of the Judiciary into the implementation of public policies. In addition, an analysis will be carried out on the position of the Supreme Court in decisions given in health actions. Thus, the phenomenon of judicialization, judicialization procedures, as well as their implications in the national legal system will be discussed in general terms. Based on the characteristics of the study, there is a bibliographic, qualitative and descriptive research that was used to scientifically support the objectives of the study.

Keywords: Judicialization. Health. Fundamental Law. Medicines.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, em sentido amplo, compreende o objeto central do presente trabalho, sendo consagrado pela Carta Magna de 1988 sob a égide de direito social, o mesmo constituiu-se no dever do Estado em implementar e efetivar políticas públicas que versem sobre o tema. O texto constitucional garante, em seu artigo 196, o acesso isonômico e universal às medidas que viabilizem ações, serviços e proteção para a efetividade do direito à saúde.

Nessa ótica, sob as diretrizes de que a saúde é um “direito de todos, e dever do Estado”, o Texto Constitucional passou a garantir a atuação estatal na elaboração de medidas sociais e econômicas que atuam na redução de riscos de doenças e outros agravos, tudo isso sob o crivo do acesso universal e igualitário por toda a sociedade (BRASIL, 1988). Nasce, assim, o Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei nº 8.080/1990, figurando como um sistema público, e pela Lei nº 8.412/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade no sistema de saúde, sua gestão e financiamento.

Devido à burocracia, lentidão e grande morosidade que as vias administrativas realizam suas atividades, a sociedade, buscando o atendimento de suas necessidades individuais imediatas, busca o Ministério Público, o advogado ou o Defensor público para uma solução efetiva nessa reivindicação, principalmente para aqueles que são totalmente desprovidos de verbas, sendo dependentes do Sistema Único de Saúde.

Assim, se dá início ao procedimento de judicialização da saúde, isto é, quando um indivíduo detentor de direitos, através de postulatórios jurisdicionais, pleiteia a realização de determinado direito da saúde, contando com o auxílio do Poder Judiciário. Nesse diapasão, em tempos atuais, a justiça vem sendo reconhecida como o caminho mais efetivo para a resolução de problemas de acesso à medicação, consultas especializadas, exames de difícil acesso vagas de internação em hospitais públicos, sendo assim amplamente utilizada.

Com o aumento da judicialização de procedimentos de saúde, é vislumbrado três problemas em polos totalmente distintos: o primeiro, relacionado com a sociedade, onde verifica-se que o Sistema Único de Saúde não está realizando seu amparo de maneira universal e eficaz; o segundo, em relação ao Poder Judiciário, que vem se “afogando” cada vez mais com a judicialização, haja vista a grande carga processual que o tema produz; o terceiro, em detrimento do Estado, em viabilizar condições financeiras suficientes para arcar com a demanda de pedidos.

O Supremo Tribunal Federal, entidade que figura no topo da hierarquia da formação do Poder Judiciário, já vem lidando com situações referentes à problemas com a saúde desde ano

de 2007, apresentando posições e medidas, desde então, para a realização justa dos parâmetros constitucionais do direito à saúde. Dentre seu vasto rol de julgados, assuntos como competência solidária na prestação de serviços de saúde entre União e estados-membros; distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes; ou competência do Ministério Público como parte legítima para o ajuizamento de ação civil pública, ganharam novas diretrizes com os entendimentos proferidos pela Suprema Corte.

Mediante os casos precedentes assinalados, em um recente julgamento, através da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN em 12 de março de 2020, que discutia a obrigação estatal de fornecimento gratuito de remédios de alto custo fora da relação adotada pela Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal adotou um posicionamento buscando amparar todos aqueles que estão envolvidos com os problemas de acesso à saúde. Nesse ponto, nasce a problemática que o trabalho busca desvendar: qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal na obrigação do Estado em fornecer remédios de alto custo que não estejam inseridos da relação de fármacos abrangidos pelo Sistema Único de Saúde?

Assim, como objetivo geral, o presente trabalho pretende estudar o vínculo obrigacional do Poder Público em disponibilizar à sociedade medicamentos de difícil acesso financeiro que são incorporados ao Sistema Único de Saúde, um dos fatores que ocasiona a judicialização da saúde. Como objetivos específicos, busca-se estudar o movimento sanitarista e sua influência; verificar premissas relacionadas ao direito fundamental da saúde; averiguar atuação das partes e Conselho Nacional de Justiça exerce na judicialização da saúde; definir a posição que o Supremo Tribunal Federal tem tomado perante determinados casos de saúde já julgados, com ênfase no julgado RE566.471/RN.

Para atingir o objetivo que o trabalho pretende alcançar, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo analisará os temas relacionados ao Movimento Sanitarista, relacionando-os com as premissas da Constituição Federal, Lei Maior e fonte primária de Direito em solo nacional. Serão avaliados conceitos relacionados à matéria e o surgimento do Movimento Sanitarista, bem como tópicos sobre o direito fundamental à saúde, a universalização e a integralização destes serviços.

O segundo capítulo irá adentrar no processo de judicialização de políticas (de modo genérico), realizando um comparativo deste com políticas de saúde e o campo judicial. Ademais, serão arrolados os atores que contribuem para o procedimento de judicialização, quais sejam, o Poder Judiciário, os advogados, a Defensoria Pública, o Ministério público, as

Secretarias de Saúde, o Sistema Único de Saúde, os médicos e a indústria farmacêutica, ainda atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, o terceiro e último capítulo, exploradas as teses proferidas nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a saúde e judicialização, incluída a decisão referente do Recurso Extraordinário nº 566.471 RN, ação primordial para a conclusão do trabalho.

A justificativa da pesquisa em questão se funda no excessivo cumprimento de mandados expedidos pelo Judiciário, aos entes de saúde responsáveis, que geram certo descontrole no desenvolvimento de programas que buscam conferir mais amplitude à saúde social comprometendo as verbas públicas e os planejamentos orçamentários. O Judiciário vem recepcionado as demandas individuais, deferindo a maioria dos pedidos relacionado ao fornecimento de medicamentos, obrigando os gestores de saúde a fornecerem os produtos demandados pelos requerentes e, resultando num desequilíbrio no âmbito dos recursos financeiros públicos.

Como consequências, a título de exemplo, muitos indivíduos que possuem condições de arcarem com medicamentos de alto valor são contemplados indevidamente, prejudicando indivíduos que não possuem as mesmas condições financeiras, o que atenta contra qualquer premissa democrática vigente. Assim, é de suma importância uma análise acerca dos possíveis requisitos impostos pelo Supremo Tribunal Federal ao Poder Judiciário no deferimento de demandas processuais de saúde pública.

Para tanto, a metodologia a ser utilizada no referido trabalho terá alicerce no método qualitativo e descritivo, sendo assim, possui como essência a pesquisa histórica e exploratória, para que ocorra a familiaridade e compreensão do tema em questão, tornando-se flexível e, desse modo, possibilitando a abrangência de diversos aspectos do tema em debate. Insta frisar que, diante do contexto apresentado, salienta-se que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim tocar em aspectos relevantes da matéria, de modo a iniciar um debate e contribuir para a formação de uma consciência sobre o tema.

1. O MOVIMENTO SANITARISTA E SAÚDE COMO DIREITO

Neste item fazemos um resgate do contexto histórico do movimento sanitarista, uma abordagem sobre a conquista do direito à saúde – enquanto um direito fundamental –, da universalidade, da integralidade e da apresentaremos judicialização dos serviços de saúde, com base na Constituição Federal de 1988. Ressalvamos que a judicialização da saúde será tratada com maior profundidade em capítulo posterior.

O Movimento Sanitário brasileiro foi uma luta dos trabalhadores pela melhoria das condições e defesa da saúde no trabalho, que, durante muito tempo, não despertou preocupação nos estudiosos da Reforma Sanitária. Trata-se de um movimento que envolveu importantes categorias do movimento sindical, aproximando setores intelectuais, técnicos, lideranças sindicais e trabalhadores, que se inspiraram no Modelo Operário Italiano.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um papel muito importante para o direito à saúde no Brasil, pois através dela, o Estado passou a ter a responsabilidade de promover o acesso para todos, tornando um direito universal que pertence aos brasileiros e estrangeiros, que assim precisarem, podendo usar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito.

Nesse contexto, torna-se, também, importante uma abordagem sobre a universalidade, a integralidade e a judicialização da saúde, onde muitas questões de grande repercussão política e/ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário.

1.1. Contexto histórico do Movimento Sanitarista

As primeiras décadas do século XX, o povo brasileiro vivia uma situação de alta vulnerabilidade sanitária, principalmente o homem do campo. Por um lado, por não conseguir superar o estado de calamidade na saúde pública, a maioria mantinham uma atitude negativista. E outros, ignoravam o problema adotando uma posição ufanista. Aqueles que abraçaram a campanha sanitarista acreditavam que poderiam superar o mal do povo brasileiro¹.

Nesse período histórico, por um lado, não existiam políticas públicas planejadas, menos ainda espaços públicos de atendimento à população para realizarem tratamentos e cuidados

¹ Nesse contexto, a relação entre entidades religiosas e tratamentos de saúde é bastante forte e existe desde a colonização do Brasil. Por exemplo, segundo a Confederação de Santas Casas de Misericórdia (CMB), muitos movimentos da Igreja Católica, da Igreja Protestante, da Igreja Evangélica, da Comunidade Espírita, dentre outras, tinham à época, aproximadamente, 2.100 estabelecimentos de saúde espalhados por todo o território brasileiro. (<https://www.politize.com.br/direito-a-saude-historia-da-saude-publica-no-brasil/>. Acessado em 01.08.2020.

médicos, principalmente das pessoas pobres e escravos que viviam em condições precárias, sofrendo com os mais variados tipos de doenças. Por outro lado, os nobres e colonos brancos, que tinham terras e posses, usufruíam de facilidades de acesso a médicos e remédios da época, assim as suas chances de sobrevivência eram sempre maiores.

O movimento pela Reforma Sanitária surgiu no contexto da luta contra a ditadura, no início da década de 1970, onde a expressão foi usada para identificar o conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde². Contudo, tais mudanças incluíam todo o sistema de saúde com o objetivo de realizar as melhorias necessárias nas condições de vida da população.

A Reforma Sanitária brasileira tinha como uma de suas principais características a luta contra a ditadura, cujo tema era “Saúde e Democracia”, se estruturando nas universidades, no movimento sindical e em experiências regionais de organização de serviços. Em fevereiro de 1918, alguns representantes das elites política e intelectual fundaram a Liga Pró-Saneamento do Brasil, sob a direção de Belisário Pena, efetuando a passagem de um período mais voluntariado da campanha sanitária para uma ação mais organizada.

A campanha só deslanchou, de fato, em 1918, contando também com a excelente repercussão obtida na imprensa, nos debates parlamentares e com o advento da epidemia de gripe espanhola. A gripe espanhola, por exemplo, possibilitou ao movimento sanitário alcançar muitas cidades, principalmente o centro político-administrativo do país, pois rompeu com as distinções entre as classes sociais, passando a ser chamada de "gripe democrática", que forjou uma nova maneira de encarar o problema pelas autoridades competentes. À época, o presidente Rodrigues Alves, eleito naquele ano, e parte do contingente militar enviado ao teatro de operações na Primeira Guerra Mundial se solidarizaram com as vítimas fatais da gripe espanhola (MOURA, 2013).

De acordo com os defensores do saneamento, tanto a questão da saúde quanto a questão da educação eram elementos fundamentais na construção da nacionalidade no Brasil, como uma forma de romper com o abandono e o isolamento das populações sertanejas. Ou seja, os defensores entendiam a construção da nacionalidade como uma postura política extremamente importante para a tomada de consciência da situação sanitária do país. Ressalte-se que, a

² A expressão “Reforma Sanitária” foi utilizada pela primeira vez no país com base na reforma sanitária italiana, ficando esquecida por um tempo até ser recuperada nos debates prévios à 8ª Conferência Nacional de Saúde, quando foi usada para se referir ao conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde. (<https://bvsarouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>). Acessado em 01.08.2020.

campanha do saneamento rural foi simultaneamente intensificada pelo movimento nacionalista que se disseminou a partir da Primeira Guerra Mundial.

Mesmo com uma Diretoria Geral de Saúde Pública, vinculada ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que praticamente não funcionava, os sanitaristas consideravam a federalização da República, isto é, a relativa autonomia dos estados, que eram dominados pelas oligarquias locais, o maior impedimento para uma ação coordenada ao combate das doenças endêmicas do país – p.ex. ancilostomose, malária, doença de Chagas. Por isso, clamavam-se pela criação de um Ministério da Saúde Pública, que implementasse uma ação de caráter nacional para cuidar da saúde público do povo brasileiro.

Em dezembro de 1919 foi criado o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), que contribuiu para uma maior amplitude aos serviços sanitários federais. Desse modo, a participação e a intervenção do Estado na área de saúde pública ajudou a ampliar e consolidar o movimento sanitarista, promovendo, por um lado, a interdependência compulsória entre os estados, os municípios e o poder central, e por outro lado, contribuiu gradualmente para o fortalecimento do Estado brasileiro e a desarticulação do sistema oligárquico.

Durante o período de ditadura militar buscou se expansionismo do setor privado, buscou se contratação de companhias privadas ou cooperativas de médicos prestadores de serviços de saúde aos seus funcionários. A ideia era privatizar para obter lucros, ex: tentativa de privatizar o INCA em 1969.

Também foi observado expansão da cobertura da assistência médica previdenciária estatal às camadas mais desfavorecidas. Com esse propósito, foram instituídas várias medidas, como a incorporação dos acidentes de trabalho às ações previdenciárias, em 1967; a extensão da proteção previdenciária aos trabalhadores rurais, com a criação do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural(Prorural), em 1971; a ampliação da cobertura previdenciária às empregadas domésticas, em 1972, e aos trabalhadores autônomos, no ano seguinte.

Em meados dos anos de 1980, grupos de médicos, acadêmicos e outros profissionais desenvolveram teses e integraram discussões políticas sobre a saúde pública, culminando com o marco institucional da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. As propostas da Reforma Sanitária resultaram, finalmente, na universalidade do direito à saúde, oficializado com a Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Em outubro de 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, completa-se o processo de retorno ao país ao regime democrático. Dentre inovações da nova Constituição a saúde em direito de cidadania e a criação de um sistema público, universal, e descentralizado de saúde.

Uma transformação da saúde pública do país, vez o país vivia sob a duplicidade de um sistema cindido entre a medicina previdenciária e a saúde pública, voltada prioritariamente para as zonas urbanas, estando a cargo dos institutos de pensão.

A saúde pública, sob o comando do Ministério da Saúde(MS), era direcionada principalmente às zonas rurais e aos setores mais pobres da população, e tinha como alvo, majoritariamente, atividades de caráter preventivo.

A Constituição Federal de 1988 foi o primeiro documento oficial que colocou o direito à saúde definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro, num tripé da seguridade social, juntamente com Seguridade Social e Assistência Social, sendo o único direito com caráter universal, independente de contribuição ou condição financeira pessoal. Com isso, a saúde passou a ser um direito de todo cidadão e um dever do Estado, além de determinar que o sistema de saúde pública deve ser gratuito, de qualidade e universal, ou seja, acessível a todos os brasileiros e/ou residentes no Brasil.

No texto constitucional, nos arts. 198, 199 e 200, foram inseridos relevantes matizes da dimensão organizatória e procedimental, atribuindo ao Sistema Único de Saúde a coordenação e a execução das políticas para proteção e promoção da saúde no Brasil. O Sistema Único de Saúde (SUS) foi regulamentado posteriormente pela lei 8.080/1990, onde dispõe todas as suas atribuições e funções como um sistema público e pela lei 8.142/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade, gestão e financiamento do SUS.

Assim, a CF/88 não se limitou a prever a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde, mas, também, se preocupou como seria atuação desse órgão administrativo e os objetivos que deveria perseguir, conferindo o esboço do SUS. Contudo, mesmo com toda previsão constitucional, os procedimentos para o adequado funcionamento do SUS, bem como as atribuições específicas dos órgãos, só puderam ser realizadas a partir da elaboração das Leis específicas da Saúde³.

Em seu Art. 198, a CF/88 estabelece como diretrizes do Sistema Único de Saúde (i) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, (ii) o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e (iii) a

³ Nesse propósito foi criada a Lei Federal 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as atribuições e funcionamento do Sistema Único de Saúde, bem como a Lei Federal 8142, de 28 de dezembro de 1990, que trata sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Desse modo, há procedimentos do SUS que são veiculados por meio de regulamentos, decretos e portarias. Tais normas infralegais devem alinhar-se ao texto constitucional que impõe a observância dos procedimentos à efetivação dos direitos fundamentais.

participação da comunidade. Assim, a criação do SUS está diretamente relacionada a tomada de responsabilidade por parte do Estado.

A saúde está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, onde define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Isto significa que, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

Historicamente, a Constituição Federal de 1988 se constitui num marco sobre a proteção constitucional à saúde no Brasil, pois antes da sua promulgação os serviços e ações de saúde se destinavam a um pequeno grupo de privilegiados, isto é, aqueles que poderiam, de alguma forma, contribuir, enquanto a maioria da população era excluída porque não possuíam condições financeiras para custear o seu tratamento de forma particular e não contribuírem para a Previdência Social.

No item a seguir trataremos, especificamente, do direito fundamental à saúde na constituição de 1988, como um direito público subjetivo, isto é, uma prerrogativa jurídica indisponível garantida à generalidade das pessoas.

1.2. Direito Fundamental à saúde

Anteriormente à promulgação da CF/88, os serviços e ações de saúde eram privilégios de poucos, que custear, excluindo a maioria da população brasileira que, também, não podia contribuir para a Previdência Social. Todavia, ainda hoje existem entraves que inviabilizam a efetivação da proteção constitucional ao direito à saúde, principalmente devido à ausência de especificação do objeto desse direito e de definição dos princípios constitucionais relacionados à saúde tem dificultado a concretização desse direito fundamental.

O direito à saúde⁴ consta na Constituição Federal de 1988 no título que se refere à ordem social, onde o objetivo é o bem-estar e a justiça social. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, no seu Art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

⁴ De acordo com Henrique Hoffmann Monteiro Castro (2005), a saúde é um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças, ou seja, significa um estado normal e o funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano, cujos medicamentos são responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados⁵. Ou seja, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem fundamento no valor de igualdade entre as pessoas.

Nesse sentido, a tutela do direito à saúde apresentaria duas faces: 1) de preservação e 2) de proteção. Por um lado, a preservação da saúde se relacionaria às políticas de redução de risco de uma determinada doença e, por outro lado, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa (CASTRO, 2005).

Para complementar, a Constituição Federal de 1988, no art. 196, reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a minimização do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁶ (MARTINS; DIMOULIS, 2010). Isto é, o direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Assim, mesmo o acesso a serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde abrange também a garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde está entre os mais debatidos nos âmbitos acadêmico, doutrinário e judicial, estimulando dentro da sociedade brasileira um processo de conscientizado de que, efetivamente, cabe ao Estado a proteção do cidadão. Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível garantida à generalidade das pessoas. direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas.

Todavia, mesmo com tantos avanços políticos e legais, a luta social pela efetivação do direito a saúde no Brasil não cessou, na medida em que o financiamento deste sistema permanece insuficiente em função do tamanho da demanda que deve ser alcançado pelo sistema, provocando a ocorrência de inúmeras omissões por parte do Estado, que tem o dever constitucional de garantir esse direito fundamental a todos os cidadãos.

⁵ Ressalte-se, porém, que antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, Paulo Lopo Saraiva já defendia a proteção aos direitos sociais, os quais definiu como sendo “o conjunto de princípios e normas imperativas que tem por sujeito os grupos e os membros dos grupos, tem por objetivo (fim) a adaptação da forma jurídica (Leis, Códigos) à realidade social e visa (atuação), nesta adaptação, à colaboração de todos ao bem comum.” (SARAIVA, 1983, p. 23).

⁶ O reconhecimento da saúde como direito fundamental social surgiu com uma inovação na Constituição Federal de 1988, pois, inexistia em constituições anteriores a previsão de acesso aos serviços de saúde de forma universal e igualitária. Por exemplo, as Constituições de 1824 e 1891 foram omissas no que se refere ao direito à saúde; as Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967 apenas delimitavam as competências legislativas dos entes federativos.

Como resultado de uma luta social, a saúde foi reconhecida como um direito social fundamental, que tem como um dos princípios básicos a dignidade da pessoa humana, cujo um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é o de superar as desigualdades sociais com a finalidade de realizar a justiça social.

De acordo com o Ministro do Supremo tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso (2009, p.10):

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direito.

No Brasil, o direito fundamental à saúde está entre aqueles que mais suscitam debates nos meios acadêmicos, doutrinários e judiciais. Trata-se de uma conquista da sociedade brasileira, cujo objetivo é assegurar a toda população uma proteção efetiva pelo Estado. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é um marco histórico e legal que consagra o direito à saúde como direito social prestacional que tem a finalidade de garantir à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social.

Conforme José Cretella Júnior (1994, vol. III, p. 4331), na obra "Comentários à Constituição de 1988", citando Zanobini, que:

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. [...] O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

No Estado brasileiro, a competência quanto à responsabilidade do poder público é comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, logo cabe a estes “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, inciso II, CF/88). Nesse sentido, todos os entes federados, cada qual no seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde a todos os cidadãos.

O conceito de saúde que se desenvolveu até hoje não se restringe mais à ideia de ausência de doença, mas como o completo bem-estar biopsicossocial do homem⁷. Todavia, o debate sobre o direito à saúde ainda permanece com o combate às enfermidades e

⁷ De acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS, o conceito de saúde o mais abrangente trata o direito à saúde para além da ausência de doenças, ou seja, como o completo bem-estar físico, mental e social do homem.

consequentemente ao acesso aos tratamentos medicamentosos. Conforme Schwartz (2003, p. 54), “o escopo do direito sanitário é a libertação de doenças”.

Contudo, a CF/88 não faz qualquer distinção no que se refere ao direito à saúde, abrangendo expressamente o acesso universal a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico. Na prática, aplica-se as orientações postuladas pela Organização Mundial de Saúde: a saúde se caracteriza como o completo bem estar físico da sociedade e não apenas como a ausência de doenças.

Diante dessa situação, se questiona se, de fato, o Estado, em seu dever de prestação dos serviços de saúde, obriga-se a disponibilizar, por exemplo, o atendimento médico-hospitalar e odontológico, o fornecimento de todo tipo de medicamento indicado para o tratamento de saúde, a realização de exames médicos de toda natureza, o fornecimento de aparelhos dentários, próteses, óculos etc.

Segundo Sarlet (2006, p. 1-22), cabe ao Legislador federal, estadual e municipal, em consonância com a competência legislativa prevista na própria Constituição, concretizar o direito à saúde, devendo o Poder Judiciário, quando acionado, interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a realizem. Em suma, a indefinição do que venha a ser o objeto do direito à saúde, o legislador foi incumbido do dever de criar normas em consonância com a Constituição Federal de 1988. Existe, portanto, o dever do Estado de criar e fomentar a criação de órgãos competentes a atuarem na tutela dos direitos e procedimentos necessários à proteção e promoção dos direitos.

Entende-se que, a aplicação da norma constitucional depende intrinsecamente de procedimentos propostos para serem executados pelo Estado, bem como a criação de estruturas organizacionais para o cumprimento do escopo constitucional de promover, preservar e recuperar a saúde e a própria vida humana. Noutras palavras, há uma estreita relação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, onde, simultaneamente, os deveres de proteção do Estado devem concretizar-se através de normas administrativas e a criação de órgãos destinados ao cumprimento da tutela e promoção de direitos, na medida em que a extensão e limites dessas normas e órgãos são impostos pela CF/88.

Conforme Robert Alexy (2008, p. 473), “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais”. Na verdade, a proteção constitucional à saúde seguiu o contexto do Direito Internacional, envolvendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de garantir o acesso à saúde para toda a população, como forma de melhorar a qualidade de vida de todos.

Dessa forma, a proteção constitucional ao direito à saúde, a ausência de especificação do objeto desse direito e de definição dos princípios constitucionais relacionados à saúde tem dificultado a concretização desse direito fundamental.

Se os direitos fundamentais são, sempre e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais (SARLET, 2009, p. 21).

Nesse sentido, a importância de definir o objeto específico da saúde surge devido ao fato de que a Constituição Federal, no Art. 196, adotou o conceito amplo de saúde, determinando ao Estado do dever de elaborar políticas sociais e econômicas que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Ciente de assegurar o direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 não delimitou objeto desse direito fundamental, não especificando “se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana” (SARLET, 2002, p. 54).

No mesmo sentido crítico, Konrad Hesse (1998) argumenta que;

1) a organização e o procedimento podem ser considerados o único meio de alcançar um resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia;

2) é direito do cidadão obter do Estado prestações positivas, as quais ultrapassam o campo da discricionariedade administrativa para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, cujas pautas de atuação governamental estabelecidas na CF/88, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, devendo ser vistas como indispensáveis à manutenção do “status” de dignidade da pessoa humana.

1.3. A Universalização dos serviços de saúde

As diretrizes do SUS não se limitam àquelas três diretrizes no texto da CF/88, mas servem de referência para a conduta da Administração Pública no tocante à efetivação do direito à saúde, bem como à universalização do SUS. O Sistema Único de Saúde substituiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia responsável pela saúde dos contribuintes da Previdência desde 1974, quando foi desmembrado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) até 1990, ano em que foi aprovada a Lei 8080, que implementou o Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a diferença do tratamento dispensado a esse direito diferenciando-o da previdência social. Com a CF/88 veio o reconhecimento do direito de todos de obter os serviços e ações de saúde independentemente de contribuição, diferentemente do que ocorre no sistema de previdência social, essencialmente contributivo.

Conforme Bertolli Filho (2010), a história da saúde pública mostra o tratamento desigual a que esteve submetida a população brasileira, caracterizando-se pela ausente ou pouca intervenção do Poder Público e a restrição de serviços de saúde a determinadas classes sociais. Ressalte-se que os beneficiários da saúde eram somente àquelas pessoas que contribuía com a Previdência Social. Aos excluídos da Previdência Social restava-lhes a prestação dos serviços de saúde apenas na forma preventiva, ficando dependentes dos serviços de instituições filantrópicas de saúde para os demais serviços médicos (BRASIL, 2003).

A universalização dos serviços públicos de saúde foi produto da influência do movimento sanitaria na Assembleia Constituinte de 1987. Todavia, um dos mais importantes atos políticos do chamado movimento sanitaria ocorreu entre 17 a 21 de março de 1986, em Brasília- DF, onde foi realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), e, dentre outros temas, fez-se a discussão sobre a reformulação do sistema nacional de saúde pública, principalmente, com relação a ampliação da cobertura e dos beneficiários dos serviços de saúde.

O entendimento foi de que acesso universal aos serviços de saúde, além de ser uma garantia constitucional, é uma pauta de luta dos movimentos sociais que reivindicam um dos elementos fundamentais para a efetivação dos direitos de cidadania. E, nesse caso, “o exercício de cidadania tem um grande potencial de produzir resultados concretos, tendo em vista as reais possibilidades de mudança e melhoria no atendimento aos problemas de saúde da população” (PUSTAI, 2004. p.71).

Nesse sentido, o termo “acesso” está além da conexão pura e simples ao conceito de porta de entrada, se trata de um "dispositivo" transformador da realidade. Assim, partimos da perspectiva de que somente se garantirá o acesso universal do usuário no sistema de saúde por meio da “consciência de cidadania”, que determina como elemento reformador do pensamento da sociedade para a construção de sistemas de saúde, de acordo com as necessidades socialmente determinadas, a “consciência sanitária” (CAMPOS, 1992).

A universalidade não só constitui uma diretriz do Sistema Único de Saúde, como também a base de toda a estrutura administrativa da saúde. Além disso, existe a integralidade que se relaciona com a política de fornecimento de medicamento e à assistência terapêutica fornecida ao usuário do SUS. Em relação à descentralização dos serviços e ações de saúde e ao financiamento, mesmo sendo vistos separadamente, há uma estreita interferência de um sobre

o outro. Nesse sentido, deve-se, por exemplo, analisar se a transferência de obrigações ocorre, simultaneamente, com o repasse financeiro em favor da saúde.

Como se mostrou anteriormente, o Sistema Único de Saúde (SUS) é uma organização administrativa com o objetivo de promover a saúde pública brasileira, cujo acesso deve ser universal e igualitário, constituindo-se como uma rede regionalizada e hierarquizada, que se estrutura em diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988:

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.

O Princípio da Universalidade no Direito à Saúde, mesmo não estando expresso em dispositivo constitucional, determina que os serviços sociais direcionados a assegurar a saúde da população devem estar disponíveis a toda a população. Noutras palavras, o serviço público de saúde deverá envidar esforços para atender o número máximo de pessoas e situações possíveis. Trata-se de uma norma extraída da CF/88 no Art. 196, que prevê o acesso universal às ações e serviços de saúde, o que possibilita o ingresso de qualquer pessoa no Sistema Único de Saúde (SUS).

Além da universalidade, o acesso à saúde deve ser igualitário, portanto não deve haver qualquer tipo de discriminação em relação aos usuários nem de serviços prestados. Nesse sentido, a gratuidade dos serviços é fundamental para que o acesso seja universal e igualitário, pois é óbvio que não se pode considerar universal, um serviço público que exija contrapartida pecuniária (HENRIQUES, 2008).

[...] a gratuidade só é obrigatória no caso de serviços amparados pela Lei 8080/90 e sua regulamentação; conseqüentemente, se pleiteadas em juízo quaisquer outras prestações de saúde não abrangidas a priori – como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listagens oficiais ou em desconformidade com os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde -, é requisito indispensável à concessão da ordem a demonstração pelo postulante de sua necessidade financeira (HENRIQUES, 2008, p. 830).

Para realizar a efetividade do direito à saúde à população, o SUS precisa otimizar rede própria e contratada, com a participação complementar da iniciativa privada, preferencialmente através das entidades filantrópicas e as sem fim lucrativo. Conforme a CF/88, no art. 200, as atribuições do SUS variam da competência fiscalizatória e de controle das atividades que envolvam a saúde, passando pela produção de medicamentos e insumos, preparação dos profissionais e a busca pela inovação na saúde (Lei Federal n. 8080/90 e a Lei Federal 8142/90, ambas formando a Lei Orgânica da Saúde).

Por exemplo, a Lei Federal 8.080/90, no Art. 2º, reconhece a saúde como direito fundamental do ser humano, sendo do Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício⁸ e reitera, quanto às atribuições do Sistema Único de Saúde, outros dispositivos constitucionais e acrescenta outras obrigações no Art. 6º, inclusive incumbindo ao SUS a formulação da política de medicamentos e incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico na área de saúde.

1.4. A integralização dos serviços de saúde

A expressão “atendimento integral” refere-se ao princípio de integralidade, inserido na Constituição Federal 1988, como um dos norteadores da saúde, que foi retirado da medicina integral, onde propõe uma conduta médica que não se reduzisse às dimensões exclusivamente biológicas, em detrimento das considerações psicológicas e sociais. Segundo Ruben Araújo Matos (2001), a noção de medicina integral foi adaptada ao Brasil no sentido de prevenção de moléstias com enfoque na saúde coletiva.

Partimos do pressuposto de que a “integralidade” é uma construção coletiva, que ganha forma e expressão no espaço de encontro dos diferentes sujeitos implicados na produção do cuidado em saúde. Assim, a “integralidade” como definição legal e institucional é entendida como um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, considerando os níveis de complexidade do sistema. Ao ser constituída como ato em saúde nas vivências cotidianas dos sujeitos nos serviços de saúde, tem produzido experiências que impulsionam transformações na vida das pessoas, cujas práticas eficazes de cuidado em saúde superam os modelos idealizados para sua realização (MATTOS, 2005).

⁸ o Art. 5º estabelece os principais objetivos do SUS: (i) identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; (ii) formular política de saúde; (iii) promover, proteger e recuperar a saúde a partir de ações assistenciais e de atividades preventivas.

A ‘integralidade’ ganha visibilidade quando se atinge a resolubilidade da equipe e dos serviços, por meio de discussões permanentes, capacitação, utilização de protocolos e reorganização dos serviços. Como exemplo, tem-se o acolhimento/usuário centrado e a democratização da gestão do cuidado pela participação dos usuários nas decisões sobre a saúde que se deseja obter.

De acordo com o art. 198, II, da Constituição Federal de 1988, as ações de prevenção fazem parte do atendimento integral, que deve dar prioridade às atividades preventivas ou curativas, relacionadas a ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Mesmo sendo fatores que influenciam e são importantes para saúde, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o lazer não devem ser considerados como ações e serviços de saúde a serem exigidos do SUS (WEICHERT, 2010, p. 116).

Para Lenir Santos (2010), a assistência integral somente é garantida àqueles que estão no SUS. Dessa feita, quem optou pela assistência privada, não poderia pleitear parcela da assistência pública, porque esta pressupõe a integralidade da atenção, devendo o paciente estar sob a terapêutica pública, inclusive a assistência farmacêutica restringir-se-ia às pessoas que integralmente tenham optado pelo sistema público de saúde. Para Weichert (2010), o princípio da integralidade não confere, por si só, direito aos pacientes dos serviços privados de obter os insumos do SUS, ou seja, ele não está – como regra constitucional – obrigado a fornecer insumos isolados àqueles que optaram pelo uso de serviços privados.

A noção de integralidade é restrita àqueles que estiverem utilizando o serviço público, conforme o Decreto Federal nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamentou a Lei Federal 8080/90, para definir a assistência farmacêutica do SUS.

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;

II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;

III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e

IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

§ 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.

§ 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado.

Observe-se, porém, a ilegalidade no fato do Decreto Federal nº 7.508/11 condicionar o acesso dos usuários à assistência farmacêutica mediante a comprovação de que esteja sendo assistido pelo SUS, por não atende à finalidade constitucional. O Decreto Federal n. 7.508/11

revela-se inconstitucional, porque inova no ordenamento jurídico sem ter base legal e afronta o direito fundamental à saúde da população que necessita de assistência terapêutica.

A CF/88 (art. 203) diferencia a saúde da assistência social, prevendo que a assistência será prestada ao contribuinte da previdência que dela necessitar e o direito à saúde é de qualquer pessoa que tem direito a obter os serviços do SUS, tenha ou não condições financeiras para arcar com os gastos da saúde de forma privada. Segundo Merhy (1997), uma das traduções de acolhimento é a relação humanizada, acolhedora, que os trabalhadores e o serviço, como um todo, têm de estabelecer com os diferentes tipos de usuários.

A Constituição Federal, em seu Art. 196, dispõe que [...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, não cabendo à Lei restringir a extensão desse direito fundamental. Bem como, não autoriza uma interpretação que reduza o direito à saúde às prestações de saúde a apenas uma categoria de pessoas, as que estejam sendo atendidas pelos profissionais do SUS.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 339-343):

[...] Opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade, ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz apenas em função da vontade, isto é, da diretriz estabelecida por uma pessoa, o Chefe do Poder Executivo, sendo composto por um ou poucos auxiliares diretos seus ou de seus imediatos. Não necessitar passar, portanto, nem pelo embate de tendências políticas e ideológicas diferentes, nem mesmo pelo crivo técnico de uma pluralidade de pessoas instrumentadas por formação ou preparo profissional variado ou comprometido com orientações técnicas ou científicas discrepantes. Sobremais, irrompe da noite para o dia, e assim também pode ser alterado ou suprimido.

Nesse sentido, a noção de integralidade deve ser interpretada de modo a incluir atividades de prevenção epidemiológica, como vacinação, além dos atendimentos e consultas médicas, cirurgias, internações e de assistência farmacêutica, incluindo fornecimento de medicamento e de outros insumos como próteses etc.

De acordo com Barroso (2009, p. 3):

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

A assistência terapêutica integral, nos termos do art. 19-M, inciso I, da Lei Federal 8080/90, consiste na dispensação de medicamentos, sob prescrição em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença. Ressalte-se, porém, que a relação oficial de medicamentos traz segurança e previsibilidade de gastos com a saúde, mas não pode servir de obstáculo ao atendimento integral.

Marlon Alberto Weichert (2010) adverte que

(...) a vinculação a esses protocolos deve ser relativa, porquanto, algumas vezes, a situação concreta do paciente recomenda alterações no tratamento não previstas no protocolo, tornando-se indispensável que os serviços de saúde tenham disponível um canal apto a analisar e aprovar prescrições de medicamentos que fujam ao padrão.

Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, a ausência de Protocolo Clínico no SUS não pode violar o princípio constitucional da integralidade, não justificando a distinção entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada⁹.

1.5. Judicialização do Direito à saúde

Embora o acesso a serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde implica, também, na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

A partir do momento em que a saúde foi consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental, ela, deste modo, passou a ter uma proteção jurídica especial, formal e material, na ordem jurídico-constitucional brasileira¹⁰.

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. [...]. Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários (SARLET, 2002, p. 2-3).

O direito social à saúde confunde-se com o direito à vida: um direito fundamental. Hoje, em função da maior consciência em relação aos seus direitos, os cidadãos buscam a tutela jurisdicional para efetivarem o atendimento as suas necessidades de saúde, mediante a

⁹ Vale conferir a interpretação do STF no tocante ao princípio da integralidade: STF – PLENÁRIO – AG. REG. STA 175/CE – Decisão unânime, Publicada no DJE 30/04/2010 - ATA Nº 12/2010. DJE nº 76, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.gov.br/acompanhamento_processual>. Acesso em 20/01 2012).

¹⁰ Conforme SARLET (2002), a saúde constitui-se, na ordem jurídico-constitucional, como direito fundamental, revelado em uma dupla fundamentalidade: formal e material.

propositura de ações, que vão desde o fornecimento de remédios, à realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos.

Nesse contexto, ressalta-se a importância da intervenção judicial, que conforme Luís Roberto Barroso (2007, p. 04):

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Atualmente, o Poder Judiciário tem sido pressionado pela realidade social e forçado a ingressar no campo da formulação de políticas públicas por meio decisões que ordenam o Poder Executivo atender a pretensão do litigante, seja com o fornecimento de medicamentos caros e limitados, ou oportunizando a realização de internações, tratamentos, cirurgias e exames.

Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 4):

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Esse tipo de situação – judicialização da saúde, que não é exclusividade brasileira – tem sido cada vez mais comum porque, muitas vezes, o Estado não pode proporcionar diretamente um tratamento específico, ou um procedimento não é assegurado pelo Sistema Único de Saúde – SUS (que trabalha sob três aspectos: promover, proteger e recuperar), ou mesmo, não está contemplado legalmente.

Nessa situação, cabe à Administração Pública, com base no princípio da isonomia, por meio da aplicação de critérios médico-científicos (p.ex. laudos médicos e exames), promover e financiar cuidados essenciais através de outros meios, sempre com vista a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária inerentes à política nacional de saúde.

A judicialização da saúde envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, indo além dos componentes jurídicos e de gestão de serviços públicos, na medida em que são inegáveis os obstáculos existentes no sistema de saúde do Brasil e até no sistema judiciário, para responder de forma satisfatória as novas e crescentes demandas de saúde pública.

Atualmente, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), as demandas judiciais podem surgir de ineficiências na atuação da autoridade pública de saúde, que não executa com

eficiência a política pública de saúde, ou, de outro modo, de pedidos dos usuários solicitando procedimentos e tratamentos não incluídos na política de saúde.

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático (BARROSO, 2009, p. 12).

No Brasil, de acordo com os dados no levantamento produzido pelo INSPER, a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a judicialização da saúde cresceu 130% nos 10 anos compreendidos entre 2008 e 2017. No mesmo período, o volume total de ações no País aumentou 50%. Isso mostra que, por um lado, temos uma parte da população em condições de vulnerabilidade, para concretizar um sistema que visa efetivar o direito fundamental e que, por outro lado, é imprescindível um aporte financeiro capaz, ou compatível, com muitas demandas sociais, sendo a saúde um dos direitos humanos mais dispendiosos.

A provocação do Judiciário para a resolução de questões envolvendo a tutela da saúde tem fundamento nas garantias constitucionais elencadas nos artigos 196 a 200 da CF/88, regulamentados pela Lei 8.080/90, que instituem um sistema público de saúde universal e igualitário. Nesse sentido, não há dúvidas de que o Judiciário é, de fato, um instrumento legítimo de acesso à saúde e premissa elementar de uma democracia. Mesmo considerando que, o fenômeno da judicialização da saúde é complexo e urgente tanto para o sistema de saúde, quanto para o sistema de justiça. Atualmente, a maioria dos processos tem sido de pedidos em relação a assistência para medicamentos e tratamentos que não são disponibilizados pelo SUS e pelos planos de saúde.

Porém, um impasse institucional premente se configura, pois através da judicialização de algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, envolvendo uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Por exemplo, a judicialização tem se constituído num dos maiores problemas enfrentados pelas operadoras e pelos tribunais, em razão do acúmulo de processos. Em função do recurso à Justiça ser um direito de todos, muitas demandas buscam obter benefícios sem amparo dos contratos ou no arcabouço regulatório da Saúde Suplementar.

Portanto, a análise dos números divulgados pelo CNJ, entre 2008 e 2017, nos mostra um elevado grau de importância do Poder Judiciário no sistema como um todo. A obrigatoriedade do Estado em ofertar serviços de saúde passou a constar frequentemente na

pauta do Judiciário, pois o cidadão pode ver nesse poder uma via para garantir seus direitos. Dessa forma, a Justiça pode assumir um papel de liderança na conscientização do poder público e das grandes empresas de planos de saúde a fim de reequilibrar a relação que envolve o cidadão e o direito à saúde.

Todavia, a judicialização tende a onerar o SUS e os juízes são induzidos a desconsiderar o impacto de suas decisões na previsão orçamentária do Estado. Por um lado, os gestores dos órgãos de saúde buscam equilibrar os seus orçamentos, muitas vezes comprometidos por decisões judiciais que consomem altos valores. Por outro lado, o Judiciário deve compreender o que é relativo à saúde afim de decidir com mais fundamento as demandas da saúde pública – por exemplo, medicamentos, próteses, leitos, diversos tipos de ações e de serviços de saúde solicitados.

Desse modo, é necessário que se estabeleça parâmetros para a atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas estabelecidas pelo Executivo, para evitar que haja violação ao princípio da reserva do possível – ou seja, quando é necessário fazer escolhas entre a necessidade e a possibilidade orçamentária do Estado, sem gerar desequilíbrio financeiro aos entes envolvidos. Todavia, a limitação financeira não pode sempre ser usada como uma "desculpa" para a não implementação de políticas públicas referentes à saúde, bem como aos demais direitos fundamentais assegurados na CF/88, pois deve ser garantido “o mínimo existencial, ou seja, o conjunto de direitos indispensáveis para que se tenha uma vida digna” (STJ, REsp 1185474/SC. Relator Min. Humberto Martins, DJ: 20/04/2010).

2. JUDICIALIZAÇÃO

Conforme já explorado no trabalho, a saúde e o Direito são duas categorias distintas que, com a promulgação do Texto Político de 88, demonstraram-se ser mutualmente conexas. Todavia, a progressiva constitucionalização em que o viés político-judicial vem agregando aos Direitos Sociais, na prática, se resulta em inúmeras inobservâncias estatais, o que leva por consequência a não promoção e proteção da saúde de modo universal, aumentando os casos de judicialização desses direitos.

Conforme aponta Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como esse intuito, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2012, p. 32 e 33).

Noutras palavras, ocorre o procedimento de judicialização quando algum indivíduo detentor de direitos se sentir prejudicado com a inexistência de efetividade das políticas públicas elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo perante seu Direito, assim, através da instauração de um processo, o Poder Judiciário terá a competência de julgar o pretendido para apresentar uma possível solução. Essa judicialização, no campo da saúde, é direcionada aos mais variados serviços públicos e privados, como o fornecimento de medicamentos, cobertura de tratamentos de algumas doenças e disponibilização de exames (BUCCI; DUARTE, 2017). Assim, as questões de grande repercussão política ou social são discutidas pelos órgãos judiciais, e não pelas instâncias políticas tradicionais.

Nesta esteira, Alexandre de Moraes alega que “a expressão judicialização tem sido utilizada há algumas décadas e pretende significar um espaço maior no espectro de decisões, inclusive de natureza política, que passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário” (MORAES, 2018, p. 1145).

Assim, observa-se que o Poder Judiciário assume um papel de extrema relevância à sociedade, de modo a concretizar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Os magistrados que até então apenas controlavam o processo Legislativo mediante parâmetros estabelecidos constitucionalmente, agora, possuem também a tarefa de fazer cumprir o texto constitucional.

De modo genérico, a judicialização de direitos teve sua origem junto com o movimento Constitucionalista, no momento de transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal, onde

nasceram os direitos fundamentais de primeira dimensão, que fomentam impedimentos de interferência por parte do Estado na liberdade da vida privada dos administrados. Entretanto, esse modelo legal constitucional era tumultuado por procedimentos que trabalhavam a forma estrutural do poder político, onde de um lado dava maior proeminência ao Poder legislativo, e de outro diminuía a capacidade de atuação dos juízes, por serem meros aplicadores da lei. Assim, a população ficava totalmente à mercê dos procedimentos adotados pelo Poder Legislativo.

Através dos graves problemas sociais e econômicos provenientes do impacto da industrialização, no século XIX, começaram a se originar amplos movimentos reivindicatórios com o intuito de cobrar dos entes estatais maiores condições dignas, capazes de realizarem a justiça social de maneira concreta. Diante do que é abordado por Ênio Moraes da: “O individualismo e o neutralismo do Estado Liberal provocara imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, (...) permitiram que se tivesse consciência da necessidade da Justiça Social” (SILVA, 1988, p. 10).

As noções de Estado Liberal de Direito, a partir daí, se transformavam no novo modelo de Estado Social de Direito, regados de premissas que amparam os Direitos Sociais, com o escopo de agregar mais amplitude à Justiça Social e compatibilizando-a com o bem-estar social.

Assim, a interpretação que antes era tida pelo conceito de Estado Liberal adquiriu maior amplitude Social, se aperfeiçoando, repercutindo na consagração de Direitos como limite de atuação do Estado. Com isso, é originado os Direitos de segunda dimensão. Tais Direitos são responsáveis por impor à Administração Pública uma atuação positiva, voltada à concretização da igualdade material dos Direitos Sociais, além do vínculo em proteger as liberdades individuais políticas e culturais (MACHADO, 2015).

Ainda, com o encerramento da Segunda Guerra Mundial, frente à vasta crise financeira instalada e perante as imensuráveis violações aos Direitos Humanos, foi-se averiguado que mesmo com a positivação dos Direitos Individuais, a lei unicamente não era suficiente para a harmonização da sociedade. Para tanto, como medidas contra a discricionariedade do legislador ordinário, e como ferramenta de soluções mais compatíveis à realidade social, houve a potencialização da força normativa dos Textos Constitucionais ao redor do globo, a criação das Cortes Constitucionais, o fortalecimento do Poder Judiciário e a positivação dos Direitos e Garantias Fundamentais (dentre esses, os Direitos Sociais) (DANIELLI, 2017).

Tais transformações legais, que auxiliam interpretações mais humanitárias, foram modelos de inspiração para todo o Neoconstitucionalismo, que tem por características principais, a busca de resultados mais justos ao caso fático, a perfeita aplicação de princípios

tipificados na Constituição, ampla valorização de métodos judiciais precedentes e da ampliação do poder estatal no controle de constitucionalidade (BUCCI, 2017).

Em concordância, Ramiro Nóbrega Sant'ana transcreve:

Constituição - é um estatuto legitimado pelas escolhas políticas do povo que contém as liberdades políticas, as garantias de igualdade política e os direitos fundamentais assegurados. Assim, ao fixar as normas do processo democrático e outorgar os direitos fundamentais, a Constituição oferece importante instrumento de garantia da igualdade política, além de representar os compromissos orientadores do Estado Democrático de Direito. (SANT'ANA, 2017, p. 255).

A Constituição Federal de 1989 foi o primeiro símbolo legal do neoconstitucionalismo em solo brasileiro, pois tal norma foi responsável por tipificar todos os princípios basilares de Direito brasileiro, viabilizando o uso dos procedimentos da judicialização (BARROSO, 2012).

A constitucionalização em comento contribuiu de maneira direta para o aumento da judicialização, ao passo que a Carta Magna de 88 passou a abranger assuntos legais que até então eram deixados à mercê dos procedimentos políticos majoritários, legislados pelas normas ordinárias comuns. Ademais, o vasto sistema procedimental de controle constitucional nacional auferiu a possibilidade de que questões relevantes do ponto de vista econômico, político ou jurídico sejam analisadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Insta frisar que os Direitos Sociais e econômicos dependem da concessão do legislador para sua eficácia total, assim, são despojados de status negativo (obrigação negativa), o que não gera a pretensão às prestações positivas pelo Estado por si só, carecendo de eficácia *erga omnes*. Assim, através da subordinação legal à ideia de justiça social, a Carta Política de 88 assegura a saúde pública como princípio de Direito Social, sujeita sempre ao dever legal de ser executada pelo Poder Público.

Assim, nas palavras de Ramiro Nóbrega Sant'ana:

O acesso à justiça para a proteção da saúde tem sido percebido como um exercício democrático e legítimo dos direitos sociais de titularidade dos cidadãos. Isso porque o acesso às instâncias judiciais passou a ser compreendido como uma forma de garantia dos direitos à saúde. [...] A partir de pesquisa empírica realizada no estado do Rio Grande do Sul, que a judicialização no âmbito da saúde é, sobretudo, um movimento pelo qual pessoas de baixa renda e pessoas idosas se fazem ouvidas pelo ato de “entrar na justiça”. Pela judicialização, tais indivíduos agem como sujeitos políticos em face do Estado, de forma a responsabilizá-lo e a expor as consequências da “Realpolitik” praticada pelo Executivo e Legislativo. (SANT'ANA, 2017, p. 258).

Não há, no plano doutrinário, nenhuma divergência quanto a exigibilidade judicial dos direitos derivados das prestações materiais estatais. Portanto, sustenta-se que o direito aos

serviços de saúde indispensáveis à manutenção da vida digna pode se subjetivar frente à análise de cada caso prático, o que legitima diretamente o exercício pelo juízo em resolver a lide, em face da inércia ou inoperância dos outros poderes públicos. Todavia, nascem grandes críticas na doutrina quanto à legitimidade de atuação do Tribunal Superior em tais processos.

Seguindo os ensinamentos de Ronei Danielli, tais desentendimentos se originam, em primeiro lugar, através da tese de possível violação ao princípio democrático da separação dos poderes. Em segundo, pois as decisões proferidas pela Suprema Corte geram certa interferência ilícita na discricionariedade dos atos da administração na elaboração de políticas públicas. Em terceiro lugar, quando o Supremo Tribunal Federal se manifesta nessas ações, por não ser um órgão eleito pelo voto popular, ocorre um ato de caráter contramajoritário, não podendo tal órgão invalidar uma decisão daqueles que exercem o mandato eleitoral. Em quarto lugar, porque cabe aos políticos eleitos a competência de tomada de decisões em temas políticos ou de alta complexidade técnica, de modo que a judicialização repercutiria na usurpação de competência. Por fim, em quinto, por uma presumida inaptidão técnica por parte dos juízes em trabalharem em assuntos fora de sua praticidade técnica (DANIELLI, 2017)

Os fatores que oportunizam o fenômeno da Judicialização são um conjunto de motivos que criam um contexto fático favorável para a sua realização, como a ineficiência do Legislativo e Executivo em suas atribuições comuns, o empoderamento do Poder Judiciário, a expansão das obrigações institucionais do Ministério Público, a redemocratização do país e o aumento da complexidade da sociedade (MACHADO, 2015).

Um adendo a se fazer é que a Judicialização da Saúde, de modo geral, vem gerando mais benefícios para a tutela individual pleiteada em juízo, e não os processos que discutem a respeito de direitos difusos e coletivos. Nas palavras de Felipe Rangel de Souza Machado:

A receptividade do Poder Judiciário tem se mostrado diversa em relação às ações demandando direitos individuais ou direitos coletivos. Em geral, obtém-se mais resultados em pleitos individuais, onde o processo diz respeito à compra de um bem específico ou ao pagamento de um procedimento médico-hospitalar. Nos casos dirigidos pelo Ministério Público na área da saúde, o Poder Judiciário tem evitado opinar sobre estas questões, possivelmente porque tais ações incidem diretamente na condução das políticas públicas para o setor e demandam maior gasto público (MACHADO, 2015, p. 78).

Com o Judiciário privilegiando a tutela individual, ocorre graves prejuízos na gestão pública. As demandas processuais individuais referentes a questões de saúde, na sua maioria, versam sobre a distribuição de medicamentos. A falta de medicamentos pode ser consequência de distintos atos ofensivos, como atrasos na logística por parte dos agentes de saúde, baixa

redistribuição de medicamentos entre os Estados, ou ausência de incorporação de remédios no procedimento do SUS (BARROSO, 2012).

Essa grande concentração de volumes processuais e o relevante impacto na gestão da saúde têm sido alvos de constantes críticas por parte de pesquisadores, da administração pública e do Poder legislativo. Tais críticas se desdobram em variadas proposições que lidam com a excessiva judicialização da saúde, variando-se desde levantamentos de medidas para a “desjudicialização da saúde” à criação de leis que vetam o Poder Judiciário de agir em certas circunstâncias (SANT’ANA, 2017).

2.1. Atores

É extremamente vasto o número de doutrinadores que já estudaram as decisões judiciais referentes à área da saúde, desde os processos de primeiro grau até a Corte Suprema, em todos os membros da federação. Assim, diante esse adendo, a doutrina¹¹ define os atores da judicialização da saúde, por critérios organizacionais semânticos, em dois grupos diferentes. O primeiro diz respeito aos agentes imprescindíveis para que ocorra a demanda jurídica relacionada ao direito a saúde, que por exercerem atividades essenciais à justiça, são totalmente necessários para a judicialização, sendo eles: o Poder Judiciário (necessário para qualquer procedimento judicial), o advogado ou defensor público (por vinculação legal, são indispensáveis à administração da justiça) e o Ministério Público.

Diz-se atores pois são agentes que desempenham um papel importante na arena política da saúde, de modo dinâmico e mútuo, e quando ponderados, representam grande teor de influência, direta ou indiretamente, no tema e nos resultados das políticas públicas voltadas para o assunto de saúde pública (SANT’ANA, 2017).

Encontrado entre a relação tripartite do modelo democrático brasileiro, o Poder judiciário é tipificado no Texto Político de 88 como um poder autônomo e independente, cujo possui a missão de contribuir com o exercício da soberania popular¹². De um modo efetivo, é impossível a garantia de proteção dos direitos positivados sem uma estruturação autônoma desse poder.

O Poder Judiciário figura como ator na judicialização, pois é ele o poder que detém a capacidade de fazer coisa julgada formal e material. Vive-se em uma sociedade que se apresenta

¹¹ Composta por Marlon Alberto Weichert, Luís Roberto Barroso, Enio Moraes Silva, Felipe Rangel de Souza Machado, Ronei Danielli e Maria Paula Dallari Bucci.

¹² Art. 99, CF/88: “ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.”

tão complexa e cheia de conflitos que a probabilidade de sair com êxito das tensões judicial requer uma atitude do poder Judiciário mais perto dos problemas sociais, assim, garantindo o real amparo dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o poder de julgar é exercido pelos juízes, e a sua principal função é de defender os direitos legais de todos os indivíduos pertencentes a sociedade, de forma que haja a promoção da justiça a todos e resolução de possíveis discussões conflituosas (DANIELLI, 2017).

Além disso, o Judiciário detém responsabilidade de exercer o modelo jurisdicional brasileiro, isso é, aplicação das leis no caso fático. Dentre suas funções, encontra-se tipificado a função de jurisdicionar e, conforme destaca Costa Machado e Anna Candida da Cunha Ferraz:

A função jurisdicional é a atividade típica do Poder Judiciário, ou seja, aplicação da lei visando a solução de um conflito concreto, sem descartar a possibilidade de julgamentos de demandas abstratas (controle de constitucionalidade concentrado). Jurisdição (*juris dicere*) significa o dever-poder de dizer o direito com o fim de buscar, em um dado conflito social, uma solução definitiva. Para que o Judiciário exercite essa função, faz-se necessária a formação de um processo judicial em que se garanta contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV). (MACHADO; FERRAZ, 2018, p. 576).

Essa função se debruça em uma atividade própria do ente federativo, onde deverá atuar com base em princípios legais. Por reter o domínio de aplicar a lei nos casos práticos, o referido poder garante a soberania da justiça e a verdadeira realização dos direitos individuais nas relações sociais. Assim, sem uma figura que analisasse e ditasse um final para o problema, não poderia ocorrer de maneira perfeita todos os direitos e atos processuais previstos na nossa legislação processual, o que torna o Judiciário, e seus próprios membros, parte necessário para o procedimento de judicialização de qualquer assunto.

A atividade do poder em comento pode ser traduzida como um processo de politização, principalmente em relação à concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa ótica, para que ocorra a possibilidade de o poder desempenhar sua função de jurisdicionar, o poder é estruturado em vários órgãos diferentes, cada um com seu campo de atuação pré-determinado em assuntos específicos, quais sejam: a) o Supremo Tribunal federal; b) o Conselho Nacional de Justiça; c) o Superior Tribunal de Justiça; d) o Tribunal Superior do Trabalho; e) os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; f) os Tribunais e Juízes do Trabalho; g) os Tribunais e Juízes Eleitorais; h) os Tribunais e Juízes Militares; i) os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios ¹³(BRASIL, 1988).

Frente ao que é explicado por Ramiro Nóbrega Sant'ana:

¹³ Conforme disposto no artigo 92, da Constituição Federal de 1988.

O ordenamento jurídico estabelece diversos atores, estatais e não-estatais, com a responsabilidade de atuar pela garantia dos direitos de proteção social. Nesse contexto se encontram todas as instituições – e respectivos servidores – que compõem as denominadas “funções essenciais à justiça” previstas no capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, entre os artigos 127 e 134, quais sejam: Ministério Público, Advocacia (privada e pública) e Defensoria Pública. (SANT’ANA, 2017, p. 20).

No que tange ao advogado, conforme é expresso no artigo 133, da Constituição federal de 88, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1989, p. 01). Assim, é legalmente reconhecido que a atividade da advocacia é algo imprescindível para a devida prestação jurisdicional, de qualquer assunto, haja vista que o advogado tem o dever de representar o cidadão, cujo teoricamente não é familiarizado com as características do sistema legal. Noutras palavras, busca-se no advogado uma figura mediadora responsável em representar outrem na busca pelo reconhecimento de algum direito.

O advogado é totalmente necessário para qualquer sociedade que se diz democrática, e é essencial para a realização da justiça, pois esse cumpre sua função nos parâmetros do contraditório e ampla defesa, premissas básicas para qualquer procedimento jurisdicional que garantem a devida resposta àquilo que lhe é acusado (MORAES, 2018). Por figurarem em tal posição, os advogados representam grande importância para o procedimento de judicialização, pois é através deles que o processo irá se direcionar dentro dos tribunais de justiça de forma isonômica e justa.

Para que a ação seja julgada pelo Poder Judiciário, a lei aponta várias formalidades em que o processo deve se enquadrar¹⁴, que serão exploradas em capítulos subsequentes. Essas regras processuais, em uma explicação resumida, servem para proporcionar maior eficiência ao jurisdicionado, ao mesmo tempo que melhora o ambiente judicial, assim, o advogado será o pivô responsável em compatibilizar o pedido com tais regras, permitindo que a demanda siga os padrões organizacionais de trâmite ao mesmo passo que permite que o cidadão almeje o direito que se pretende discutir.

¹⁴ Art. 319 e 320, CPC/15: “Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu. § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça”; “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

Os procedimentos de judicialização requerem tempo, o que na maioria dos casos que envolvem saúde, é algo que deve ser administrado com muita atenção. Podem ocorrer casos que o cidadão que procura seus direitos se encontre em estágios de doenças avançadas ou até terminais, o que necessita de ações rápidas e emergenciais. Assim, uma atuação contenciosa pelo advogado também seria uma sugestão para a aplicação de medidas que construam melhores bases à saúde, como manter diálogo de conscientização para prováveis soluções ou iniciar audiências públicas.

Nesse mesmo segmento, estão os defensores públicos. A Defensoria Pública é a estrutura institucional com que o estado assegura o direito fundamental de assistência jurídica e judiciária aos necessitados, disposto no artigo 5º, inciso LXXIV da Carta Magna¹⁵. O defensor público exerce seu cargo vinculado à administração pública, e tem como objeto advogar em nome daqueles que se encontram sem renda. Assim, por laborarem também com a advocacia, por comparação, são configurados como autores da judicialização, suscetíveis à todas as características legais empregadas aos advogados.

Nos casos em que os reconhecidamente pobres busquem amparo judicial, é disponibilizado em seu acesso à justiça gratuita. Se trata de um benefício constitucional, regulamentado pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015¹⁶ (o Novo Código de processo civil), que dispõe em seu artigo 98 que “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei” (BRASIL, 2015, p.01). Assim, tal benefício judicial dispensa o pagamento de todas as custas processuais em favor daquele que não possua condições financeiras para custeá-las sem que ocorra algum prejuízo ao sustento próprio ou de sua família.

O benefício em questão auxilia os defensores públicos em seu papel de atuação com a parte da sociedade que mais precisa deles. A legislação brasileira tem como foco a democracia e a dignidade humana, assim, ela apresenta mecanismos que são capazes de oferecer cobertura jurisdicional para todos que necessitam. Assim, os defensores públicos também são catalogados como agentes auxiliares da judicialização da saúde, tendo em vista sua capacidade postulatória jurisdicional de representação processual.

¹⁵ Art. 5º, LXXIV, CF/88: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

¹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

Com a promulgação da Carta Magna de 88, ao mesmo tempo que o sistema de saúde brasileiro foi reformulado, concomitantemente deu-se um novo perfil ao Ministério Público, traçando entre ambos, um vínculo essencial, no que resultou na sua crescente atuação no mundo jurídico. Nos casos de procedimentos de judicialização da saúde, referido órgão atua na linha de frente, sendo parte necessária para a realização da justiça em prol do jurisdicionado em matéria difusa e coletiva.

Tipificado no artigo 127 da Constituição Federal, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, p.01).

Para Costa Machado é uma instituição permanente, pois “tratar-se de ente que compõe o Estado e é dotado de uma parcela de sua soberania”, sendo essencial à função jurisdicional estatal “na medida em que é dotado da capacidade de figurar como um dos ‘atores do processo’, provocando a jurisdição” (MACHADO, 2018, p. 761 e 762). Sendo assim, a imprescindibilidade do *parquet* para a defesa dos interesses da sociedade impõe que a instituição esteja atenta para a efetividade do direito à saúde em conformidade com o texto constitucional, haja vista tratar-se de Direito Social relevante e conectado ao direito à vida.

Em referência ao tema, Felipe Dutra Asensi aduz que:

No contexto brasileiro, o Ministério Público recebeu destaque enquanto instituição jurídica envolvida no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, o MP desenvolve a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A atitude ativa e dialógica que alguns membros do MP adotam permitiu resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais que não necessariamente conduzem à judicialização das demandas em saúde. Isso tem permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada no juiz e propor outras alternativas de atuação calcadas na ideia de juridicização das relações sociais. (ASENSI, 2010, p. 50).

Isto é, identificam-se premissas estratégicas que ultrapassam os procedimentos de judicialização. O trabalho efetuado pelo Ministério Público contribui para a efetividade do direito à saúde, criando espaços para uma construção de diálogo, com participação social. Portanto, o Ministério Público brasileiro consolidou-se como instituição de defesa dos interesses sociais e de fiscalização dos demais poderes. A autonomia funcional, administrativa e financeira faz com que a instituição, mesmo se inserindo no aparato estatal, possa agir com independência no exercício de suas atribuições constitucionais, tal como a defesa de preceitos constitucionais quanto à saúde, em que é obrigado a atuar em prol da justiça social.

Os princípios norteadores do Ministério Público são encontrados no primeiro parágrafo do artigo 127, do Texto Político de 88, sendo eles “a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional” (BRASIL, 1988).

O princípio da unidade, defende que o Órgão Ministerial é individual, apenas um, não comportando divisões funcionais. Ou seja, sob a égide de um só chefe, o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão existente meramente funcional. Nota-se, porém, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade entre o Ministério Público da União e o dos Estados. O Princípio da indivisibilidade, corolário do princípio da unidade, condiz na possibilidade de um membro do Ministério Público em substituir outro, dentro da mesma função, sem que com isso exista alguma implicação prática, porque quem exerce os atos, em essência, é a instituição e não a pessoa do Promotor ou Procurador de Justiça. Quanto ao terceiro princípio, da independência funcional, trata-se de uma autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a nenhum poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, de maneira que melhor entenda. A hierarquia existente restringe-se às questões de caráter administrativo, materializada pelo Chefe da Instituição, mas nunca em caráter funcional (MACHADO, 2018).

Atualmente, portanto, o Ministério Público brasileiro consolidou-se como instituição de defesa dos interesses sociais e de fiscalização dos demais poderes. A autonomia funcional, administrativa e financeira faz com que a instituição, mesmo se inserindo no aparato estatal, possa agir com independência no exercício de suas atribuições constitucionais, tal como a defesa de preceitos constitucionais quanto à saúde. Ainda, o *parquet* é um agente imprescindível para a defesa dos direitos difusos e coletivos, como iremos analisar em capítulos posteriores, que também engloba a defesa do direito à saúde.

Ramiro Nóbrega Sant’ana aponta que “todos os atores citados atuam efetivamente na interface do campo jurídico com a saúde”, assim, pesquisadores que se dedicam ao tema afirmam que seria mais adequado se falar em juridicização da saúde, uma vez que os agentes mais atuantes se encontram todos no viés jurisdicional (SANT’ANA, 2017, p. 20).

Outro agente que, embora não deduzido pela doutrina, também auxilia nos procedimentos de judicialização da saúde, são as Secretarias de Saúde. Essas secretarias são órgãos pertencentes ao Poder Executivo que detém a responsabilidade legal de organizar e elaborar planos e políticas públicas voltadas à promoção, prevenção e assistência à saúde. É seu dever disponibilizar meios de proteção e recuperação da saúde populacional; efetuar controle

de doenças; diminuir casos de enfermidades e ofertar mais qualidade e dignidade de vida à sociedade (SANT'ANA, 2017).

O Sistema Único de Saúde é composto pela junção de atos e serviços públicos de saúde que estão sob administração do Estado. Como explicado no primeiro capítulo desse trabalho, ele é organizado através da divisão de redes regionalizadas, de maneira hierárquica, atuantes em todo o Brasil. Assim, o sistema de saúde público não é um ente que atua de maneira individual e isolada, mas de forma composta e unida que promove os direitos básicos de cidadania. Insta frisar que o Sistema Único de Saúde não trata apenas da saúde, mas também em algumas partes da assistência social.

As referidas instituições são previstas no artigo 9, da Lei nº8.080/1990, na qual expressa:

A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o [inciso I do art. 198 da Constituição Federal](#), sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 1990, p. 01)

Assim, é preconizado que todas as esferas do governo são responsáveis pela promoção da saúde pública. Em outras palavras, levando em consideração a descentralização de poder do Sistema Único de Saúde, têm-se que cada estado e cada município contará com uma Secretaria de Saúde.

Pelo fato de lidarem diretamente com o controle daqueles que necessitam diretamente dos serviços de saúde pública, as secretarias são partes legitimadas a figurarem no polo passivo da relação processual que litiga sobre questões de saúde. A competência em oportunizar saúde pública para a sociedade é concorrente, ou seja, pertence tanto aos municípios, quanto estados, ao Distrito Federal e à União. Portanto, os referidos órgãos sempre estarão presentes nos procedimentos de judicialização.

No segundo grupo, são encontrados os motivos ou agentes que atuam diretamente na origem, ou causam o próprio motivo da judicialização. Tal agrupamento se torna cada vez maior, o que dificulta em o mensurar ou o classificar em sua totalidade. Sob essa ideia, o trabalho irá explorar os tópicos mais relevantes pertencentes ao segundo grupo, quais sejam: o Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário, os advogados, médicos e a indústria farmacêutica.

Conforme já estudado na pesquisa em capítulos antecedentes, o Sistema Único de Saúde possui o objetivo de segregar a saúde de maneira gratuita em todo o território nacional, sendo

regulado pela Lei nº 8.080/90¹⁷, onde são encontradas todas suas atribuições. Segundo Alexandre De Moraes, o referido órgão é competente para:

(a) Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;(b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; (c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; (d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (f) fornecimento gratuito de alguns remédios; (g) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; (h) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; (i) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (MORAES, 2018, p. 1145).

Em suma, o Sistema Único de Saúde é responsável por realizar atendimentos médicos que englobam serviços primários e complexos, oferecendo, ainda, atendimentos de emergência, disponibilizando o Serviço de Atendimento Móvel de urgência (SAMU) para esses casos. Ainda, tem como dever de fornecer remédios e vacinas para os indivíduos que portarem determinadas doenças (Alzheimer, pressão alta, AIDS, dentre outras contingências¹⁸). O órgão também está vinculado a fiscalizar a situação dos alimentos comercializados, através da atuação da Agência nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Devido a um vasto rol de obrigações vinculado ao Sistema Único de Saúde, o órgão apresenta muitas dificuldades na realização do sementeio da saúde pública para a sociedade. A alta carga de responsabilidades acumulada com um baixo orçamento e vários casos de corrupção e desvio de verbas públicas, inviabilizam o perfeito desempenho de suas atividades legais, o que se procede na insatisfação da sociedade com o descumprimento de seus direitos básicos. Nesse ponto é onde se dá início aos procedimentos judiciais, assim, a judicialização começa (DANIELLI, 2017).

O Poder Judiciário também é responsável por originar mais casos de judicialização da saúde. Diante das palavras de Felipe Dutra Asensi, os juízes vêm adquirindo um pensamento mais “heróico”, “literalizando” às normas da Constituição. Ou seja, os magistrados entendem que, por ser assegurado na Carta magna de 88 o direito universal da saúde, tal Direito deve ser oportunizado para todos que o requerê-lo judicialmente. Nessa ótica, a frequência com que o juízo defere os pedidos liminares só vem subindo, principalmente pelo caráter satisfativo em

¹⁷ Disponível em; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 21, jan. 2021.

¹⁸ A lista completa pode ser acessada através do link: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_medicamentos_rename_2020.pdf>. Acesso em 17, jan. de 2021.

que estas se encontram. Essa situação auferir maior privilégio para o ramo da advocacia, encarregado por representar o cidadão em viés judicial (ASENSI, 2010).

Em referência, Maria Paula Dallari Bucci aduz:

O deferimento quase automático da liminar, em caráter satisfativo, sem exame da situação fática, expressa esse fenômeno da desconfirmação, no sentido de que a lista de medicamentos não serve de parâmetro para a apreciação do caso ou julgamento da procedência do pedido. Não se trata, portanto, de uma decisão baseada na inexistência ou deficiência da política pública, que caracterizam a omissão do Poder Executivo. A massificação do tipo de resposta judicial, medida liminar, aponta que o conteúdo da política (as listas) deixa de ter alcance para o regramento de grande parte dos casos concretos postos em exame (BUCCI, 2017, p. 72).

Com tamanha carga de deferimentos, analisando o direito material por si só, verifica-se um problema para o Estado, pois nesses casos os tribunais do sistema judicial não consideram os assuntos orçamentários em sua manifestação. Noutras palavras, os juízes vêm apresentando um posicionamento de que a saúde é um direito cuja prestação deve ser ilimitada, de pronto dispor, sem analisarem as consequências nos cofres públicos. Ademais, esse tipo de comportamento ainda afoga mais o Legislativo e o Executivo, pois com uma ordem judicial para a disponibilização imediata de medicamentos indisponíveis, o remédio deverá ser oferecido em um prazo que, na maioria das vezes, se diverge com o tempo necessário para a disponibilização do medicamento ou é incompatível com as burocracias da Lei Orçamentária Anual.

Nesse cenário onde a grande maioria dos pedidos individuais realizados ao Judiciário são aprovados, logicamente, a judicialização da saúde, para os advogados, representa uma “mina de ouro”. Com esse grande volume de deferimentos judiciais, a advocacia privada conta com muita procura, o que gera maiores ganhos financeiros para a referida categoria (SILVA; PIMENTA, 2017).

Essa situação abre um leque de brechas onde as companhias farmacêuticas também atuam de maneira ilegal. Os lecionadores que atuam especialmente com o assunto da judicialização da saúde¹⁹ demonstram inúmeras incoerências que possibilitam relações criminosas entre os setores farmacêuticos com a advocacia, objetivando uma judicialização descontrolada onde ambos acabam lucrando.

Seguindo essa premissa, Hudson Pacífico Silva e Keyla Ketlyn Passos Pimenta apontam que, diante uma análise efetuada nos processos que discutem a saúde na cidade de Campinas-SP, observou-se que em 86,5% (oitenta e seis vírgula cinco por cento) dos processos desse tipo

¹⁹ Composto por Luís Roberto Barroso, Felipe Rangel de Souza Machado, Maria Paula Dallari Bucci e Ronei Danielli.

foram patrocinados por advogados particulares e, ainda, desta demanda, quase todas (99,5% [noventa e nove vírgula cinco por cento]) as ações tiveram o benefício da justiça gratuita deferida. Dos advogados particulares dessas ações que foram encontrados, todos foram explicitamente concretos em dizer que seus representados não se encontravam em situação de pobreza, indicando com isso outro problema: pessoas da elite, que possuem condições financeiras para arcarem com os gastos, conseguem seu medicamento, de maneira menos onerosa, comprometendo aquele indivíduo de baixa renda que necessita do medicamento para seu tratamento (SILVA; PIMENTA, 2017).

No ano de 2016, foi divulgado em vários sites a notícia de que o Ministério da Saúde havia começado uma investigação interna sobre uma possível “máfia da judicialização” entre advogados, juízes, médicos, pacientes e a indústria farmacêutica. Nesse esquema fraudulento, os agentes combinavam entre si para incentivar as pessoas a buscarem benefícios indevidos através do sistema judicial, onde a sentença já era pré-estipulada, possibilitando muitos ganhos a fabricantes de materiais médico-hospitalares e companhias de remédios.²⁰

O mesmo ocorre com consultas médicas. Os profissionais da saúde, em seus consultórios, são influenciados por distribuidores de medicamentos e advogados para sempre orientarem seus pacientes de maneira a fazer com que eles procurem o Judiciário para a obtenção de medicamentos caros ou fora da lista permitida. Assim, as empresas farmacêuticas recebem verbas públicas ao oferecer o remédio que muitas das vezes está fora de circulação pelo SUS (DANIELLI, 2017).

Ainda, através de pesquisas mais atuais, no ano de 2019, o Conselho Nacional de Justiça divulgou através de seu site²¹, uma pesquisa que aponta que as demandas judiciais que discutem assuntos relacionados à saúde pública cresceram em 130% (cento e trinta por cento) no período de 2008 (dois mil e oito) a 2017 (dois mil e dezessete). Enquanto isso, na mesma pesquisa, identificou-se que, quanto às ações judiciais de outras naturezas, essas cresceram apenas em 50% (cinquenta por cento) (CNJ, 2019).

Esses levantamentos induzem que a judicialização pode ser um método ágil para a inclusão de procedimentos farmacêuticos novos ao sistema público de saúde. Esse ato gera inúmeras críticas por profissionais do Direito e da saúde, pois além de ser um procedimento de

²⁰ Disponível em: <<https://www.saudebusiness.com/gesto/mfia-da-judicializacao-da-sade>>, e <<https://fenasaude.org.br/noticias/a-mafia-da-judicializacao-da-saude.html#:~:text=S%C3%A3o%20esquemas%20em%20que%20profissionais,buscar%20benef%C3%ADcios%20indevidos%20na%20Justi%C3%A7a.>>>. Acesso em 17, jan. 2021.

²¹ Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-demandas-judiciais-relativas-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>>. Acesso em 17, jan. 2021.

alto custo para os cofres públicos, potencializa o déficit público quanto ao cumprimento de políticas públicas voltadas à saúde e garante mais isenções à elite populacional (SILVA; PIMENTA, 2017).

Ainda, em uma matéria elaborada pelo jornal Folha de São Paulo no ano de 2014, foi evidenciado que houve um grande aumento da judicialização de aspectos voltados à saúde, dentre os anos de 2009 a 2013, onde antes eram de 10 486 (dez mil, quatrocentos e oitenta e seis) e depois passou a ser 13 051 (treze mil e cinquenta e um), totalizando os gastos no valor de R\$ 355,9 milhões (trezentos e cinquenta e cinco milhões e novecentos mil reais). Consoante a Folha de São Paulo, extraem-se alguns pontos importantes da judicialização da saúde, quais sejam:

(a) 2/3 das ações judiciais contra o SUS no Estado de São Paulo para aquisição de remédios são iniciadas por pessoas com convênios médicos ou que frequentam clínicas particulares, conforme levantamento da Secretaria Estadual de Saúde; (b) a judicialização da saúde acarreta o direcionamento de recursos da população mais pobre para beneficiar quem tem mais recursos, conforme destacaram o então Ministro da Saúde, Arthur Chioro, e o Secretário Estadual de Saúde, David Uip; (c) as ações se concentram nas áreas ricas e em tratamentos de alto custo (conforme dados da Escola de Saúde Pública de Harvard, EUA); (d) por vezes, há fornecimento de tratamentos discutíveis (off label) e onerosos do ponto de vista médico-científico (Secretário Estadual de Saúde, David Uip); (e) o efeito ambíguo de pressão para os planos de saúde e o SUS expandirem as coberturas, mas também para que a indústria force a entrada de remédios e procedimentos, com ou sem efetividade comprovada, consoante indicado por Lygia Bahia, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014, p. 01)

Frente a isso, vários são os problemas que o Poder Judiciário e seus servidores se deparam face à judicialização de procedimentos da saúde. Além dos já explicitados, ainda são presentes os atrasos e incongruências de logística por parte dos agentes de saúde (mesmo os medicamentos sendo incorporados ao Sistema Único de Saúde, e que deveriam estar à disposição dos brasileiros, acabam às vezes em falta nos postos de saúde e hospitais públicos), observa-se que o órgão não incorpora a maioria dos medicamentos mais modernos, preferindo as tecnologias mais antigas.

Portanto, deve-se procurar um comportamento onde o Poder Judiciário seja capaz de exercer suas funções, em matéria de saúde, com base no interesse público, para que se cumpra com as normas do Texto Político de 88, assim, não beneficiando de maneira privilegiada os interesses da elite e das companhias farmacêuticas.

2.2. Atuação do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão público que tem por escopo, no âmbito administrativo, o aperfeiçoamento do sistema judiciário nacional. Conforme se extrai do parágrafo 4º, do artigo 103-B da Constituição federal, encontra-se o seguinte texto:

O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (BRASIL, 1988, p. 01).

Sob o respaldo dessas atribuições acima expostas, nota-se que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão que atua em conjunto com o Poder Judiciário. Assim, o Conselho tem por função, resumidamente, a fiscalização de três dimensões da atuação do viés judicial, quais sejam; a administrativa, financeira e funcional, através de atuações no campo político, administração, de ouvidoria, correccionais, disciplinares, sancionatórios, informativos e propositivos. O rol encontrado no artigo em comento não é taxativo, tendo em vista a possibilidade de as normas de legislação infraconstitucional conferir-lhe mais atribuições (MACHADO, 2018).

A Constituição Federal deixa exposto que o referido órgão possui natureza administrativa, todavia, mediante o resultado de alguns atos do Conselho, a doutrina se diverge, apontado que a sua natureza jurídica é jurisdicional. Seguindo o entendimento de José Adérico Leite Sampaio:

A natureza administrativa é dada pelo rol de atribuições previstas no artigo constitucional 103-B, § 4.º, que escapam ao enquadramento, obviamente legislativo, uma vez que não pode inovar a ordem jurídica como autor de ato normativo, geral e

abstrato, e, da feição jurisdicional. Mas há algo que o status constitucional, associado à composição híbrida (...), modifica na perspectiva puramente jurídica de suas funções, elevando-as a uma dimensão quase política, político-constitucional, especialmente quando enxergamos, na interlocução entre Poderes e com a sociedade, como órgão com as finalidades precípua de controle e de garantia da independência do Judiciário. Pouco de externo tem em seu controle, posto que de formação híbrida. Controla-se para dentro o Judiciário por órgão judiciário atípico, administrativo-político; defende-se para fora a independência orgânica e funcional judiciária. (SAMPAIO, 2007, p. 47).

Durante o exercício de seu controle, o referido órgão detém a competência de originar alguns atos normativos, tipificados no artigo 102 de seu regimento interno: “O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações” (CNJ, 2009, p. 01). Diante da conceituação encontrada no site²² do próprio órgão, extrai-se a seguinte informação:

Resoluções: são os instrumentos regulatórios próprios de que se utiliza o CNJ, no cumprimento das leis, para exercitar seus atos e fatos de gestão. Enunciados Administrativos: são exposições resumidas sobre assuntos já discutidos em Plenário. Instruções Normativas da Presidência: são decisões tomadas pelo Presidente do Conselho sobre questões que dependem de resolução. São atos que determinam o comportamento para atender a determinada execução. Têm a função de agilizar o funcionamento interno do CNJ, a compreensão, a especificação de um ato ou ordem de hierarquia maior, por exemplo, uma resolução. Recomendações: são atos que recomendam aos tribunais e magistrados a adoção de medidas para cumprir determinado objetivo. (CNJ, 2021, p. 01).

As resoluções do Conselho Nacional de Justiça possuem natureza administrativa, e conquistam força vinculante após serem publicadas no Diário de Justiça. Ademais, as resoluções também são irrecorríveis, assim, não estão suscetíveis a reforma mediante algum pedido recursal. Essa competência se dá pelo poder normativo que foi agregado ao Conselho pela Carta Magna de 1988 e, com efeito, auxiliam o Judiciário em seu controle com a justiça.

O Conselho Nacional de Justiça tem dedicado se ao tema da Judicialização da saúde, sua atuação tem trazido relevantes parâmetros para processos dessa natureza.

No que se refere ao grande número de processos judiciais que versam sobre o Direito à saúde, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2009, editou a Portaria nº 650/2009²³, que foi incumbido de criar um grupo de trabalho e apoio para estudos, com a função de elaborar e analisar propostas e medidas eficientes para a erradicação das demandas judiciais da área em questão. Consequentemente, no mesmo ano ocorreu uma audiência pública para a análise de assuntos pertinentes ao tema. O propósito de tal encontro foi de elucidar algumas questões

²² Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 26, jan. 2021.

²³ Disponível em: <<https://data.dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/494536/details/maximized>>. Acesso em 26, jan. 2021.

encontradas nas decisões dos juízes quanto aos procedimentos cabíveis à saúde pública para todos, por intermédio da participação social de indivíduos com prática. Essa experiência concluiu que os casos de judicialização da saúde não se resolveriam através da instauração de um procedimento único, isolado, por apenas um membro (no caso, o Poder Judiciário), mas sim através da participação efetiva de todos os poderes (DANIELLI, 2017).

A audiência pública em observância foi responsável por influenciar o Conselho Nacional de Justiça na criação e aprovação da Recomendação de nº 31²⁴, no ano de 2010. Assim, foi imposto aos tribunais brasileiros o dever de aplicar políticas que oportunizassem maior eficiência, pelos magistrados, nos resultados dos processos judiciais relacionados à assistência à saúde, ao mesmo tempo em que também sugeriu que tais decisões devessem ser embasadas em argumentos técnicos de médicos e farmacêuticos (CNJ, 2010).

Essa Recomendação foi trabalhada seguindo vários fatores de suma importância para o bom funcionamento do sistema judicial e do amplo amparo à saúde. Nas palavras de Clenio Jair Schulze, esses fatores se resumem em:

(a) Elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; (b) alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões; (c) relevância da matéria diante da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; (d) carência de informações clínicas prestadas aos juízes do Brasil sobre os problemas de saúde; (e) necessidade de prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99; (f) reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da prolação de decisões judiciais; (g) importância de assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS. (SCHULZE, 2017, p. 111 a 112).

A relevância dos tópicos tratados pela Recomendação se justificou pela importância da garantia da dignidade humana à sociedade do Brasil, somada ao grande aumento na procura judicial de ações sobre a matéria e com os gastos estrondosos de recursos públicos gastos com esse tipo de ação. Nesse diapasão, ainda, a referida medida tratou de vincular os tribunais estaduais e federais na criação de convênios e associações que procurem a disponibilização de ajuda técnica para facilitar o juízo, na sua tomada de decisão, por profissionais da saúde, nas ações que versarem sobre assuntos clínicos, respeitando as particularidades regionais. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça sugeriu aos magistrados a procurarem uma forma de instrução processual da maneira mais transparente, coesa e concreta possível, sempre requerendo documentos probatórios legais de comprovação lícita (DANIELLI, 2017).

²⁴ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em 26, jan. 2021.

A recomendação 31 também indicou aos magistrados consultarem, através do uso de procedimentos eletrônicos e virtuais, os gestores da saúde em momento antecedente à apreciação de medidas de urgência, quando possível, além do indeferimento de pedidos judiciais que envolvessem a solicitação de medicamentos experimentais, ou o fornecimento de remédios não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O Conselho Nacional de Justiça ofereceu amplo teor técnico-normativo para as escolas de magistratura na tentativa de essas implementarem e incorporarem o Direito Sanitário nas suas grades de ensino, durante o curso de formação, além de procurarem uma forma de investir em seminários que tenham por base o estudo das demandas judiciais da área da saúde, onde os membros do Ministério Público e de gestores da saúde pudessem participar, para a elucidação de possíveis dúvidas (CNJ, 2010).

Assim, o Conselho se preocupou em zelar contra a desinformação técnica dos magistrados sobre os assuntos referentes a procedimentos médicos. Nesse ponto, o órgão estabeleceu o Direito de forma multidisciplinar, com isso, os profissionais e outras áreas passaram a adentrar no campo de atuação legal, realizando apoio técnico de diversas ciências, o que permitiu um posicionamento mais justo do campo judicial às necessidades dos indivíduos que os procuravam.

Para tanto, conforme lecionam Corina Rosa, Diego Pimentel e Rômulo Silva, foi estabelecido que os magistrados deveriam:

Procurar instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; Evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; Ouvir, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; Incluir a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, além de incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; Promover visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON). (ROSA; PIMENTEL; SILVA, 2017, p. 202 e 203).

Nesse prisma, os frutos obtidos na Audiência Pública da saúde influenciaram no nascimento do “Fórum Nacional do Judiciário para a Assistência à Saúde”, de criação do CNJ, com o intuito de debater questões de notória relevância relacionadas à judicialização da saúde, por exemplo, o dever legal do Estado no fornecimento de remédios para a sociedade, o aumento desenfreado de ações judiciais relacionadas a pedidos de serviços médicos, forma de tratamento

judicial quanto a indivíduos portadores de doenças de estágio avançado ou terminal, disponibilização de tratamento ou leitos em hospitais públicos, dentre outros (BUCCI, 2017).

Em vista do artigo 2º, da resolução 107/2010²⁵ do CNJ, extrai-se o texto a seguir:

Caberá ao Fórum Nacional: I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. (CNJ, 2010, p. 01).

O Fórum Nacional é formado por Comitês Executivos Estaduais e coordenado pelo Comitê Executivo Nacional. Foi organizado para a coordenação e execução de demandas processuais de natureza específica, que, no caso em estudo, são relacionadas à saúde. Esses comitês são formados por juízes que atuam em todas as unidades jurisdicionais que trabalham sobre assuntos relacionados à saúde pública, contando com o suporte de agentes especialistas atuantes em áreas correlatas, como o Ministério Público (Federal, Estadual e Distrital), as Defensorias Públicas, os entes federados, instituições de ensino e de pesquisa.

Com a criação de um Comitê Organizador do Fórum Nacional da Saúde, houve a possibilidade de organizar os Comitês Executivos Estaduais, que também atuam na linha de frente com problemas relacionado ao direito à saúde. Nesse sentido, o Comitê Organizador do Fórum foi peça imprescindível para a origem dos Comitês Estaduais, onde ocorre a atuação na fiscalização dos atos ilegítimos, bem como na elaboração e avaliação de práticas e condutas que busquem o suprimento dos problemas, conjuntamente com as recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça (SILVA; PIMENTA, 2017).

O Fórum Nacional da Saúde detém a competência de monitorar a resolução das ações que envolvem o pedido assistencial de saúde, foi originado com a aprovação da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, e produz efeitos de maneira articulada sob a ótica federativa e institucional. Federativa, pois é representada por cada um dos estados membros da União, através dos 26 (vinte e seis) Comitês Executivos Estaduais e do Comitê Distrital. Ademais, institucional, pois é recepcionado pela composição múltipla de indivíduos representantes de

25

Disponível

em:

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADdo%2C%20no%20C3%A2mbito,dos%20processos%20judiciais%20e%20C3%A0>>. Acesso em 21, jan. 2021.

todas as instituições do sistema de justiça, profissionais da gestão de saúde e da própria sociedade civil (SANT'ANA, 2017).

Os Comitês Estaduais (e o Distrital) deve organizar reuniões de modo frequente, mensal ou bimensalmente, na tentativa de aproximação das várias instituições que estão envolvidas no semente da saúde para a busca de soluções de problemas abarcados pelo tema. Assim, tais comitês agregam maior aplicabilidade às concepções de saúde defendidas por todos os atores envolvidos, de cunho político ou social, estabelecendo novos moldes de atuação para medidas efetivas, através de uma administração de maneira compartilhada. Ainda, a atuação dos comitês promove uma consciência de firmar uma tentativa de solução para a diminuição dos casos de ajuizamento de ações.

Outra recomendação que deve ser citada é a recomendação nº 36²⁶, elaborada na data de 12 de julho de 2011, que promove a criação de diretrizes institucionais que amparam mais informações técnicas da saúde para os magistrados. Segundo Ramiro Nóbrega Santana, a recomendação em comento dispõe sobre:

i) celebração de convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico; ii) cadastramento de endereços eletrônicos das operadoras de planos de saúde para composição das demandas na área de saúde suplementar; iii) orientação aos magistrados para buscarem, mediante ofício, informações com ANS, ANVISA e Conselhos Federais de Medicina e Odontologia. A Recomendação orienta, ainda, a “realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde. (SANTANA, 2017, p. 279)

Na tentativa de garantir ainda mais eficiência no combate à hiper judicialização da saúde, em 15 de maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça, através da 1ª Jornada de Direito da Saúde²⁷ (que foi designado pelo próprio Supremo Tribunal Federal), editou e aprovou 45 (quarenta e cinco) enunciados que são relacionados à saúde como Direito Social, na tentativa de guiar os profissionais jurídicos na elucidação de discussões sem amparo pacificado na jurisprudência ou doutrina. Esses enunciados foram escolhidos pelo Comitê Executivo Nacional dentre outras 150 propostas que foram elaboradas por representantes do Poder Judiciário, em conjunto com o Ministério da Saúde e Agência Nacional de Saúde Suplementar, e encaminhadas ao Conselho para a discussão. Dentre o número total de enunciados, 09 (nove) têm relação com o Biodireito, 17 (dezesete) versam sobre a Saúde Suplementar e 19 (dezenove) tratam temas de saúde pública (SCHULZE, 2021).

²⁶ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/847>>. Acesso em 21, jan. 2021.

²⁷ Enunciados disponíveis em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/wp-content/uploads/sites/52/2018/12/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-cnj.pdf>>. Acesso em 21, jan. 2021.

A 1ª Jornada de Direito da Saúde buscou debater as irregularidades provenientes da judicialização da saúde, oferecendo enunciados interpretativos relacionados com as premissas legais da saúde. Devido ao aumento contínuo dos números de demandas processuais, e a ampla diversidade de discussões judiciais que abarcam procedimentos do Direito à saúde, o Conselho Nacional de Justiça decidiu por realizar um segundo evento de mesmo propósito: a 2ª Jornada de Direito da Saúde.

Nesse segundo ato, que ocorreu nos dias 18 e 19 de maio de 2015, antes do início do evento foi realizada uma convocatória para a divulgação de tópicos e propostas de enunciados que seriam fontes de Direitos para os juízes, nos casos de decisões de entrega de remédios e sobre cobertura de planos de saúde. Como resultado, 22 (vinte e dois) novos enunciados foram publicados pelo CNJ. Ainda, devido à persistência dos problemas em comento, no trâmite judicial, em 18 de março de 2019, foi aprovado 35 (trinta e cinco) novos enunciados, através da III Jornada de Direito da Saúde, dentre mais de 200 (duzentas) propostas.

3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar ao mérito do tema do presente trabalho, é de notória relevância que se entenda alguns tópicos essenciais sobre o Supremo Tribunal Federal, principal órgão democrático em solo nacional. Em suma, a democracia brasileira, junto a outras democracias ao redor do mundo, caracteriza-se pela separação dos poderes, idealizada por Montesquieu²⁸: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

No tocante à finalidade da separação dos poderes, Pedro Lenza aduz que “seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração do poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício de poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas” (LENZA, 2019, p. 866). Ou seja, a distribuição do poder entre seus órgãos estatais, é dotada de independência econômica e política, sendo entendida como garantia de equilíbrio político que tende a evitar, ou pelo menos minimizar, os riscos de abuso de poder pelo próprio Estado.

Dito isso, a Carta Magna de 1988 reconheceu a Suprema Corte como o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, tendo como consequência que acima dela não existe mais nenhum outro órgão capaz de julgar ou apreciar qualquer tema de direito. Ou seja, sendo o STF a última instância recursal existente, o que for decidido sobre determinado assunto pelo Supremo Tribunal Federal, esta será a última decisão de fato, não havendo, em regra, outro órgão a se recorrer.

Analisando o *caput* do artigo 102 da Constituição Federal verifica-se que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988, p. 01). Ou seja, tendo o Supremo a competência de realizar o controle concentrado de constitucionalidade, assume esse órgão o papel preponderante na guarda da Constituição. Nesse viés, Costa machado e Anna Cândida da Cunha Ferraz asseveram que:

O art. 102 traça as competências do Supremo Tribunal Federal, conferindo a este, em seu *caput*, a missão precípua de guarda da Constituição. Isso significa dizer que, no Brasil, o responsável pela proteção da Carta Constitucional, de maneira preponderante, é próprio Supremo Tribunal Federal. (MACHADO; FERRAZ, 2018, p. 636).

Desta maneira, vislumbra-se no disposto do artigo 102, da Constituição, as funções e características do órgão em referência. Entre as principais competências elencadas, está a de processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, demandas processuais que discutem direitos fundamentais individuais e coletivos, a

²⁸ Na obra *L'esprit Des Lois* (Do Espírito das Leis), 1748.

ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Carta Política.

Com o devido esclarecimento sobre conceito de judicialização e o direito à saúde como norma social prevista constitucionalmente, resta- nos trazer comentários sobre demandas em curso, com feitas ativistas sobre a matéria fundamental e social destacada, para tanto, destacamos as características da decisão ativista, apontadas pelo Min. Luís Roberto Barroso, no trecho descrito:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. BARROSO, Luís Roberto. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional . ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid (2009), págs. 17-32, pág 6

Temos em envolvendo direito fundamental social, a saúde, no entanto sem esclarecimento do texto constitucional, carecendo de uma interpretação; destacamos como dito acima, a saúde, como direito social carece de respeito, garantia e promoção, as condutas vistas nos *leading cases* estão na seara de matéria constitucional, impondo regulamentação à luz dos valores e princípios constitucionais.

Por outro lado, a obrigatoriedade de promoção da saúde está intimamente ligada à promoção da saúde, do bem estar da população, influenciado ainda pela isonomia, vez que promove igualdade para aqueles que não condições de arcar com medicação de alto custo.

Impõe frisar que nosso intuito é tão somente trazer à lume conduta ativista da Suprema Corte brasileira, todos as demandas estão pendentes de julgamento, mas que visivelmente tem caráter ativista , que o ativismo nesses casos funciona como uma afirmação de direito social não regulamentado por legislação ordinária específica. E na promoção de direitos sociais, através de intervenção em política social.

No que concerne ao âmbito dos Direitos Sociais, o referido órgão já vem atuando rotineiramente em litígios processuais de naturezas relacionadas à tais garantias, principalmente em relação aos procedimentos da saúde pública que possuem grande repercussão. Assuntos como competência do Ministério Público, no processo de ação civil pública relacionado ao fornecimento de remédios a portadores de doenças (tema 262²⁹), competência solidária entre os

²⁹ STF, Tema 262 - **Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças.**

entes da federação na prestação de saúde (tema 793³⁰) e demais outros estão em trâmite na Corte Superior aguardando a manifestação final dos Ministros, conforme é explicitado pela própria corte³¹.

Dentre os casos já averiguados pela Suprema Corte, sobressai a posição adotada pelos ministros através da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, nos autos do Agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, reconhecido como o primeiro julgado específico relacionado ao direito à saúde, na data de 17 de março de 2010. O assunto chegou até o Supremo Tribunal Federal quando foi interposto um recurso pela União que tinha o intuito de suspender uma tutela antecipada que fora concedida à parte agravada beneficiária do Sistema Único de Saúde, pedido que já havia sido analisado e negado (STF, 2010).

O caso em comento versava sobre uma garota portadora de uma doença neurodegenerativa que buscou no judiciário, o direito de receber um medicamento de alto custo, essencial para o controle de seu bem-estar, de forma gratuita pela União. O processo já havia sido sentenciado em prol da autora, todavia, os procuradores não concordaram com o vínculo dos país em arcar com custos de tratamentos com remédios de alto valor, não amparados pela Agência de Vigilância Sanitária ou pelo Sistema Único de Saúde, motivo pelo qual a demanda foi alçada à apreciação da última instância. Também foram levados a debate, vários desdobramentos do direito à saúde ora discutido, como aplicação orçamentária em políticas públicas eficientes, o princípio da vedação do retrocesso e a reserva do possível (STF, 2010).

Por fim, o relator expôs que o alto custo do medicamento pretendido não é justificativa para a negativa de seu fornecimento, principalmente porque o fármaco em questão era recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos e tinha sido prescrito por profissional devidamente qualificado. Dessa forma, a corte manteve a decisão do Tribunal, que fora deferida em tutela antecipada, para que a União, o Estado e o Município fornecessem o fármaco necessário para a saúde da agravada (STF, 2010).

Nesse diapasão, têm-se a seguinte ementa:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SERAPARAÇÃO DE PODERES. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE

³⁰ STF, Tema 793 - **Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.**

³¹ Disponível em; <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao/stf/>>. Acesso em 26, jan. 2021.

SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: ZAVESCA. FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF, 2010, p. 01).

O posicionamento em questão permitiu que a justiça fosse acessada com o objetivo de garantia de prestações específicas inerentes às questões de saúde ao mesmo tempo que assegurou o mínimo existencial para tal acesso. Nesse sentido, explana Ramiro Nóbrega Sant'ana:

Os critérios estabelecidos na STA 175 foram confirmados em pelo menos 18 outros julgamentos do STF no ano de 2010 e, até o presente momento, esta representa o precedente jurisprudencial de maior relevo no cenário jurídico brasileiro. Seu avanço mais importante foi a tentativa de conduzir o debate sobre a judicialização da saúde para uma posição menos formalista, no sentido de tentar superar o “simples jogo de analogias”, notadamente, pelo uso muitas vezes equivocado dos conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível. Isso porque o precedente direciona os critérios de decisão para o contexto normativo do direito sanitário e para as políticas públicas que conformam a prática do sistema de saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 277).

Em outro caso, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 607.387 SC, no dia 31 de maio de 2011, a discussão do processo se debruçava na competência dos entes federados no fornecimento de medicamentos, de forma gratuita, para a população carente. A demanda, vista pela primeira turma, que teve como ministro relator Luiz Fux, firmou o entendimento de que, aqueles que não possuíssem recursos para gastos com remédios ou tratamentos de saúde, poderiam recorrer ao Sistema Único de Saúde para realizar os procedimentos ou receber o medicamento. Ademais, foi fixada a competência solidária entre os Estados e a União nesse fornecimento.

Nesse sentido, na referida decisão, encontra-se escrito que:

O reconhecimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. (STF, 2011, p. 01).

Assim, o supremo decidiu por seguir os critérios constitucionalizados na Lei Maior, ao seguir à risca o dever estatal de implementação de políticas públicas em conferir efetividade no combate a doenças, devendo tomar todas as medidas necessárias para a proteção e tratamento

dos indivíduos da sociedade. A corte proferiu que, enquanto os Estados devem criar meios para prover serviços médicos e fornecimento de remédios, a União deverá repassar as verbas para auxiliar os entes estatais.

Entretanto, uma ressalva deve ser observada: para o fornecimento gratuito de medicamentos, para que o indivíduo ganhe a isenção do preço do fármaco, deverá ser comprovado sua hipossuficiência. Como o Sistema Único de Saúde foi criado com o objetivo de semear saúde para todos, principalmente aos necessitados, nada mais justo que, para se evitar possíveis fraudes e esgotamento rápido de medicamentos e de verba pública, impor a falta de recurso financeiro como um requisito (STF, 2011).

No mesmo sentido, pela relatoria do ministro Celso de Mello, o Supremo se manifestou novamente seguindo a mesma tese ao julgar o Recurso Extraordinário nº 840.841 SC, na data de 02 de dezembro de 2014, conforme segue a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF, 2014, p. 01).

O tema em questão já foi motivo de muitos casos em que o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar perante pedidos de Estados que objetivavam se eximir da obrigação de distribuição de medicamentos, devido ao enorme gasto público que tal atividade demanda. Em razão da grande sensibilidade que o assunto possui, a suprema corte sempre se manifestou, recordando que o Sistema Único de Saúde possui, em seu rol de objetivos, a universalização da saúde, com foco naqueles que vivem em situação de banalização, mais propícios a doenças e contingências num todo (STF, 2011).

Outro caso que merece destaque é o julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718 MG, ao qual o plenário do Supremo Tribunal Federal, com relatoria do ministro Marco Aurélio, na data de 22 de maio de 2019, julgou sobre a obrigação do ente estatal no fornecimento de fármacos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Segundo a corte, a regra geral é que os Estados não são vinculados a distribuir à população, remédios que não são registrados pela devida agência reguladora (STF, 2019).

Sobre o referido recurso, o Supremo Tribunal Federal demonstrou a seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. (STF, 2019, p. 04).

Conforme elucidado por Marco Aurélio, quanto à discussão do referido tema, nascem dois debates necessários para o julgamento da questão. O primeiro, é o caso de distribuição de medicamentos experimentais, que não possuem comprovação ou eficácia científica comprovada. Nessa hipótese, os Estados não são obrigados a distribuí-los, haja vista que o registro da Agência Nacional de Saúde demonstra a real eficiência do tratamento (STF, 2019).

A segunda discussão a se fazer é referente aos medicamentos com segurança comprovada, mas sem registro do respectivo órgão regulador. Nessa ótica, o Supremo mitigou seu entendimento, permitindo, em caráter excepcional, o ente estatal fornecer o medicamento não testado, mas somente quando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária demonstrar atraso nos pedidos de avaliações dos medicamentos (STF, 2019). Assim, para que haja a possibilidade de medicamentos fora da relação da agência de fiscalização serem fornecidos sem custos, o remédio em questão deverá ter algum pedido de registro pendente, ser amplamente reconhecido pelas agências reguladoras de outros países e não ter nenhum outro medicamento que pode o substituir (STF, 2019).

3.1. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN

Frente ao exposto, o trabalho segue na análise de outro caso de extrema importância para as conclusões que se pretendem chegar, cuja decisão foi proferida no ano de 2020, onde novamente a tese da obrigação do Estado em fornecer gratuitamente medicação de alto custo que não esteja na lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária voltou a ser discutido na corte. O assunto em questão, de nº 06³², ganhou notória relevância, no dia 24 de outubro no ano de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN.

³² Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

O recurso em comento foi originado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e, desde 2007, vem tramitando na Suprema Corte, dividindo opiniões entre os juristas. O processo tem como partes processuais o Advogado Geral da União, o Advogado Geral de Minas Gerais, o Defensor Público-Geral Federal, o Defensor Público Geral do Rio de Janeiro e os Procuradores Gerais dos estados de Mato Grosso do Sul, Acre, Pará, Goiás, Sergipe, São Paulo, Amazonas, Paraná, Espírito Santo e Rondônia, e foi iniciado com o intuito de retirar da responsabilidade dos entes da federação o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo, ou pelo menos definir critérios de cabimento, haja vista os danos que as partes já vinham sofrendo, desde a criação do Sistema Único de Saúde, em suas verbas financeiras com tamanha procura assistencial.

O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, ao ganhar repercussão geral, acabou por influenciar na criação de várias teses durante seu trâmite, e após 13 (treze) anos, na data de 12 de março de 2020, finalmente o Supremo Tribunal Federal deferiu seu posicionamento final. O recurso foi analisado com o Sr. Ministro Luís Roberto Barroso como relator e seu julgamento resultou na pacificação de um assunto que até então causava muita discussão.

Segundo a Suprema Corte, em relação às ações judiciais que pugnam por medicamentos que estão incorporados ao Sistema Único de Saúde de alto valor, a obrigação continua sendo do Estado em ofertar o medicamento requisitado, tendo apenas como exigência, a necessidade comprovada do remédio e a falha na tentativa de obtenção do medicamento nas vias administrativas (STF, 2020).

Conforme é analisado na ementa do recurso em questão, segue o seguinte texto proferido por Barroso:

No caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS (*i.e.*, incluído na política pública de saúde, devendo ser objeto de dispensação gratuita), não há dúvida acerca da obrigação do Estado de fornecê-lo ao requerente. Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde. Nessa hipótese, deve-se exigir apenas que o requerente comprove (i) a necessidade do fármaco e (ii) a prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa (STF, 2020, p. 02).

O direito à saúde, conforme foi analisado antes, é um direito fundamental, pertencente à categoria dos Direitos Sociais, grupo que requer medidas positivas do Estado para sua concretude. Pelo entendimento da Suprema Corte, o fato de o medicamento ser oneroso não impossibilita o paciente de consegui-lo gratuitamente, desde que sejam observados os dois requisitos estipulados. Tal entendimento não fere o princípio da reserva do possível, haja vista

o tribunal em questão já defender a tese de atuação do mínimo existencial, onde se encontra a saúde (STJ, 2020).

Entretanto, o posicionamento já é diferente quanto as ações judiciais que versam sobre medicamentos de alto custo, que não são incorporados pelo Sistema Único de Saúde, isto é, aqueles que não constam no rol de fármacos elaborado pelo Ministério da Saúde. Sobre o tema, Gilmar Mendes, em seu voto, se manifestou a respeito do rombo que a excessiva judicialização da saúde acarreta para a União e destacou:

[...] a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. (STF, 2020, p. 23).

O propósito do julgamento do recurso em análise, dentre outros, era achar um método em que o Estado não saísse no prejuízo, ao mesmo tempo que não deixasse o cidadão necessitado sem amparo. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado não possui obrigação, em regra geral, de ofertar remédios não incorporados pelo Sistema Único de Saúde à sociedade, exceto quando restar presente determinados requisitos específicos, de maneira cumulativa, observando o parâmetro procedimental estipulado pela Suprema Corte, conforme se extrai na manifestação do Ministro Gilmar Mendes que segue:

Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública. [...] Para tanto, proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo. Ademais, proponho a observância de 1 (um) parâmetro procedimental: a necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC). (STF, 2020, p. 02 e 03).

Diante do que é proferido pela Suprema Corte, percebe-se que o tribunal elencou cinco requisitos que devem ser observados simultaneamente: a) hipossuficiência (avaliada por meio da comparação entre a condição financeira do autor e os custos com o tratamento); b) a comprovação de que o medicamento não está incorporado ao Sistema Único de Saúde por expressa recusa dos órgãos competentes; c) a impossibilidade de substituir o remédio discutido na ação por outro de mesmo efeito aceito; d) provas suficientes de que o medicamento em questão é funcional e; e) o endereçamento da ação deverá ser direcionada à Justiça federal.

Ainda, os tribunais deverão contar com auxílio de profissionais da área da saúde, com notório saber, a fim de se evitar possíveis fraudes. Essa cooperação deverá ocorrer em dois momentos. O primeiro, será para verificar a possibilidade de dispensa da medicação. O segundo, quando a ação for deferida, momento em que esses agentes irão analisar a possível inserção do remédio na lista do Sistema Único de Saúde (STF, 2020).

Diante da manifestação da Suprema Corte, é possível interpretar que os Ministros tentaram criar diretrizes que gerassem vantagens para todas as partes. No primeiro caso, é explícito a preocupação do Poder Judiciário em “peneirar” os autores das ações que têm por fim a obtenção de algum remédio incorporado pelo Sistema Único de Saúde, contudo, de maneira justa, onde não ocorra danos aos cofres públicos, sendo exclusivo para aqueles que comprovem a necessidade da medicação. Ademais, a decisão de condicionar as ações de pedidos de medicamentos caros que não estão vinculados ao Sistema Único de Saúde aos cinco requisitos apontados, demonstra uma boa tentativa do Judiciário em diminuir a judicialização excessiva da saúde, de maneira harmônica e democrática.

É notória a influência que o posicionamento do Supremo no referido processo teve da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, de 2010, podendo-se distinguir essa afirmação em dois pontos diferentes. O primeiro está no reconhecimento de que as normas de acesso à assistência farmacêutica são estipuladas pelas premissas encontradas nas políticas públicas da saúde, em outras palavras, nas relações de fármacos permitidos pelo Sistema Único de Saúde. Portanto, o Supremo continua com seu posicionamento adotado em 2010. O segundo ponto está na necessidade de conteúdo probatório apontando que determinada política pública é ineficaz ou inoperante (SANT’ANA, 2017).

Alguns pontos foram discutidos e merecem melhor análise.

3.1.1. Fornecimento de medicação

No julgamento, a Suprema Corte mais uma vez enfrentou a temática sobre fornecimento de medicamentos, o tema vem sendo debatido em questões judiciais de longa data, nas primeiras demandas sobre saúde no país, já discutiram o fornecimento de medicação pra tratamento de HIV(STA175 AgR(Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010).Percebe se uma evolução sobre o tema, inclusive sobre pedidos além de medicações, vagas em UTI, prótese e ortose.

O julgamento em apreço refere se a medicamentos, convém esclarecer o conceito legal de medicamento definido no art.4 da Lei n. 5.991 de 17 de dezembro de 1973, a qual dispõe sobre o controle sanitário de medicamentos e outros produtos na área farmacêutica o qual é considerado um produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico. Ou seja, diante dessa definição, é possível constatar o relevante papel desempenhado pelo medicamento para a garantia do direito fundamental à saúde ao brasileiro, tendo em vista que sua finalidade é exatamente buscar a cura de determinadas doenças.

Os princípios e diretrizes do SUS estão previstos nos art. 196 e 198, já no que se refere a competência, é destacada no art. 200 do texto constitucional, de forma macroinstitucional, de forma mais direcionada o texto de 1988 no art. 200, I, determina competência ao SUS (Sistema Único de Saúde) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos. BRASIL, 1988.

Atuação do SUS foi pormenorizada a partir das Leis 8.080/90 e 8.142/90, já num plano mesoinstitucional. E de forma mais específica, micronstitucional, a Política Nacional de Medicamentos (PNM) criado pela Portaria nº3.916 de 30 de outubro de 1998, Política Nacional de Assistência Farmacêutica(PNAF) instituído pela Resolução CNS nº338, de 06 de maio de 2004, Blocos de assistência farmacêutica e RENAME, Relação de Medicamentos Essenciais, Portaria GM/MS nº1, de 02 de janeiro de 2005. BUCCI, Maria Paula Dallari, 2006, p.22.

O rol de legislação é bem mais extenso, a normatização citada não esgota a normatização sobre política de assistência farmacêutica, entre leis, decretos e regulamentos (art. 84, IV, CF/1988), portarias (art. 87, II, CF/1988), resoluções e conselhos deliberativos. A regulamentação é vasta, vez que todos os entes da federação são competentes para efetivação do direito à saúde.

O Ministro Gilmar Mendes ressalva em seu voto a complexidade e variedade normativa sobre o tema apontada em auditoria operacional realizada pelo TCU (Tribunal de Contas da União) no ministério da saúde:

No relatório encaminhado ao Ministro Bruno Dantas, ao apresentar os critérios do trabalho realizado, os auditores relacionam o arcabouço legal envolvendo as políticas de saúde, em especial a assistência terapêutica: Lei 8.080/1990, Decreto 7.508/2011, Decreto 7.646/2011, Lei 12.401/2011, Lei 6.360/1976 e Lei 9.782/1999. STF,2020.

Com críticas doutrinárias sobre uma poluição legislativa diante da variada legislação sobre o tema, cito, BUCCI, Maria Paula Dallari, 2017, p. 419, o julgamento no STF não enfrentou essa complexidade legislativa, assevera sobre blocos de financiamento da política farmacêutica, distribuída entre o básico, estratégico e medicamentos de dispensação excepcional (portaria GM/MS nº399 de 22 de fevereiro de 2006), de forma direta sobre princípio da legalidade orçamentária e separação de Poderes, vez que discutiu concessão de medicamento não inscrito no Programa de Dispensação de Medicamentos.

Sobre o ponto em debate, se o medicamento está ou não na lista de protocolos estabelecidos pelo SUS, se o medicamento é ou não incorporado ao SUS, os parâmetros para julgamentos de demandas sobre medicamentos incorporados pelo SUS foram debatidos na STA175 AgR(Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010) firmado entendimento da necessidade do fármaco e prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa, reconhecido o direito subjetivo da parte ao fornecimento de medicação.

A perspectiva em ora debatida impõe na concessão por parte do judiciário de medicamento não incorporado pelo SUS, em especial, medicação especializada (medicação de dispensação especializada).

É esclarecedor a leitura do voto Min. Edson Fachin:

“Principiemos por uma questão de nomenclatura; ao invés de alto custo, cumpre se referir a medicamentos distribuídos em três componentes: Básico, Estratégico e Especializado. Assim, a assistência farmacêutica, resumidamente, está organizada, dentre outros aspectos, pela RENAME que é a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, e nela se estabelece os insumos que serão fornecidos pelo SUS. As condições de uso desses medicamentos estão no Formulário Terapêutico Nacional e nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Além disso, Estados e Municípios podem adotar relações específicas e complementares de medicamentos, desde que registrados na ANVISA.”STF,2020

A relação de medicamentos inscritos pela RENAME, assim como formulários de protocolos terapêuticos - Formulário Terapêutico Nacional e nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), são revistas e atualizadas pelo SUS, de forma periódica incorporando novas tecnologias.

Sobre a legalidade orçamentária vem a discussão sobre uma lista elaborada em função de uma política pública com determinação de uma norma programática constitucional. Assim, quando o SUS, observando a Lei nº8.080/1990 no art.19-M ao 19-U estrutura protocolo clínico

e diretrizes terapêuticas, a serem observados para elaboração com base na ciência e avaliação custo-efetividade de avaliação tecnológica em saúde, por meio de portaria apresenta uma lista de medicamentos por meio do Programa de Dispensação de Medicamentos, impõe o exercício de sua determinação constitucional, ademais a organização e estudos envolvem variados setores com aptidão para dar máxima efetividade ao direito à saúde.

Na mesma toada a possibilidade orçamentária de cada ente no exercício de políticas públicas, vez que a responsabilidade do ente impõe uma organização prévia de estrutura financeira para gastos, onde é previsto análise do custo-efetividade de avaliação tecnológica em saúde.

Sem olvidar da separação de Poderes, de costume alegada nas demandas que envolvem judicialização da saúde, a aptidão orçamentária e opção de políticas públicas de longa data são colocados em debate quando atuação do Judiciário impõe uma atuação do ente executivo, sem prévia organização orçamentária. A escolha de alocação de valores é própria do Poder Executivo, bem como adoção de políticas públicas, escolha e adoção de medidas adequadas.

O princípio da integralidade não impõe ao ente público a concessão de qualquer tratamento, mas tão somente aqueles dentro dos parâmetros técnico-médicos que traga um resultado efetivo.

No mais, bom destacar a necessidade de comprovar o critério de medicação indispensável ao tratamento do paciente, bem como a análise se SUS fornece similar.

No julgamento, a Corte refutou as teses sobre possibilidade orçamentária e separação de Poderes, no sentido de um Poder Judiciário apto a corrigir imperfeições na atuação executiva e uma proximidade do acesso aos direitos fundamentais, em especial direito à saúde, com fundamento na distribuição universal e ao uso racional de medicamentos, situações não alcançadas por políticas públicas.

3.1.2. Mínimo existencial e reserva do possível

Um argumento corriqueiro em demandas que envolvem a execução de políticas públicas pelo Estado é o binômio mínimo existencial e reserva do possível, no RE566471/RN também arguido pelo Estado do Rio Grande do Norte e mais uma vez o STF vem revelar se sobre o tema.

O Min. Luís Roberto Barroso esclarece em seu voto a complexidade da temática:

Cada cidadão brasileiro faz jus, sem discriminação ou privilégio, ao máximo de justiça em matéria de saúde que o país possa pagar. Não se devem ter ilusões nesta matéria:

há limites. Nenhum país do mundo oferece todo o tipo de medicamento e todo o tipo de tratamento a todas as pessoas. Há escolhas trágicas a serem feitas, trágicas, mas inexoráveis. Nessa matéria, como em tudo o mais, o populismo não é solução, mas parte do problema. STF 2020

Na mesma toada, o Min, Gilmar Mendes faz importante reflexão sobre a norma constitucional sobre o acesso à saúde:

Enfim, muitos lados, cada um com suas verdades, na busca da concretização de um dos maiores e mais ambiciosos “planos de saúde do mundo”, o SUS – Sistema Único de Saúde (universal, igualitário e integral). Único, mas não tão único, pois é regionalizado e hierarquizado e, assim, permite que, nos planos regionais e municipais, haja diferenças nas políticas de saúde adotadas. STF,2020

Não cabe discussão sobre o direito subjetivo público ao acesso à política de saúde, um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente de uma política pública que concretiza (STA-Agr 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010)

O dever estatal de efetivamente proteger e promover direitos fundamentais, inclui realizar prestações positivas, de conteúdo social e econômico. Antes, falava-se em direitos contra o Estado; hoje, além desses, em direitos por meio do Estado. STF,2020.

Não pode porém, pensar num poder Judiciário como portas de entrada para determinação de políticas públicas, nessa perspectiva, sendo cabível tal exercício diante de lacunas e injustiças, senão, o esgotamento da esfera administrativa não seria essencial em julgados dessa natureza.

A temática do mínimo existencial tem sido enfrentada pela Corte, não sendo cabível argumentos genéricos, como separação de Poderes, a intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável. STF,2020.

A reserva do possível o processo democrático implica em planejamento e escolhas orçamentárias para execução de políticas públicas, sendo o meio legítimo a escolha legislativa, indiscutível o caráter objetivo dos direitos sociais.

A dimensão do mínimo existencial em casos particulares, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independente de reserva orçamentária. STF,2020.

O sujeito é credor da mesma atenção por parte do estado e da comunidade e atribui a ele um conjunto de direitos e deveres fundamentais que asseguram a garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

3.1.3. Capacidade financeira do paciente

O último ponto a ser tratado é a capacidade financeira da parte postulante, vez que a Corte destacou como caráter subjetivo a incapacidade financeira daquele que busca socorro perante o Poder Judiciário.

O julgamento do RE 566.471/RN foi por demais relevante ao passo que impõe ao ente estatal promover a análise do binômio imprescindibilidade do medicamento/incapacidade financeira do paciente.

Sobre a medicação apresentada como imprescindível, mais uma vez retomamos ao ponto de que o Judiciário não pode ser a porta de demandas de quem busca medicação, faz se necessário esgotar a esfera administrativa. No mais, a preferencial prescrição por médico ligado à rede pública, que demonstra uma familiaridade com protocolos clínicos previstos pelo SUS, a justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento dispensado pela rede pública, e uma evidência do tratamento curativo da medicação, caso não esteja aprovada pela ANVISA.

O esclarecimento sobre a “incapacidade financeira de quem?” é outro marco relevante do julgado, vez que trouxe uma visão de solidariedade nunca vista em julgados dessa natureza.

Um critério relevante foi trazido ao julgamento, a solidariedade familiar colocada como dever legal de alimentos da família, em detrimento da solidariedade social, uma visão mais ampla de justiça redistributiva, um Estado em benefício dos mais necessitados.

O dever, a solidariedade no grupo familiar encontra respaldo no texto Constitucional do Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. BRASIL, 1988

Assim, a dignidade humana, considerando o direito à saúde, é comprometimento não só do Estado, mas também da família.

A operacionalização do dever de solidariedade familiar, antecedente à solidariedade social materializada pelo custeio estatal dos medicamentos, deve atender ao conjunto de normas civis, STF, 2020. Nesse sentido os ministros observaram o art. 1694, 1724 e 1697 do CC, o direito aos alimentos vinculados às relações conjugais e socioafetivas, dever mútuo de assistência e a relação de parentesco aptos responder de forma solidária na prestação de alimentos, por consequência de medicamentos.

Ante essas regras, as relações familiares, no tocante ao dever de solidariedade ao fornecimento de medicamentos imprescindíveis, há de respeitar a seguinte ordem de prioridade: 1º) cônjuge ou companheiro(a), consideradas as uniões homo e heterossexuais; 2º) ascendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites; 3º) descendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites; 4º) irmãos, germanos ou unilaterais.

A fixação por parte do STF desse parâmetro é importante ao passo que aproxima a judicialização da saúde ao conceito de efetividade para aqueles menos favorecidos que sistematicamente não tem proximidade ou acesso às políticas públicas, bem como afasta críticas de gastos desnecessários e excessivos do orçamento público com indivíduos que tem condições de arcar com tratamento.

CONCLUSÃO

Frente a todo conteúdo que fora abordado no presente trabalho, foi possível realizar uma análise de várias premissas que envolvem a judicialização da saúde e seus desdobramentos e reflexos no ordenamento jurídico e na vida dos cidadãos. Percebeu-se que mediante um estudo em nossa história constitucional, as questões relacionadas à saúde, de costume, foram tratadas de uma maneira superficial pelas Constituições passadas. O texto Político de 1988, de maneira tipificada, introduz o tema na legislação brasileira, rompendo assim com paradigmas ao atribuir relevância à saúde pública.

Como um direito básico de todos os cidadãos, a saúde deve ser oportunizada através de políticas sociais e econômicas que se destinam à diminuição de riscos, doenças e outras contingências, de forma isonômica e universalizada, permitindo o acesso da população nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. Nesse paradigma, a Lei Maior deixa explícito que é dever do Estado fornecer tal acesso à saúde para a sociedade, que, sob esse ditame legal, criou o Sistema Único de Saúde (SUS) para o desempenho de tal atribuição constitucional.

Verifica-se que tal preocupação com os tópicos da saúde na presente legislação constitucional é resultado, de maneira parcial, de várias transformações e reivindicações pelas quais a sociedade vivenciou entre a metade do século XIX até o século XX, onde surgiu o Movimento Sanitarista. Tal movimento se refere a um conjunto de ideias da época que tinham como escopo gerar transformações imprescindíveis, de maneira geral, nas atividades de fornecimento e amparo à saúde.

Na atual conjuntura legal, sob a ótica da atual Constituição, observa-se que o direito à saúde corresponde a um princípio fundamental, apresentando interconexões onde se encontram zonas de convergência e mesmo de superposição em relação a outros direitos e deveres que também são premissas asseguradas na lei constitucional, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais. Mas é importante destacar que na tutela à saúde, a vinculação de seu respectivo objeto com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, acontece de maneira mais incisiva. Pois o direito à vida representa uma pré-condição da dignidade da pessoa humana. E, uma vez a ordem constitucional protegendo esses direitos, deduz-se também implícita a proteção da saúde humana.

Entretanto, mesmo sendo considerado um direito fundamental social, esse legítimo reconhecimento não impediu o surgimento de inúmeros questionamentos e atentados à sua

devida efetivação, pelo contrário, faz cada dia mais o Poder Judiciário atuar nas ações judiciais que discutem o tema, a dita “judicialização da saúde”.

Como exposto no trabalho, a judicialização ocorre quando algum indivíduo detentor de direitos é prejudicado com ausência de meios de realização de seus postulados legais, assim, através da instauração de um processo judicial, o Poder Judiciário terá a competência de julgar o pretendido para apresentar uma possível solução. Segundo pesquisas apresentadas, verificou-se que essa judicialização, no Brasil, vem crescendo em constante velocidade, tendo um aumento de 130% em entre o ano de 2008 a 2017 (CNJ, 2018).

Enquanto por um lado, têm-se a tentativa da sociedade em alcançar êxito em seus direitos, por outro, além de aumentar o volume de ações (o que contribui para uma maior inoperância judicial), exprime a necessidade de um grande aporte financeiro público compatível com as demandas sociais de saúde pública. Nessa ótica, por ser parte integrante e Corte Suprema do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal já vem analisando e se posicionando nas demandas que lhe são apresentadas.

Diante do estudo efetuado nas jurisprudências do tribunal em comento, foi evidenciado que o Supremo, desde 2010, já se posicionava no sentido de conceder o fornecimento gratuito de medicamentos descritos na relação de fármacos incorporados pelo Sistema Único de Saúde para as pessoas carentes, inclusive, apontando que a União, os estados, municípios e o Distrito Federal detêm responsabilidade solidária nesse dever. Ademais, analisou-se também a tese do supremo perante pedidos judiciais referentes a medicamentos fora da relação formal do sistema de saúde, onde o Supremo Tribunal Federal, de modo geral, se pronunciou de maneira contrária à concessão do pedido, todavia, autorizou a concessão nos casos em que a ausência do medicamento na lista ocorra por demora na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Considerando os casos precedentes, em outubro de 2007, foi reconhecida a repercussão geral no julgamento do recurso Extraordinário nº 566.471/RN, onde se discutia a obrigação estatal no fornecimento de alto custo fora da relação amparada pelo Sistema Único de Saúde. Após 13 anos, em 12 de março de 2020, finalmente o Supremo Tribunal se manifestou, encerrando assim mais um procedimento de judicialização. Nessa ótica, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado não possui obrigação, em regra, de ofertar remédios de alto custo não incorporados pelo Sistema Único de Saúde à sociedade, exceto quando restar presente determinados requisitos específicos, de maneira cumulativa, observando os parâmetros procedimentais estipulados pela Suprema Corte, quais sejam: a) hipossuficiência (avaliada por meio da comparação entre a condição financeira do autor e os custos com o tratamento); b) a comprovação de que o medicamento não está incorporado ao Sistema Único de Saúde por

expressa recusa dos órgãos competentes; c) a impossibilidade de substituir o remédio discutido na ação por outro de mesmo efeito aceito; d) provas suficientes de que o medicamento em questão é funcional mediante regulamentação estrangeira e; e) o endereçamento da ação deverá ser direcionada à Justiça federal.

Assim, é possível interpretar que os Ministros tentaram criar diretrizes que gerassem vantagens para todas as partes. É explícito a preocupação do Poder Judiciário em “peneirar” os autores das ações que têm por fim a obtenção de algum remédio incorporado pelo Sistema Único de Saúde, contudo, de maneira justa, onde não ocorra danos aos cofres públicos, sendo exclusivo para aqueles que comprovem a necessidade da medicação. Ademais, a decisão de condicionar as ações de pedidos de medicamentos caros que não estão vinculados ao Sistema Único de Saúde aos cinco requisitos apontados, demonstra uma boa tentativa do Judiciário em diminuir a judicialização excessiva da saúde, de maneira harmônica e democrática.

Portanto, conclui-se que o Estado não está obrigado a fornecer remédios caros e fora da lista de medicamentos, regulamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e amparada pelo Sistema Único de Saúde, por ser essa uma atitude que comprometeria gravemente os cofres públicos, fora dos padrões de qualquer mínimo existencial ou reserva do possível. Contudo, caso o indivíduo for pessoa carente, reconhecidamente pobre através de provas concretas, que necessite de um remédio não previsto no rol em vigência, impossível de ser substituído, mas reconhecidamente eficaz pelos parâmetros internacionais, os entes estatais são obrigados a fornecer o referido medicamento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2018.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo Além da Judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV Direito. 2010, p. 50.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Fev. 2012, p. 03. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 15, jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17, jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei da ação civil pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BRASIL. **LEI nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 26, jan. 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/18080.htm>. Acesso em 26, jan. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e de políticas públicas**.

In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CNJ. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-demandas-judiciais-relativas-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em 17, jan. 2021.

CNJ. **Enunciados da I, II e III jornadas de direito de saúde do CNJ**. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/wp-content/uploads/sites/52/2018/12/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-cnj.pdf>>. Acesso em 26, jan. 2021.

CNJ. **Portaria 650, de 23 de setembro de 2009**. Disponível em: <<https://data.dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/494536/details/maximized>>. Acesso em 26, jan. 2021.

CNJ. **Portaria nº 650/2009**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>>. Acesso em 17, jan. 2021.

CNJ. **Recomendação Nº 31 de 30/03/2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em 16, jan. 2021.

CNJ. **Recomendação Nº 36 de 12/07/2011**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/847>>. Acesso em 26, jan. 2021.

CNJ. **Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>>. Acesso em 25, jan. 2021.

CNJ. **Resolução 107/2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em 17, jan. 2021.

CNJ. **Resolução Nº 107 de 06/04/2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADdo%2C%20no%20%C3%A2mbito,dos%20processos%20judiciais%20e%20%C3%A0>>. Acesso em 26, jan. 2021.

CNJ. **Resolução nº 107/2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>>. Acesso em 17, jan. 2021.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil**. São Paulo: Editora Fórum. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 8ª ed. São Paulo; Editora Saraivajur. 2018.

DIDIER, Fredie **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Editora RT – revista dos tribunais. 2015.

FENASAÚDE. **A máfia da judicialização da saúde**. 02, mar. 2017. Disponível em: <<https://fenasaude.org.br/noticias/a-mafia-da-judicializacao-da>>

SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. 1988, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 17, jan. 2021.

SILVA, Hudson Pacífico; PIMENTA, Keyla Ketlyn Passos. **A atuação de advogados e organizações não governamentais na judicialização da saúde pública no Brasil: a quem será que se destina?** Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2017 Jan./Mar, 6(1); 9-29. Experiências. Brasília: CNJ, 2015.

STF. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175**. Tribunal pleno, min. rel. Gilmar Mendes. Julgado em 17, mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 26, jan. 2021.

STF. **Recurso Extraordinário nº 556.471/RN**, Min. Rel. Luiz Roberto barroso, julg. 11, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>>. Acesso em 17, jan. 2021.

STF. **Recurso extraordinário nº 607.381 SC**. 1ª turma, min. rel. Luiz Fux. Julgado em 11, jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em 26, jan. 2021.

STF. **Recurso extraordinário nº 657.718 MG**. Plenário, min. rel. Marco Aurélio. Julgado em 22, maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em 26, jan. 2021.

STF. **Recurso extraordinário nº 840.841 SC**. 2ª turma, min. rel. Celso de Mello. Julgado em 02, dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7495675>>. Acesso em 26, jan. 2021.

STF. **Tema 262**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3791720&numeroProcesso=605533&classeProcesso=RE&numeroTema=262>>. Acesso em 17, jan. 2021.

STF. **Tema 793**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em 17, jan. 2021.

STJ. **Recurso Especial em ação civil pública n. 664.139/RS**. 2ª turma, min. rel. Castro Meira. Julgado em 12, maio. 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19286980/recurso-especial-resp-664139-rs-2004-0115894-6-stj/relatorio-e-voto-19286982>>. Acesso em 28, jan. 2021.

TJMG. **Mandado de Segurança nº AC 5008637-53 MG**. 5ª Câmara Cível, rel. des. Wander Marotta. Julgado em 14, fev. 2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/940013919/apelacao-civel-ac-10000181378894001-mg>>. Acesso em 28, jan. 2021.

TRT 1ª REGIÃO. **Mandado de segurança coletivo nº 0100661-37.2020.5.01.000**. Decisão monocrática, Des. RI. Ana Maria Moraes. Julgado em 08, abr. 2021. Disponível em: <[https://www.anamatra.org.br/images/Decisão - Sissejufe RJ.pdf](https://www.anamatra.org.br/images/Decis%C3%A3o_-_Sissejufe_RJ.pdf)>. Acesso em 28, jan. 2021.