

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**AS PERSPECTIVAS DIALÓGICAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
PODER JUDICIÁRIO PARA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SAÚDE**

**BRUNA FERNANDES DA SILVA AVELINO**

**Rio de Janeiro**

**2019/ 2º Semestre**

**BRUNA FERNANDES DA SILVA AVELINO**

**AS PERSPECTIVAS DIALÓGICAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
PODER JUDICIÁRIO PARA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SAÚDE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes**.

**Rio de Janeiro**

**2019/ 2º Semestre**

CIP – Catalogação na Publicação

A948p Avelino, Bruna Fernandes da Silva  
As perspectivas dialógicas entre a Administração  
Pública e o Poder Judiciário para promoção do direito  
fundamental à saúde / Bruna Fernandes da Silva  
Avelino. -- Rio de Janeiro, 2019.  
93 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito à saúde. 2. Perspectiva dialógica. 3.  
Poder Judiciário. 4. Administração Pública. I. Nunes,  
Daniel Capecchi, orient. II. Título.

**BRUNA FERNANDES DA SILVA AVELINO**

**AS PERSPECTIVAS DIALÓGICAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
PODER JUDICIÁRIO PARA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SAÚDE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes**.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019/ 2º Semestre

## **RESUMO**

O presente estudo aborda, a partir de uma perspectiva crítica, a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário no que tange à concretização do direito fundamental à saúde. Apesar da Constituição Federal assegurar uma saúde pública, universal, integral e igualitária, observa-se, na realidade brasileira, obstáculos à efetivação desse direito, o que gera uma crescente judicialização das necessidades individuais a tratamentos médicos. Contudo, constata-se que tampouco os órgãos jurisdicionais são hábeis a garantir o direito social em sua essência constitucional. Destarte, procura-se compreender os problemas enfrentados por ambas as instituições, pretendendo, sob uma ótica dialógica, com iniciativas que envolvam diferentes atores da sociedade, incluindo a Administração Pública e o Poder Judiciário, enfrentar as dificuldades orçamentárias e gerenciais e materializar os dizeres constitucionais de acesso universal e igualitário aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Diálogo; Direito; Poder Judiciário; Saúde.

## **ABSTRACT**

This study approaches, from a critical perspective, the performance of the Public Administration and the Judiciary System regarding the implementation of the fundamental right to health. Although the Federal Constitution ensures a global and equal public health, in Brazilian reality, there are obstacles to effectively promote this right, which results in a growing judicialization of individual needs for medical treatment. However, it is clear that the courts are not competent to guarantee the right to health in its constitutional essence. Therefore, we seek to understand the problems faced by both institutions, intending, through a dialogical perspective, with initiatives that involve different social actors, including the Public Administration and the Judiciary System, to deal with financial and management difficulties and to materialize the constitutional standards of universal and equal access to health promotion, protection and recovery services.

**Keywords:** dialogue; Judicial System; health care; Public Administration; right to health.

## SUMÁRIO

1 – Introdução .....	9
<b>2 - Capítulo I: O fenômeno da judicialização da saúde e sua (não) efetividade na concretização desse direito social .....</b>	<b>11</b>
2.1. I.I. A construção da saúde enquanto direito fundamental social no Brasil.....	11
2.2. I.II. A judicialização como instrumento legítimo para assegurar o direito à saúde .....	13
2.3. I.III. A judicialização como meio insuficiente para concretizar a saúde universal, integral e igualitária .....	16
2.3.1. I.III.I O desconhecimento técnico do Poder Judiciário e os limites de sua capacidade institucional .....	17
2.3.2. I.III.II A influência da indústria farmacêutica nos pleitos judiciais .....	19
2.3.3. I.III.III A imprevisão orçamentária das decisões judiciais e a lesão às políticas públicas da saúde .....	21
2.3.4. I.III.IV A proteção do demandante <i>versus</i> a proteção da coletividade? .....	24
2.3.5. I.III.V O aspecto excludente da judicialização da saúde .....	25
2.4. I.IV. Os posicionamentos dos tribunais superiores sobre o direito à saúde .....	30
<b>3 - Capítulo II: A regulação da saúde e o papel da Administração Pública na implementação e execução das políticas públicas .....</b>	<b>34</b>
3.1. II.I. O dever estatal de assegurar o direito à saúde na perspectiva normativa .....	34
3.2. II.II. A regulação infralegal do Sistema Único de Saúde .....	36
3.3. II.III. A descentralização administrativa <i>versus</i> a solidariedade jurisdicional .....	39
3.4. II.IV. A Administração Pública enquanto “operadora” da Constituição Federal vigente: o constitucionalismo administrativo .....	41
3.5. II.V. A integralidade da assistência <i>versus</i> a ponderação de direitos envolvidos .....	45
3.6. II.VI. A capacidade institucional do Poder Judiciário e da Administração Pública em relação ao direito à saúde .....	49
3.7. II.VII. Entre a regulação e a execução, a realidade .....	51
3.7.1. II.VII.I A legitimidade democrática da Administração Pública e o subfinanciamento endêmico da saúde .....	51

3.7.2. II.VII.II A má-gestão, a burocracia e o conseqüente desrespeito aos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde .....	54
<b>4 - Capítulo III: A perspectiva dialógica entre o poder judiciário e a administração pública para a concretização do direito à saúde .....</b>	<b>60</b>
4.1. III. I. O fortalecimento do diálogo institucional .....	60
4.2. III. II. A participação popular como diretriz a ser cumprida .....	62
4.3. III. III. As diferenças da Administração Pública e do Poder Judiciário ao lidar com a saúde .....	65
4.4. III. IV. O Poder Judiciário em um projeto dialógico de concretização do direito à saúde .....	68
4.5. III. V. A solução consensual e extrajudicial das demandas relativas à saúde .....	74
4.6. III. VI. Os exemplos bem sucedidos de diálogos institucionais .....	75
4.7. III. VII. A concretização da saúde a partir das perspectivas dialógicas .....	82
<b>5 - Conclusão .....</b>	<b>84</b>
<b>6 - Referências bibliográficas .....</b>	<b>86</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurou a saúde como direito fundamental dos cidadãos e dever do Estado brasileiro, a ser promovida e garantida pelos entes federativos mediante ações de proteção, tratamento e recuperação.

A fim de concretizar os ditames constitucionais, com fulcro na legislação infraconstitucional e infralegal, a Administração Pública vem promovendo, de forma descentralizada e padronizada, a partir do Sistema Único de Saúde (SUS), esse direito, em suas variadas formas, dentre elas o fornecimento de medicamentos e a disponibilização de serviços de consulta, internação e exame. Contudo, por problemas relacionados ao subfinanciamento da saúde, à gestão dos recursos financeiros a ela destinados e aos empecilhos na execução de políticas públicas eficientes, verifica-se o vertiginoso crescimento de ações judiciais, em sua imensa maioria individuais, requerendo à União Federal, ao Distrito Federal, aos estados e aos municípios medicamentos e tratamentos variados, alicerçados no direito constitucional à saúde e à vida digna.

Esse fenômeno, denominado “judicialização da saúde”, fomentou a estruturação de um sistema em que a via judicial torna-se um caminho natural, ante qualquer dificuldade administrativa, independente da pertinência e relevância do pedido diante de uma ótica global.

No primeiro capítulo do presente estudo, procede-se a análise da atuação do Poder Judiciário no que tange ao direito à saúde, haja vista as numerosas ações judiciais requerendo medicamentos, insumos, tratamentos, internações, consultas e procedimentos cirúrgicos. A partir de uma perspectiva crítica, não obstante a reconhecida importância do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, demonstram-se os problemas advindos das decisões judiciais que, dentre outras questões, acabam por perpetuar uma sistemática que frequentemente reduz o direito social à saúde a um direito individual, sem análise dos impactos em um aspecto macro.

Por outro lado, no segundo capítulo procura-se, a partir do aprofundamento na análise legal e administrativa das políticas públicas da saúde, mostrar o papel da Administração Pública na concretização desse direito, evidenciando o seu maior alcance (em comparação ao

Poder Judiciário) e o seu maior contato com a população. Outrossim, também abordam-se as dificuldades dos entes federativos em efetivar serviços e ações de saúde igualitários e de qualidade. Nesse ponto, constata-se que, embora as normas referentes à saúde sejam extensivas e benéficas, existem percalços na etapa de execução das políticas públicas.

Após visualizar os problemas trazidos pela judicialização excessiva do estudado direito fundamental social e, igualmente, os obstáculos na implementação administrativa de serviços eficientes para concretizar a saúde, o terceiro capítulo debate os pontos positivos e negativos de ambas as esferas. Ademais, aponta possíveis soluções para os óbices encontrados, a partir de um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, além de outras entidades governamentais e da sociedade civil, priorizando a participação popular e a visão coletiva do direito à saúde.

Por fim, cabe destacar que a metodologia de pesquisa empregada foi majoritariamente bibliográfica, através da leitura e da análise reflexiva de artigos e trechos de livros jurídicos e médicos que tratam sobre o direito à saúde. Ademais, a abordagem foi preponderantemente qualitativa, a partir de um método dialético, a fim de promover uma reflexão sobre as atuações das instituições administrativas e dos órgãos jurisdicionais quanto ao tema aqui estudado, além de tentar, a partir da realidade brasileira, avançar os estudos sobre efetivação do direito fundamental à saúde, privilegiando uma perspectiva dialógica e integrada entre a Administração Pública e o Poder Judiciário.

## CAPÍTULO I: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUA (NÃO) EFETIVIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO SOCIAL.

### I.I. A construção da saúde enquanto direito fundamental social no Brasil.

A Organização Mundial de Saúde (World Health Organization), criada em 1948, define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença ou enfermidade”<sup>1</sup>. Essa conceituação, de meados do século XX, permite-nos verificar a magnitude das discussões sobre a saúde como direito dos povos.

Assim, não basta o mero exame da saúde em sua acepção clássica, limitada a ideia de que o indivíduo com algum problema médico deve ser cuidado para obter uma melhora em seu quadro clínico. Estritamente relacionada à dignidade da pessoa humana, a saúde precisa ser analisada mais profundamente, inclusive em sua acepção indireta, no qual a prevenção torna-se o foco principal, como no caso das questões sanitárias ou da segurança do trabalho.

No cenário brasileiro, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é a primeira a positivizar a saúde como direito social. Após um regime ditatorial de duas décadas, a Constituição de 1988 é construída, para além de organizar as estruturas dos poderes, como instrumento capaz de fortalecer o cidadão e a sociedade a partir da garantia de direitos e liberdades (MENDES; BRANCO, 2017, p. 57)<sup>2</sup>.

Caracterizada como direito fundamental de segunda geração, na clássica divisão trazida por Noberto Bobbio<sup>3</sup>, a saúde exige intervenções e prestações do Estado para ser concretizada. Por esta razão, a Lei Maior, ao dispor sobre a questão, nos artigos 6º, 196 e seguintes, estabelece que é dever dos entes federativos garantir às pessoas físicas, brasileiras ou estrangeiras, residentes ou não no país, acesso universal e isonômico a serviços de prevenção, tratamento e recuperação da saúde. Nesse sentido, cita-se o artigo 196, CRFB/88:

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

---

<sup>1</sup> No original “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Disponível em: <<https://www.who.int/about/who-we-are/frequently-asked-questions>>.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

<sup>3</sup> BOBBIO, Noberto. **Era de Direitos**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>4</sup>

A Carta Magna igualmente prevê que essas ações serão realizadas a partir de um sistema único, posteriormente regulamentado na lei nº 8080/90, o intitulado Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como princípios a descentralização, o atendimento integral e a participação da sociedade, conforme o artigo 198, CRFB/88<sup>5</sup>.

Embora situada no título II da Lei Maior, “Dos direitos e garantias fundamentais”, a norma constitucional assegurando a saúde, assim como as normas vinculadoras dos demais direitos fundamentais sociais, que, por sua própria estrutura, dependem de uma ação positiva estatal, não tinha aplicabilidade imediata e plena, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante na época da promulgação da Constituição Federal vigente.

Essas normas eram consideradas programáticas, significando, portanto, tão somente programas, metas e princípios, traçados pelo Poder Constituinte Originário, a serem perseguidos pelo Poder Público e por toda a sociedade brasileira. Por conseguinte, não eram plenamente exigíveis e, sobretudo, não poderiam ser objetos de processos judiciais individuais e concretos, por não gerarem direito subjetivo ao indivíduo.<sup>6</sup>

A partir dessa previsão constitucional, tornou-se uma das principais atribuições da Administração Pública, sob a justificativa de assim proteger o interesse público, assegurar a concretização dos direitos e das liberdades fundamentais. Com o passar dos anos, todavia, e com a constatação de que a ausência de efetividade dos direitos sociais gerava, por vezes, a própria negação a esses direitos, parte da doutrina constitucionalista passou a defender a modificação da concepção até então predominante.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 196. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. 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.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro, 2013, p. 225.

Assim, consideraram que o artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, que dita a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, se aplica não somente para os direitos individuais, mas também para os sociais ali previstos. Sob essa perspectiva, todos os órgãos e entidades da Administração Pública, incluindo os particulares colaboradores, encontram-se imediatamente vinculados a essas normas, devendo não somente respeitá-las, como também promovê-las.

Nesse sentido, disserta Barroso (2013, p. 225):

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos - políticos, individuais, sociais ou difusos - são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.<sup>7</sup>

Quanto ao direito à saúde especificamente, o Supremo Tribunal Federal, em 2000, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286<sup>8</sup>, que tornou-se paradigma para decisões judiciais futuras, entendeu que o artigo 196 da Constituição Federal atribui ao necessitado o direito individual de receber um determinado medicamento ou tratamento médico.

## I. II. A judicialização como instrumento legítimo para assegurar o direito à saúde.

Por ser considerado um direito público subjetivo<sup>9</sup>, investe o sujeito titular do direito em uma situação jurídica em que o mesmo pode exigir uma prestação negativa ou positiva do sujeito passivo, no caso, o ente estatal. Assim, como sua efetividade necessita de prestações materiais estatais, o direito fundamental à saúde torna-se a causa de pedir de muitos processos na justiça. Desde a promulgação da Constituição de 1988, crescente o número de ações judiciais, sobretudo individuais, a fim de obter, através do Poder Judiciário, medicamentos, exames, consultas, procedimentos cirúrgicos, internações e tratamentos médicos em geral.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 245.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-RS**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília (DF). 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 10 set. 2019.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 696.

Conforme dados do governo, entre 2009 e 2012, as ações de saúde contra a União Federal aumentaram 25%. Os gastos com essa judicialização, por sua vez, foram de 95 milhões para 355,7 milhões.<sup>10</sup> Outrossim, a Advocacia Geral da União aponta que, entre 2007 e 2018, gastos com processos judiciais relacionados ao direito à saúde sofreram aumento de 4600%. Enquanto em 2007, as despesas da União com essas ações totalizaram o montante de R\$23 milhões, em 2018 chegou-se a R\$1,1 bilhão.<sup>11</sup>

Essas pesquisas demonstram que a fé demasiada na capacidade do Judiciário de concretizar as promessas constitucionais levou a população brasileira a requerer na justiça pleitos relativos à saúde. Esse fenômeno foi denominado ‘judicialização do direito à saúde’. Por judicialização, entende-se esse grande protagonismo do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas por meio de decisões judiciais que garantem o acesso, individual ou coletivo, a tratamentos de saúde.<sup>12</sup>

A Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV<sup>13</sup>, estabelece o direito fundamental ao acesso à justiça, por meio do qual assegura que o Poder Judiciário analisará qualquer lesão ou ameaça a direitos. A princípio, essa norma impede que os magistrados e os tribunais se abstenham de analisar as políticas públicas geridas pela Administração Pública, quando estas forem questionadas judicialmente. Contudo, esse direito, assim como os demais direitos fundamentais<sup>14</sup>, não é absoluto, devendo ser interpretado de acordo com os valores, as regras e os princípios do ordenamento jurídico.

O fenômeno da judicialização da saúde levanta, assim, uma principal questão, qual seja, a extensão da aplicação da norma constitucional asseguradora do direito à saúde. Durante os

---

<sup>10</sup> COLLUCI, Cláudia. Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 mar. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancardizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 12 mai. 2019.

<sup>11</sup> AMADO, Guilherme. Gastos da União com judicialização da saúde cresceram 4.600% em dez anos. **Revista Época**. 22 mai. 2019. Disponível em <<https://epoca.globo.com/guilherme-amado/gastos-da-uniao-com-judicializacao-da-saude-cresceram-4600-em-dez-anos-23684050>>. Acesso em 06 set. 2019.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 703-706.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 209.

mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo vêm se adaptando ao mandamento constitucional e estabelecendo o alcance e os limites desse direito-dever. Como exemplo prático, observa-se a Administração Pública, em todos os âmbitos federativos, desenvolvendo e atualizando listas de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde.

O Poder Judiciário tem em uma de suas funções típicas tutelar os direitos fundamentais<sup>15</sup>, inclusive condenando ou exigindo do Poder Legislativo e da Administração Pública (através do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por exemplo) uma atuação em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, sem violar o princípio da Separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Lei Maior<sup>16</sup>.

Esta ideia de controle entre os Poderes da República, denominado “*a system of checks and balances*” (sistema de freios e contrapesos), destina-se a garantir que nenhuma das esferas de Poder exceda os limites legais, viole os princípios constitucionais ou desvie a finalidade das políticas públicas.

Em nossa realidade, vislumbra-se que a baixa efetividade na execução das normas infraconstitucionais e infralegais impede a concretização do direito à saúde<sup>17</sup>. Sob essa perspectiva, a judicialização da saúde mostra-se um legítimo instrumento para controlar a atuação estatal e efetivar esse mandamento constitucional. A saúde é, afinal, um direito fundamental que depende da postura ativa do Estado e, nesse sentido, procurar a justiça pode efetivamente desestimular o mau funcionamento ou a ineficiência do Poder Público, tornando-se uma forma de pressionar a Administração Pública para que analise novas alternativas terapêuticas e as incorpore no SUS ou, ainda, para que concretize a política pública por ela implementada.

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 151

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>17</sup> MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, v. 38, n.1, jan/jun, 2018, p. 394. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32036/73328>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Em pesquisa realizada em ações judiciais contra o Estado do Rio de Janeiro, para fornecimento de medicamentos a pacientes individuais, entre 1991 e 2002, concluiu-se que:

(...) Há uma relação entre o aumento dos pedidos de medicamentos por meio de mandados judiciais e a inclusão de medicamentos nas listas oficiais de financiamento. Observa-se que a seleção de medicamentos para inclusão em listas de financiamento leva à diminuição da incidência de ações judiciais pleiteando esses medicamentos.

Um exemplo claro é a atual lista de medicamentos excepcionais. Em 2000, iniciam-se os pleitos para a Mesalazina e Riluzol. No ano de 2001, mantêm-se pedidos de Mesalazina e Riluzol, e iniciam-se os pedidos de Peg-interferon e Hidrocloreto de sevelamer. Em 2002, acentuam-se os pedidos de Hidrocloreto de sevelamer, Mesalazina e Peg-interferon e surgem os pedidos de Levodopa + Benserazida, Infiximab, Sinvastatina e Rivastigmina. Na última revisão da lista de medicamentos excepcionais (PT/GM/MS nº1.318/02) houve a inclusão de todos esses medicamentos no elenco do programa. (MESSEDER, CASTRO, LUIZA, 2005, p. 532).<sup>18</sup>

Assim, observa-se que os processos judiciais, quando analisados quantitativamente, são meios de demonstrar quais os fármacos e os procedimentos, não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, vêm sendo necessários à população, propiciando um aprimoramento das próprias políticas públicas.

I. III. A judicialização como meio insuficiente para concretizar a saúde universal, integral e igualitária.

A princípio, vislumbra-se que o direito à saúde gera o encargo ao governo (*lato sensu*) de garantir aos necessitados não qualquer tratamento, mas o mais adequado e eficaz, capaz de assegurar a dignidade da pessoa humana e o menor sofrimento. Todavia, o Poder Judiciário, quando em atendimento a essas demandas, deve ter atenção para, ao promover esse direito fundamental social, não acabar por violar outros direitos tão essenciais quanto.

A judicialização crescente da saúde revela não somente uma dificuldade do Poder Público de concretizar esse direito, ela demonstra, também, que o Judiciário vem intervindo sistematicamente nas políticas públicas relacionadas ao tema, interferindo na atividade administrativa e na alocação de recursos.

---

<sup>18</sup> MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar-abr, 2005, p. 532. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2005000200019&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200019&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 08 set. 2019.

As ações judiciais relacionadas ao direito à saúde por muitas vezes são julgadas sem se considerar a total complexidade que as envolve. Nos acórdãos e nas sentenças, observa-se uma clássica lógica dedutiva, desenvolvida por Cruz (2012, p. 124)<sup>19</sup>, no qual há uma premissa maior, a saúde está prevista na Carta Magna como direito dos indivíduos e dever do Estado; uma premissa menor, o requerente tem um problema de saúde; e, por fim, uma conclusão, cabe ao Poder Público o encargo de prestar assistência médico-farmacêutica ao demandante naquela ação.

### I. III. I. O desconhecimento técnico do poder judiciário e os limites de sua capacidade institucional.

Em primeiro lugar, faz-se imperioso destacar a problemática do desconhecimento técnico do magistrado. Ações ligadas à saúde demandam um vasto conhecimento na área médica e científica, que o juiz ou desembargador, por óbvio, não tem. Por conseguinte, observam-se os laudos médicos, receitando o fármaco ou tratamento ora pleiteado, como verdadeiros alicerces das decisões judiciais, muitas vezes o único meio de prova que ampara a procedência do pedido autoral.

Disto, depreende-se a ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre esse direito,<sup>20</sup> já que, diante de normas constitucionais abertas, necessita-se de um conteúdo definido e técnico para que a prestação estatal seja devidamente exigida, o que sobrepõe a estrutura jurisdicional.

É preciso notar a complexidade que envolve a área da saúde, não somente pelos vários interesses e atores atuando nesse mercado econômico, o que será melhor abordado a seguir,

---

<sup>19</sup> CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à saúde: de norma programática a direito individual exigível. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 119-132, ago. 2012, p. 124. Disponível: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/direito-saude-de-norma-programatica-direito-individual-exigivel-right-health>>. Acesso em: 08 set. 2019.

<sup>20</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, pp. 6-50, jan/jun 2011. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2019.

como também pelas constantes pesquisas e inovações científicas oferecendo alternativas terapêuticas para as doenças que acometem a população mundial.

Novos medicamentos e tratamentos lançados pelas indústrias farmacêuticas não significam, necessariamente, um aumento de benefícios terapêuticos, tampouco a redução de gastos. São os órgãos técnicos da Administração Pública que irão selecionar, dentre os comercializados mundialmente, os que apresentam melhor custo-benefício, após aprimorados exames sobre o custo e a eficácia daqueles tratamentos de saúde, a partir de seu pessoal especializado, para a futura disponibilização no Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, verifica-se que, dos 49 medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) entre 2000 e 2002 e comercializados em 2003, a maioria deles não apresentava avanço terapêutico significativo em relação aos medicamentos já disponibilizados (GAVA ET AL., 2010).<sup>21</sup>

Tal averiguação permite-nos constatar que a discussão sobre a eficácia do tratamento não deve ser realizada somente na esfera judicial, sobretudo quando ausentes importantes atores peritos na temática da saúde, sob o perigo de representar uma ingerência negativa às políticas públicas. Isso porque, diante do desconhecimento técnico do magistrado e dos demais atores do Poder Judiciário, recorrentemente não se avalia se aquele cuidado médico requerido é realmente necessário àquele indivíduo, se há alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS (ou se estas já foram testadas pelo paciente), se o Demandante tem condições de arcar com os custos do tratamento, entre outras questões.

Imperioso aprofundarmos-nos na questão da primazia do laudo médico, considerado por muitos magistrados e advogados como mais importante meio de prova para a demanda, por vezes sendo decisivo para a lide. Exatamente pelo desconhecimento técnico dos atores do Judiciário, tal documento, escrito, assinado e carimbado por um profissional de saúde, é considerado científico, ético, desprovido de qualquer interesse escuso. Trata-se, pois, de

---

<sup>21</sup> GAVA, Cíntia Maria; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; PEPE, Vera Lúcia Edais; REIS, André Luiz Almeida dos. Novos medicamentos registrados no Brasil: podem ser considerados como avanço terapêutico? **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3403-3412, nov. 2010, p. 3409. Disponível em: <<https://scielosp.org/article/csc/2010.v15suppl3/3403-3412/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

instrumento inquestionável, não ignorado ou desafiado por quem não tem conhecimento médico, sob o risco de responsabilizar-se pela saúde e vida de alguém.

Essa conduta comum, todavia, não considera os vários interesses e agentes ligados à saúde, como os cientistas, as indústrias farmacêuticas, as Organizações Não-Governamentais e mesmo os escritórios de advocacia interessados na judicialização dessas reivindicações.

### I. III. II. A influência da indústria farmacêutica nos pleitos judiciais.

São duas questões principais nesse ponto. A primeira delas, mais simples, diz respeito à possibilidade da indicação de tratamento, realizado pelo médico, não ser uníssona. Isto porque a medicina, a pesquisa científica e a saúde evoluem rapidamente e, em muitos casos, não há consenso entre os profissionais da área sobre determinada técnica ou fármaco. Isto posto, o receituário médico, ao apontar uma alternativa terapêutica como a solução do problema de saúde do necessitado, pode acabar por camuflar outras possibilidades de tratamento, igualmente aceitas na doutrina médica.

O segundo ponto, contudo, é mais delicado, quando, sob o fundamento do direito fundamental, da dignidade da pessoa humana e da integralidade da assistência, a indústria farmacêutica utiliza o meio judicial como via para comercializar tratamentos de alto custo e/ou novas tecnologias no mercado, que muitas vezes não se limitam a responder às necessidades da população brasileira, induzindo o surgimento de novas necessidades, por vezes sem fundamento (CARVALHO, 2005).<sup>22</sup>

O Sistema Único de Saúde, com seu alicerce constitucional de assegurar a saúde a todos, tornou-se um importante mercado consumidor dessas indústrias. Nesses casos, o laudo médico mascara um interesse escuso do comércio farmacêutico, implicando um desvio da conduta ética do profissional médico, no qual a justiça e seus atores confiam cegamente. Assim, pleiteia-se por exames, procedimentos, consultas, medicamentos, com baixo (ou sem

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Gilson. Saúde: o tudo para todos que sonhamos e o tudo que nos impingem os que lucram com ela. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 69, p. 99-104, jan-abr, 2005, p. 100. Disponível em: <[http://docvirt.com/asp/acervo\\_cebes.asp?bib=SAUDEDEBATE&pesq=Titulo%20do%20Artigo:%20SAUDE%20O%20TUDO%20PARA%20TODOS%20QUE%20SONHAMOS%20E%20O%20TUDO](http://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?bib=SAUDEDEBATE&pesq=Titulo%20do%20Artigo:%20SAUDE%20O%20TUDO%20PARA%20TODOS%20QUE%20SONHAMOS%20E%20O%20TUDO)>. Acesso em: 12 set. 2019.

nenhum) embasamento científico, para pacientes que não necessitam ou para os quais haveria alternativa, oferecida ou não pelo Poder Público, menos dispendiosa.

Essa conduta das indústrias farmacêuticas não ocorre somente no Brasil. Atualmente, percebe-se o aliciamento de profissionais de saúde, formadores de opinião, instituições, por todo o mundo, que indicam, direta ou indiretamente, determinado tratamento, recebendo em troca alguma vantagem (brindes, ingressos para eventos, jantares, viagens, entre outras).<sup>23</sup>

Deve-se salientar, primeiramente, que essa postura antiética advém de poucos médicos, que representam uma pequena parcela dos milhares de profissionais íntegros, probos e honestos do país.

Para além, não são esses profissionais da saúde os únicos participantes dessa estrutura construída pelas indústrias farmacêuticas, embora sejam os que detém postura mais ativa. O Poder Judiciário e os agentes relacionados à Justiça (Defensorias, Ministérios Públicos, ONGs, advogados particulares), ao defenderem o direito à saúde dos demandantes nessas circunstâncias, acabam por auxiliar, inconscientemente, a materialização desses interesses escusos. Por fim, os próprios cidadãos, também são objetos dessa indústria mal intencionada, já que são enganados, pela mídia e por seus médicos, quanto à necessidade desse tratamento, levando-os a pressionar a Administração Pública por seu direito a obtê-los.

Exemplo do acima exposto é o caso do medicamento Eculizumab/Soliris, indicado para o tratamento de rara patologia denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna, que causa uma série de complicações em diversos órgãos, podendo levar ao óbito. O estado de São Paulo foi condenado a fornecer aos demandantes, por meio de decisões judiciais, este fármaco. Ávila e Melo (2018, p. 89-90)<sup>24</sup> relatam que o referido remédio custa aproximadamente R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) por ano, tendo sido deferido judicialmente sua distribuição para 35 pessoas, no referido estado, em 2011.

---

<sup>23</sup> Ibid., p.101.

<sup>24</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n.1, p. 83-108, jan-abr, 2018, p. 89-90. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rinc/v5n1/2359-5639-rinc-05-01-0083.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2019.

A matéria da Revista Época intitulada “o caso do paciente de R\$800 mil”, narrada por Ávila e Melo (2018), contava a história de uma dessas pessoas que conseguiram o supracitado medicamento por via judicial. Nesse caso, constatou-se que o médico hematologista que prescreveu o fármaco e assinou o laudo médico, documento probatório anexado aos autos do processo judicial, recebia pagamentos da fabricante do fármaco (laboratório Alexion) para dar aulas a outros médicos sobre a doença.

Por sua vez, a advogada do caso foi indicada por esse médico e atuou em 28 desses processos. Ademais, a Revista Época verificou que a mesma recebia honorários da Associação Brasileira de Hemoglobinúria Paroxística Noturna, ONG que é apoiada financeiramente pelo laboratório fabricante do fármaco.

De fato, o medicamento Eculizumab melhora a qualidade de vida do doente. Ávila e Melo (2018) informam, todavia, que deve ser utilizado pelo resto da vida e em concomitância com um anticoagulante, pois não elimina o risco de trombose. Por outro lado, a patologia poderia ser curada com um transplante de medula, alternativa que, apesar de mais invasiva, é notoriamente mais barata (em torno de R\$50 mil, na época) e cura aproximadamente 50% dos acometidos.

A supracitada apuração não invalida os pleitos judiciais, tampouco as decisões dos magistrados sobre essas ações, seja pelo direito fundamental à saúde pública, seja pelo mau funcionamento das políticas públicas gerenciadas pelos entes federativos. Contudo, mostra-se fundamental a interdisciplinaridade, a ser aprofundada no último capítulo desse trabalho, com a participação do Poder Judiciário e de atores relacionados à justiça, médicos, gestores da saúde e outros profissionais, que possam compartilhar seus conhecimentos a fim de debater questões como custo, eficácia, a procura em termos quantitativos por aquele tratamento e as políticas de assistência médica e farmacêutica do SUS, a fim de que o julgamento da lide seja mais adequado.

I. III. III. A imprevisão orçamentária das decisões judiciais e a lesão às políticas públicas da saúde.

Argumento comum dos entes federativos, que são solidariamente responsabilizados nas demandas judiciais relacionadas à saúde, por entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal,<sup>25</sup> é que a condenação judicial a um tratamento não anteriormente previsto nas regulações orçamentárias fere o princípio da reserva do possível. Em razão da manifesta dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais, inclusive a saúde, tal princípio ganha importância.

De acordo com Barroso (2009, p.45),<sup>26</sup> o princípio da reserva do possível diz respeito a ideia de que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as demandas da sociedade, razão pela qual o Poder Público estaria limitado em sua atuação, já que seria obrigado a tomar decisões sobre onde alocar esse dinheiro, necessariamente deixando de investir em outras esferas.

Este princípio pode ser óbice aos direitos fundamentais sociais, pois justifica a limitação do dever dos entes federativos a promover a saúde, em razão de suas condições financeiras e estruturais.<sup>27</sup>

Por outro lado, vislumbra-se a ideia do mínimo existencial como um direito, ou seja, uma série de situações materiais indispensáveis à existência humana digna (BARCELLOS, 2002, p. 293-301),<sup>28</sup> que deve ser garantida a todos pelo Estado. Cumpre frisar que o referido princípio ultrapassa a ideia de mera sobrevivência física, devendo ser entendido como o direito a uma vida com dignidade (princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, previsto no artigo 1º, III, CRFB/88), a partir da concretização de saúde, educação, moradia, assistência social, acesso à justiça, entre outros.

Sob essa perspectiva, havendo a necessidade de um medicamento ou de uma cirurgia para a preservação da saúde e da vida digna do indivíduo, não haveria espaço para a

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178-MG. Recorrente: União Federal. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília (DF). 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTem=793>>.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, jan-mar, P. 29-50, 2009, p. 45. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 08 set. 2019.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 676-677.

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 293-301.

discricionabilidade do administrador público, que teria o dever constitucional de assegurar esses direitos.

Cabe, portanto, aprofundarmos-nos na questão levantada pelos entes federativos, para entender que, para além da alegação do princípio da reserva do possível, a condenação judicial, em prazo exíguo, para fornecimento do fármaco ou tratamento pleiteado, leva a verdadeira lesão à assistência em nível administrativo, tendo em vista a criação de uma despesa imprevista e emergencial aos cofres públicos.

Com a expansão dos processos judiciais relacionados ao direito à saúde nos últimos anos, as despesas com essas ações, por óbvio, também foram ampliadas, sobretudo em comparação ao crescimento do próprio orçamento direcionado as ações administrativas da saúde.

No ano de 2006, a Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES-SP) desembolsou, no cumprimento das decisões judiciais da comarca da capital, 65 milhões de reais, para atender cerca de 3600 pessoas, gastando, portanto, 18 mil reais por paciente. No mesmo ano, ela investiu 838 milhões de reais no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, atendendo 380 mil pessoas, cada uma delas totalizando um gasto de 2,2 mil reais.<sup>29</sup>

Salienta-se que os gastos judiciais são retirados do próprio orçamento da saúde, levando, por conseguinte, a menos recursos disponíveis para a assistência pública administrativa na mesma área. Há um prejuízo, portanto, ao planejamento da Administração Pública, quando o Poder Judiciário autoriza situações não previstas, baseando-se nos laudos médicos e ignorando os estudos científicos estatais que elaboraram o planejamento orçamentário anual da saúde.

Outrossim, a judicialização impacta, também, a própria organização da gestão da saúde. Isso porque, para além das ordens judiciais destinarem parte da verba da saúde para seus cumprimentos, foi necessário uma modificação na estrutura em si da Administração Pública,

---

<sup>29</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 79-115, jan. 2010, p. 106. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8047>>. Acesso em: 08 set. 2019

tendo sido criado, em vários casos, instâncias administrativas com a função de tomar ciência das decisões judiciais e assegurar o cumprimento das mesmas.

Nesse sentido, Pesquisa Nacional sobre Acesso, Utilização e Promoção do Uso Racional de Medicamentos (PNAUM) - Serviços, constatou que, em 82,1% dos municípios, a Secretaria Municipal de Saúde contava com assessoria jurídica para responder às demandas judiciais.<sup>30</sup>

#### I. III. IV. A proteção do demandante *versus* a proteção da coletividade?

Disto, retira-se que a própria implementação de políticas públicas em saúde resta comprometida pelas múltiplas decisões judiciais desfavoráveis aos entes federativos, gerando uma antinomia. Enquanto o Poder Judiciário tenta, no caso concreto, na maioria das vezes de maneira individualizada, concretizar o direito à saúde e à vida de alguém (o autor), está, de forma indireta e consequente, dificultando a defesa desses direitos fundamentais de outra(s) pessoa(s), dependente(s) do SUS.

É sob esse viés contraditório que BARROSO (2009) disserta:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros.<sup>31</sup>

Assim como nos casos já apontados de desconhecimento técnico e de influência das indústrias farmacêuticas, essa constatação não afasta a inegável importância do Judiciário, enquanto poder que defende e assegura direitos fundamentais, de intervir e mesmo condenar a Administração Pública, a fim de se garantir a saúde.

---

<sup>30</sup> GERLACK, Letícia Farias; et al. Gestão da Assistência farmacêutica na atenção primária no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.51, n.2, 2017, p.6. Disponível em: <<http://www.rsp.fsp.usp.br/wp-content/plugins/xml-to-html/include/lens/index.php/?xml=0034-8910-rsp-S1518-51-287872017051007063.xml>>. Acesso em 21 set. 2019.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit, 2009, p. 36.

Contudo, essa análise por parte dos magistrados e dos tribunais não pode ser superficial, tampouco restrita àquele caso concreto, como muitas vezes acaba ocorrendo. Não pode a decisão judicial apoiar-se somente em um laudo médico, desconsiderando os custos públicos com aquele tratamento requerido, as políticas públicas relacionadas em vigor, a situação de crise do estado ou do país e, por fim, a possibilidade e, quiçá, a grande probabilidade, de haver outras pessoas na mesma situação, com o mesmo laudo médico, que tem igualmente os seus direitos violados.

A realidade, conforme disserta Barroso no trecho supracitado, é que a ponderação, ao fim, é do direito à vida e à saúde de uns e o direito à vida e à saúde de outros, isto é, de que se está, por vezes, assegurando direitos fundamentais de alguns em detrimento de direitos fundamentais de outros.

Embora não seja função típica do Judiciário assegurar o direito também a esses “outros”, haja vista a ausência de provocação, deve-se refletir sobre o impacto de inúmeras decisões judiciais nas políticas públicas da saúde. Isto porque observa-se o derivado comprometimento da eficácia administrativa no atendimento ao cidadão.

Logo, essas decisões são eficientes para atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, são eficientes para impedir o desenvolvimento e o aprimoramento das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. Por fim, o excesso de judicialização pode levar a não concretização prática da própria Constituição Federal e dos direitos fundamentais sociais nela elencados e protegidos.

#### I. III. V. O aspecto excludente da judicialização da saúde.

Cabe, por ora, uma análise de quem são esses “outros” lesionados em seus direitos pelas ações judiciais favoráveis aos seus autores.

Um breve raciocínio nos permite inferir que essa redistribuição forçada da verba destinada, a princípio, para o Sistema Único de Saúde, a fim de dar cumprimento a sentenças e acórdãos, atinge, sobretudo, as populações mais carentes, dependentes da saúde pública. São essas pessoas, com menos recursos financeiros para custear um plano de saúde particular, que

já sofrem com a escassez de medicamentos e insumos nos hospitais, além da demora de meses e até anos para consultas em áreas especializadas e procedimentos cirúrgicos.

Em regra, os mais pobres tampouco possuem recursos para contratar auxílio de advogados ou mesmo conhecem seus direitos quanto à assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública dos Estados e da União.

Após o exame de dados do Sistema de Controle Jurídico da Secretaria do Estado de São Paulo, que registra as demandas judiciais contra este ente federativo, Chieffi e Barata (2009, p. 1841-1842) concluíram que as ações judiciais relacionadas à saúde naquele estado, no ano de 2006, foram, sobretudo, ajuizadas pela classe média. Na época da pesquisa, somente 48% dos laudos médicos juntados aos autos eram do SUS, enquanto 47% eram da rede complementar privada. Em relação ao local de residência dos demandantes, aproximadamente 74% dos pacientes viviam em áreas pertencentes aos estratos 1, 2 e 3, isto é, áreas com nenhuma, muito baixa ou baixa vulnerabilidade. Por fim, a assistência jurídica nessas ações era privada em 74% dos casos<sup>32</sup>.

Ressalta-se que os dados dessa pesquisa foram obtidos antes das Defensorias Públicas iniciarem o forte trabalho de defesa dos direitos dos mais necessitados na esfera da saúde, como seus representantes judiciais. Provavelmente, estes números já mudaram, mostrando que os mais carentes, nos últimos treze anos, vem buscando mais assiduamente o Poder Judiciário para garantir seus direitos à saúde e à vida.

Outrossim, estas características não se repetiam em todo o Brasil, mesmo anos atrás. Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro, a partir dos dados da Superintendência de Assistência Farmacêutica da Secretaria Estadual de Saúde, dentre as ações ajuizadas contra o estado entre 1991 e 2002, constata-se que mais de 60% dos processos foram conduzidos pela “advocacia gratuita”, isto é, pela Defensoria Pública (53,5%) e por escritórios-modelo (6,7%), enquanto somente 20,3% pela advocacia privada. Ressalta-se, ainda, que parte desses escritórios

---

<sup>32</sup> CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago, 2009, p. 1841-1842. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

particulares eram integrantes de associações ou ONGs ligadas a alguma patologia, o que pode indicar que os números da advocacia gratuita, ainda que não pública, seriam ainda maiores.<sup>33</sup>

Por sua vez, somente 16% dos requerimentos de tratamentos e fármacos são de médicos não integrantes do Sistema Único de Saúde. Ambos os dados parecem demonstrar que, especificamente no Rio de Janeiro, o acesso judicial à saúde pelos mais pobres já ocorria há mais de duas décadas.<sup>34</sup>

Não obstante, em Minas Gerais, o detectado por Neto et al. (2012, p. 787) se aproxima das informações obtidas em São Paulo. Analisou-se os processos judiciais por medicamentos contra o estado de Minas Gerais ajuizados entre outubro de 1999 a outubro de 2009 e observou-se o massivo predomínio de médicos do setor privado receitando o tratamento pleiteado (87,5%). Ademais, também foram grande maioria os advogados particulares, representando 70,2% das ações examinadas, enquanto 18% eram da Defensoria Pública e 2,5% de escritórios-modelo.<sup>35</sup>

É imperioso salientar que as Defensorias Públicas, constitucionalmente responsáveis pela assistência jurídica gratuita aos necessitados, nos meios judicial e extrajudicial<sup>36</sup>, ainda estavam em processo de formação. Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),<sup>37</sup> antes de 1990, apenas sete estados brasileiros tinham Defensorias Públicas estaduais, dentre eles o Rio de Janeiro. Nos anos de 1990, dez estados formaram seus órgãos e nos anos 2000 mais oito deles. Apenas em 2012, com a criação dessas instituições no Paraná (2011) e em Santa Catarina (2012), todos os estados do Brasil finalmente constituíram suas defensorias estaduais.

---

<sup>33</sup> MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Op. Cit., p. 527.

<sup>34</sup> Ibid., p. 530.

<sup>35</sup> NETO, Orozimbo Henrique Campos et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 784-790, out. 2012, p. 787, tabela 1. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/48351>>. Acesso em: 08 set. 2019.

<sup>36</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

<sup>37</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 22 set. 2019.

Não obstante, em 2013, a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos e o IPEA verificaram que a Defensoria Pública estadual só estava presente em 754 das 2680 comarcas do país, o que significa que os defensores públicos estão ausentes em 72% das comarcas brasileiras. Isto demonstra, portanto, que, ainda que a Defensoria Pública tenha significativamente avançado nas últimas três décadas, os mais humildes, principalmente os que não moram em capitais e regiões metropolitanas, possuem muitas dificuldades em assegurar e mesmo conhecer com completude seus direitos, dos quais se inclui a saúde.<sup>38</sup>

Por conseguinte, seja pela maior facilidade de obter atendimento médico na área privada, seja pela assistência mais individualizada de um advogado particular, ou, ainda, pela ausência de defensoria pública próxima a sua residência ou pelas filas diárias no atendimento das mesmas (dois fatos que desestimulam a procura da assistência gratuita daqueles que necessitam do auxílio judicial), observa-se que a judicialização da saúde beneficia, sobretudo, as pessoas com algum poder aquisitivo, que possuem melhores condições socioeconômicas e maior acesso às informações.

Em efeito, a saúde demasiadamente judicializada prejudica outro aspecto, presente no próprio texto constitucional (artigo 196, CRFB/88), qual seja, o “acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação” da saúde, posto que, sendo a classe média a maior beneficiária das supracitadas demandas judiciais, os mais pobres continuam afastados dos tratamentos necessários para a manutenção de sua saúde, ferindo o princípio da isonomia a que o Sistema Único de Saúde, a Administração Pública e a República Federativa Brasileira se propõem a proteger.

Outro aspecto presente na judicialização da saúde, que deve ser criticado, é o fato das ações judiciais serem, majoritariamente, individuais. Terrazas (2010), ao analisar as decisões judiciais a respeito de requerimentos de medicamentos para tratamento de hepatite C, junto a Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Comarca da Capital, entre 1998 a 2005, verificou que 98% dos processos eram individuais, em comparação a 2% de ações coletivas.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. Op cit.

Em larga escala, essa porcentagem não varia muito. As ações judiciais, inclusive as ajuizadas pelas Defensorias Públicas, são majoritariamente individuais, isto é, demandam fármacos, exames, consultas, procedimentos cirúrgicos, internações, necessários a uma pessoa em específico, o autor, baseando-se nos laudos médicos acostados nos autos. As iniciativas de ações coletivas, a fim de se obter a distribuição de determinados tratamentos para um grupo de pessoas com a mesma patologia ou até mesmo para obrigar o Poder Público a incorporar determinado medicamento às listas do SUS, existem, envolvendo, sobretudo, o Ministério Público e as Defensorias, mas são raras.

Isto posto, observa-se que o Judiciário analisa o direito fundamental social à saúde a partir de uma perspectiva individualista, isto é, da posição individual de um demandante, perante o Estado, que procura a via judicial a fim de efetivar o seu direito particular a determinado tratamento médico. Com o deslocamento de parte do orçamento das políticas públicas da saúde para o atendimento dessas demandas individualizadas, verifica-se verdadeira busca de solução privada para uma questão coletiva.

A problemática ora observada é que se ignora o viés intrinsecamente coletivo do direito à saúde, que deve ser considerado perante toda a sociedade. Assim, a individualização desse direito social reforça o grave problema, exposto anteriormente, de não análise do impacto da decisão judicial no sistema de saúde e, por conseguinte, na manutenção da vida digna dos indivíduos dependentes da saúde pública.

Para além disso, exclui-se a atuação dos diversos atores relacionados à saúde, restringindo o campo de conhecimento estratégico e desconsiderando as complexidades da temática.

A pretensão vencedora não é, pois, garantir uma política pública eficiente ou minimizar a omissão do Poder Público quanto ao seu dever constitucional, mas tão somente resolver o problema e garantir o sucesso daquele indivíduo particularmente. Por conseguinte, verifica-se que o fenômeno da judicialização, com a exorbitante quantidade crescente de demandas similares pleiteando o direito à saúde, também é retroalimentado pelas individualidades desses processos.

Embora tal processo individual esteja protegido constitucionalmente pelo direito fundamental ao acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CRFB/88),<sup>40</sup> é preciso notar que não é o melhor comportamento se o objetivo maior é a efetivação do direito à saúde de maneira universal. Para isto, é preciso formular um método mais racional na busca da proteção desse direito fundamental, que perpassa as ações coletivas.

#### I. IV. Os posicionamentos dos tribunais superiores sobre o direito à saúde.

A partir da missão constitucional do Poder Judiciário, vislumbra-se que a justiça deve tutelar os direitos fundamentais, a fim de garantir que os mesmos se concretizem. Contudo, essa atribuição não pode justificar demasiada interferência nas funções de outros Poderes, tampouco pode esta atuação prejudicar direitos de mesma hierarquia de outros indivíduos.

Destarte, com o objetivo de uniformizar e harmonizar as decisões judiciais no que tange às demandas sobre tratamentos de saúde, tendo em vista o crescente número de processos sobre a temática desse direito social, surgem precedentes firmados nos Tribunais Superiores, a fim de guiar os demais magistrados e tribunais na análise da questão.

Pode-se dividir as demandas relacionadas ao direito à saúde em três casos principais, a fim de melhor examinar os posicionamentos e orientações, sobretudo no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos. Cumpre salientar que os tratamentos e fármacos em fase experimental não são considerados na referida análise, haja vista o entendimento jurisprudencial consoante de que não é devido a concessão judicial nesse cenário.

No primeiro deles, existe uma política pública regulamentada garantindo aquele tratamento requerido, porém há uma falha em sua execução. É o caso de demandas judiciais por medicamentos pertencentes às listas oficiais de fornecimento de fármacos de algum dos entes federativos que, apesar disso, não estão sendo disponibilizados aos indivíduos que necessitam, por falta no estoque.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988.

Há uma evidente falha do Poder Público ao não distribuir o tratamento, razão pela qual é assentado na doutrina e na jurisprudência que cabe a intervenção do Judiciário para determinar o cumprimento dos normativos legais e infralegais, em típica função jurisdicional, sem ultrapassar o exercício de suas competências institucionais.<sup>41</sup> Não pode o ente federativo se eximir desse ônus sob alegações de reserva do possível ou imprevisão orçamentária, haja vista que essa obrigação foi imposta por ele mesmo, ao introduzir determinada política pública, ora pleiteada.

A segunda hipótese diz respeito a demandas judiciais que envolvem tratamentos não disponibilizados no Sistema Único de Saúde, ou seja, que não fazem parte da política pública de qualquer dos entes federativos. Nesse caso, pode o Poder Público ter se omitido na questão, ao não analisar determinada situação fática ou, ainda, já ter uma decisão técnica da Administração Pública negando a incorporação daquele tratamento requerido.

Trata-se de situação em que o Poder Judiciário obrigaria o Poder Executivo a implementar, ao menos para o demandante, uma política pública não prevista em lei ou no orçamento do ente. Os desafios dessa questão, relacionados sobretudo a capacidade da instituição judiciária e a sua legitimidade democrática, serão abordados no capítulo seguinte.

Em regra, não deve haver ingerência do Judiciário nesse caso. Contudo, em hipóteses excepcionais, como, por exemplo, em caso de demasiada demora na atualização das listas de medicamentos distribuídos pelo SUS, seria possível essa interferência judiciária.

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.657.156<sup>42</sup>, sob o rito dos recursos repetitivos, afetado pelo tema 106 (Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS), fixou tese a respeito, estabelecendo os seguintes requisitos cumulativos para a distribuição de medicamentos não incluídos em políticas públicas: (I) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado, da necessidade do medicamento pleiteado e da ineficácia do fármaco disponibilizado no

---

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 703.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial nº 1.657.156-RJ (2017/0025629-7). Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília (DF). 25 abr. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201700256297](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700256297)>.

Sistema Único de Saúde para o requerente; (II) incapacidade financeira do demandante de arcar com os custos do tratamento médico; (III) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Por fim, o último caso diz respeito a medicamentos sem registro na ANVISA. Cumpre salientar que a ANVISA é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde e integrante do Sistema Único de Saúde, que tem como uma de suas principais funções a análise técnica das novas tecnologias e das alternativas terapêuticas disponíveis no mercado farmacêutico e médico, a fim de controlar a entrada de medicamentos e tratamentos no país, a partir de critérios relacionados à segurança e à eficácia.

A ausência de registro nessa agência impede o fornecimento do medicamento pelo Poder Judiciário. Há, todavia, situações que demandam um posicionamento excepcional, com a intervenção judicial, considerando, sobretudo, os casos de mora irrazoável da ANVISA ao analisar a questão. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG<sup>43</sup>, em sede de repercussão geral, considerou mora irrazoável o período superior ao estabelecido no artigo 12 da lei nº 6360/76 (alterado pela lei nº 13411/2017)<sup>44</sup>, que, por sua vez, prevê o prazo máximo de 90 dias para o registro dos medicamentos na ANVISA.

Outrossim, a Corte Suprema, no referido julgamento, estabeleceu três requisitos a fim de limitar a atuação judiciária: (I) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (II) a existência de registro do medicamento em renomadas agências do exterior; (III) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Ademais, considerando que a demanda estará intimamente ligada à ANVISA, agência reguladora federal, determinou o STF que deve figurar no polo passivo dessas lides a União Federal.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718-MG. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília (DF). 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>.

<sup>44</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6360 de 23 de setembro de 1976. Art. 12 § 3º: Ressalvado o disposto nos arts. 17-A, 21 e 24-A, o registro será concedido no prazo máximo de noventa dias, a contar da data de protocolo do requerimento, salvo nos casos de inobservância, por parte do requerente, a esta Lei ou a seus regulamentos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm)>. Acesso em: 29 set. 2019.

Conforme veremos no capítulo a seguir, a saúde pública, assim como qualquer direito social, é um objeto coletivo que demanda análises multifacetadas e globais, a fim de se obter a decisão mais racional e acertada para a população em geral, com intuito de assegurar um acesso integral, universal e igualitário a todos os tipos de tratamento de saúde. O processo judicial, apesar de via indiscutivelmente importante, sobretudo para assegurar o cumprimento das normas infraconstitucionais e infralegais da saúde, por vezes demonstra-se como um espaço inadequado para considerar a complexidade que envolve esse direito fundamental social.

## CAPÍTULO II: A REGULAÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

### II. I. O dever estatal de assegurar o direito à saúde na perspectiva normativa.

Apesar da expansão do fenômeno da judicialização, abordado no capítulo anterior, o papel do Judiciário é, em regra, secundário quando se aborda a promoção da saúde pública no Brasil. O Poder Legislativo e, sobretudo, o Poder Executivo, a partir da distribuição dos serviços de gerenciamento, execução e concretização pelos órgãos internos da Pessoa Jurídica municipal, estadual e federal, possuem local de destaque.

A Constituição Federal define, no artigo 24, XII<sup>45</sup>, que cabe à União Federal, aos estados e ao Distrito Federal legislar, de maneira concorrente, sobre a proteção e a defesa da saúde. Como dita os parágrafos primeiro e segundo do artigo 24, CRFB/88<sup>46</sup>, não se trata de competência irrestrita de todos os entes. A legislação federal estabelecerá as normas gerais, como são, no caso da saúde, as leis nº 8080/90 e nº 8142/90. Os estados e o Distrito Federal complementam essas normas. Por sua vez, a leitura do artigo 30, II permite-nos inferir que os municípios também participam, suplementando, a nível local, as legislações estaduais e federais.

Essa previsão constitucional impõe que o Congresso Nacional, as assembleias legislativas dos estados e as câmaras municipais elaborem normas que ditarão, respeitadas as respectivas circunscrições, como o direito social assegurado na Carta Magna será concretizado, determinando as condições para a proteção, recuperação e tratamento da saúde.

Não obstante, esses dispositivos da Lei Maior também fixam a necessidade de cooperação entre os entes federativos no âmbito da Administração Pública. Serão estes órgãos

---

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

do Executivo que, no dia a dia, vão analisar as situações concretas, regular as normas de maneira mais aprofundada e específica e executar as normas infralegais.

Conforme já clarificado pelo exame dos artigos supracitados, faz-se imperioso uma colaboração entre os municípios, estados, Distrito Federal e União Federal, a fim de que as normas legais e infralegais sejam não somente compatíveis com a Constituição, mas entre si. Para além, é preciso que essas normas se complementem. De nada adiantaria, afinal, se o município do Rio de Janeiro, o estado do Rio de Janeiro e a União Federal se esforçassem, de maneira desagregada, inclusive destinando recursos financeiros, para fornecer o mesmo medicamento essencial para a hipertensão, por exemplo. Não é esta uma política pública inteligente.

Quando a Constituição Federal e o Sistema Único de Saúde, conforme será visto a seguir, evidenciam a necessidade da descentralização dos deveres entre os entes federativos, não se está querendo onerar da mesma maneira todos os níveis de Administração Pública, mas sim buscar, de maneira integrada, uma política pública única, nacional, de saúde, sem, contudo, desprezar as diferenças e os pormenores de cada local do país.

Antes de pensarmos sobre a Administração Pública e a concretização das políticas públicas pela via administrativa, cabe um breve resumo sobre o sistema de saúde público brasileiro, em que pese toda a sua complexidade.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se imperioso que o Legislativo regulamentasse o direito social à saúde e o dever do Estado em fornecê-lo, de forma integral, universal e igualitária (artigo 196 c/c 198, CRFB/88).<sup>47</sup>

Em 1990, a Lei nº 8080 entrou em vigor, dispondo sobre os serviços públicos e privados de saúde, sobretudo concretizando o Sistema Único de Saúde (SUS), já previsto na Carta Magna. A lei nº 8142, do mesmo ano, consolidou a participação popular no SUS e estabeleceu dois órgãos: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. O primeiro deles é transitório, o segundo permanente, e ambos têm entre suas finalidades a proposta de diretrizes

---

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

e estratégias para a execução da política de saúde, contando com cidadãos nas suas composições.<sup>48</sup> Há, por fim, outras leis mais específicas e, também, portarias regulando esse direito.

A participação comunitária, acentuada na lei nº 8142/90, é um dos princípios do sistema de saúde brasileiro. A promoção da saúde de maneira universal, equitativa, integral, gratuita, descentralizada e com ênfase na prevenção são outros princípios norteadores do SUS, conforme dispõe a lei.<sup>49</sup> É partir dessas premissas que se desenvolvem as ações e serviços de saúde, prestados pelas administrações direta ou indireta, federal, estaduais e municipais, a fim de concretizar a proteção constitucional.

## II.II. A regulação infralegal do Sistema Único de Saúde.

Cabe salientar que o SUS não somente promove políticas públicas relacionadas à aceção direta de saúde, isto é, o fornecimento de uma medicação ou um procedimento

---

<sup>48</sup> BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 8142/1990, Art. 1º: O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em 26 nov. 2019.

<sup>49</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8080/1990, art 7. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 01 out. 2019.

cirúrgico necessário para o controle ou cura de uma doença. O sistema interage em todos os campos da saúde, inclusive nas questões sanitárias, epidemiológicas e de saúde do trabalhador, aproximando-se do conceito de saúde da OMS. Esse é, afinal, um dos sentidos do princípio da integralidade.

Ainda na abordagem da integralidade da assistência, destaca-se que os núcleos de atendimento do SUS dividem-se em: atenção primária, onde se inclui os postos de saúde, com assistência de baixa complexidade; atenção secundária, com serviços especializados e procedimentos de média complexidade; e, por fim, atenção terciária, que reúne questões com necessidade de elevada especialização, tecnologia ou custo. É nesta última que tratamentos oncológicos, cirurgias reparadoras, bariátricas, reprodução assistida, fornecimento de medicamentos excepcionais, entre outros procedimentos de alta complexidade, são realizados.

Cumprir pontuar especificamente como a assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde é regulada e executada, já que trata-se de uma das principais políticas públicas relacionadas ao direito à saúde. Somente em 1998, por meio da Portaria GM/MS nº 3916, o Ministério da Saúde estabeleceu a “Política Nacional de Medicamentos”,<sup>50</sup> que define as diretrizes, prioridades e responsabilidades dos entes federativos no setor da saúde, a fim de promover o acesso e o uso racional da população brasileira aos medicamentos.

Atualmente, são três os principais programas relacionados à assistência farmacêutica. O primeiro deles é o Programa de Atenção Básica, também chamado Programa de Medicamentos Essenciais, que assegura a distribuição dos fármacos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. O Ministério da Saúde determina lista de insumos mínimos que devem ser fornecidos à população, a denominada Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), enquanto os estados e municípios podem, ao estabelecer suas próprias listas, complementar com outros itens, conforme julguem necessário pelas particularidades de cada região. Exemplos clássicos são os remédios de uso contínuo para diabetes e hipertensão.

O financiamento do programa é repartido entre os três níveis federativos, mas a União Federal não executa a política diretamente, somente repassando os recursos para os demais

---

<sup>50</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 3916/1998. Disponível em: <[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 23 set. 2019.

entes. Por fim, a aquisição e distribuição desses medicamentos pode ser realizadas somente pelos municípios ou repartidas entre estados e municípios, sendo, em ambos os casos, os últimos responsáveis pelo fornecimento à comunidade local, através das unidades básicas de saúde.

Quanto ao RENAME, convém salientar que somente os medicamentos registrados na ANVISA podem ser incluídos nessa lista. Para além disso, o Poder Público analisa a segurança, a qualidade e a eficácia dos insumos a fim de selecionar os medicamentos a serem padronizados. Assim, segundo Mariano e Maia (2018),<sup>51</sup> pressupõe-se que somente os medicamentos, dentre os disponíveis no mercado, que tem a melhor resposta terapêutica, serão fornecidos pelo SUS.

Somente o usuário do Sistema Único de Saúde, com laudo médico indicando o fármaco para tratamento de patologia prevista nos protocolos clínicos, poderá ter acesso aos medicamentos listados no RENAME.

O Programa de Medicamentos estratégicos, por sua vez, destina-se a atender patologias que põem em risco a população em geral, sendo estratégico o controle a partir do tratamento de seus portadores. São doenças como tuberculose, HIV/AIDS, meningite, cólera, malária, entre outras. Outrossim, está incluindo nesse eixo o Programa Nacional de Imunizações, que fornece vacinas e soros.

Cabe à União Federal, a partir do Ministério da Saúde, o financiamento e a aquisição desses medicamentos, que serão distribuídos pelos municípios.

Por fim, o Programa de Medicamentos Especializados, também denominado Programa de Dispensação Excepcional, diz respeito ao fornecimento de fármacos para doenças que atingem um número limitado de indivíduos, que geralmente necessitam de tratamento por prolongado período. Insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, hepatite viral, epilepsia, fibrose cística, são algumas das patologias incluídas nesse programa.

---

<sup>51</sup> MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Op. cit., p. 401.

Estruturado pela Portaria GM/MS nº 2981/2009, tem como parâmetro os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas definidos pela Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde. Os estados podem complementar o programa a partir da elaboração de protocolos para outras doenças ou novos medicamentos.

De acordo com a divisão em grupos de medicamentos, estabelecida em supracitada portaria, os recursos utilizados por esse programa podem vir exclusivamente da União Federal (quando representam relevante impacto financeiro), exclusivamente dos estados ou, ainda, de todos os entes federativos, sendo a aquisição e distribuição, nesse caso, de responsabilidade municipal. Nas duas primeiras hipóteses, por sua vez, a responsabilidade quanto à aquisição e à distribuição é dos estados.

Reputa-se imperioso abordar especificamente os medicamentos oncológicos, que não são englobados em nenhum dos três programas anteriormente elucidados. A Política Nacional de Atenção Oncológica, regulada pela Portaria GM/MS nº 2439/2005, pretende, em máxima aplicação ao princípio da integralidade do SUS, que o tratamento dos cânceres envolva assistência ambulatorial, hospitalar e farmacêutica, em atendimento completo. Por esta razão, quaisquer insumos utilizados são disponibilizados dentro dessa lógica de tratamento, a partir dos centros especializados vinculados ao SUS e cadastrados pelo Ministério da Saúde (Unacons, Cacons e Cracons), que também adquirem esses fármacos.

### II.III. A descentralização administrativa *versus* a solidariedade jurisdicional.

Após essa breve exposição, vislumbra-se que o principal ente a executar as ações de saúde, sobretudo quando referentes à dispensação de medicamentos essenciais, é o município, mais próximo da população. Contudo, como já esclarecido, a responsabilidade constitucional é concorrente e, portanto, as ações são coordenadas e integradas. Assim, a gestão estadual tem a função de organizar a assistência médica e farmacêutica dentro de sua região, enquanto a União Federal é responsável por ordenar todo o sistema, estabelecendo diretrizes gerais e, também, providenciando os recursos necessários para a manutenção do SUS.

Sob essa perspectiva, demonstra-se imprescindível destacar que essa coordenação entre os entes federativos, por vezes, não é obedecida em âmbito judiciário, já que se verifica ações

judiciais requerendo medicamentos e tratamentos a entes federativos que, segundo as orientações administrativas, não seriam responsáveis, diretamente, por aqueles serviços de saúde.

O entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal de que a responsabilidade, entre os entes, em processos judiciais, é solidária, e o desconhecimento, pelos atores judiciais, da estruturação do Sistema Único de Saúde, conduz a decisões judiciais obrigando os municípios, os estados ou a União Federal a fornecer determinado insumo que não integra sua atribuição.

Nesse sentido, Messeder, Castro e Luiza (2005, p. 531)<sup>52</sup> constataram, em pesquisa em ações judiciais relativas à saúde, entre 1991 e 2002, em face do Estado do Rio de Janeiro, que muitos medicamentos requeridos eram, na realidade, de incumbência de outro ente federativo.

*In verbis:*

Dos 16 medicamentos mais solicitados (Tabela 2), apenas 6 (Sulfassalazina, Mesalazina, Cloridrato de sevelamer, Acetato de ciproterona, Acetato de goserelina e Olanzapina) são medicamentos excepcionais, de competência de dispensação pelo Estado do Rio de Janeiro, dependendo da condição indicada pelo Ministério da Saúde. Os medicamentos Indinavir, Zidovudina, Estavudina, Saquinavir e Didanosina são medicamentos incluídos no Consenso Terapêutico do Programa Nacional de DST/ AIDS, adquiridos pelo governo federal, cabendo ao município de domicílio dos autores sua dispensação. Os medicamentos Captopril, Sulfametoxazol + e Trimetropina, Furosemida e Espironolactona fazem parte do elenco estadual do Programa de Assistência Farmacêutica Básica, também cabendo ao município de domicílio dos autores a sua dispensação. Percebe-se, assim, que grande parte dos pleitos deveria estar sendo encaminhada para os municípios e não para o Estado. Este proceder implicaria também uma maior responsabilização das autoridades sanitárias dos municípios, intimadas a cumprir a lei.<sup>53</sup>

Embora os dados acima digam respeito há aproximadamente duas décadas, o problema de mau direcionamento da ação judicial e do cumprimento da decisão persiste, conforme depreende-se da notícia do Jornal Globo.<sup>54</sup> Esse veículo informativo divulgou, em maio de 2019, que os governadores de onze estados se reuniram com o presidente do Supremo

---

<sup>52</sup> MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Op. cit., p. 531.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> BARBIÉRI, Luiz Felipe. Governadores vão ao STF para reclamar de gastos com fornecimento de medicamentos. **Globo.com**, Brasília, 09 mai. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/019/05/09/governadores-vaao-stf-para-reclamar-de-gastos-com-fornecimento-de-medicamentos.html>>. Acesso em 14 set. 2019.

Tribunal Federal para discutir soluções a respeito da responsabilidade solidária dos entes federativos quando se trata de pleitos relacionados ao direito à saúde. Sustentam os Chefes do Executivo estadual que, nas ações judiciais, os estados da federação são os mais afetados, já que, de forma geral, recairiam sobre os mesmos o dever de fornecer os tratamentos demandados.

Para além disso, é preciso notar que, quando no âmbito administrativo, as ações do SUS não se completam no mero acesso ao medicamento. Conforme essa síntese das regulações permite-nos verificar, cabe ao Poder Público assegurar que o medicamento seja usado de forma racional e segura, a partir de ações de pesquisa, desenvolvimento e seleção dos fármacos considerados indispensáveis às necessidades da comunidade, avaliando e acompanhando o paciente na situação concreta.

III. IV. A Administração Pública enquanto “operadora” da Constituição Federal vigente: o Constitucionalismo Administrativo.

A concretização do direito fundamental à saúde, portanto, não decorre exclusivamente da ação dos Poderes Judiciário e Legislativo. Ao contrário, majoritariamente é a Administração Pública que irá materializar, ao executar as políticas públicas, o direito aqui refletido. Talvez, exatamente por ser a maior estrutura a efetivar os direitos sociais, também seja a maior a desrespeitá-los.

É nessa esfera que os direitos, até então dispostos na Constituição e nas leis de forma abstrata, geral, impalpável, metafísica, irão ganhar concretude. São a partir das portarias da Administração Pública que os cidadãos, sobretudo os mais carentes, ao chegarem a um posto de saúde, podem ter sua consulta com o médico e, após, receber o medicamento necessário para o seu tratamento.

Isto posto, nota-se que é “no cotidiano da Administração Pública que surgem as questões constitucionais” (BAPTISTA, CAPECCHI, 2016, p. 1942).<sup>55</sup> Logo, para o projeto

---

<sup>55</sup> BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, pp. 1938-1960, 2016, p. 1942. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>> Acesso em: 23 set. 2019.

constitucional se concretizar, é imperioso a atuação dessa esfera governamental, que tem em seu direito administrativo a ferramenta para realizar as aspirações constitucionais. Se, portanto, ela não está comprometida, em suas condutas, a consolidar o direito à saúde, a partir da implementação de políticas públicas estratégicas, então as normas constitucionais não irão sobrepujar sua característica abstratividade.<sup>56</sup>

Nem mesmo adotando-se o posicionamento de que os direitos fundamentais sociais são autoaplicáveis, de acordo artigo 5º, parágrafo 1º, da CRFB/88, pode-se afastar a essencialidade da Administração, pois, conforme já exposto, a judicialização da saúde não é capaz de solucionar o problema coletivo da saúde pública, resolvendo sobretudo casos isolados. E, portanto, se as políticas públicas da saúde não são bem executadas e aprimoradas, a fim de garantir esse direito social, então a própria norma constitucional que dispõe sobre o assunto falha em promover sua concretude.

É o direito produzido por esses órgãos do Poder Executivo, qual seja, as normas infralegais que regulam de maneira profunda e técnica alguma questão específica, o maior influenciador (e, possivelmente, mais relevante) no dia a dia dos cidadãos<sup>57</sup>, a despeito da importância das leis genéricas produzidas pelo Legislativo ou das decisões majoritariamente individuais do Poder Judiciário.

Por conseguinte, entende-se que esse agente administrativo possui um relativo grau de autonomia, devendo, todavia, não somente ter suas decisões editadas conforme as normas legais e constitucionais, mas também embasadas em estudos técnicos e científicos.

Dessa concepção, auferese a existência de uma relação simbiótica, de interdependência, no sentido de que a mesma Administração que cria as normas infralegais que concretizam os direitos sociais consagrados na Lei Maior, busca a legitimidade, a legalidade e a conformidade de seus atos na Carta Magna, de acordo com o postulado da supremacia da Constituição, que estabelece a superioridade das normas constitucionais em relação ao remanescente ordenamento jurídico, submetendo a validade das normas

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 1941.

<sup>57</sup> GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. In comparative administrative law. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, p. 117-126, 2010.

infraconstitucionais e infralegais ao grau de compatibilidade das mesmas com a Constituição.<sup>58</sup>

Para além disso, é preciso refletir a profundidade dessa interdependência, tendo em vista que o agente administrativo (*lato sensu*), ao instituir regras a fim de concretizar à saúde pública, assim como outros direitos sociais, necessariamente (re)interpreta a Constituição Federal, constantemente a resignificando. A isso irá se nomear “constitucionalismo administrativo”.

Atualmente, o direito constitucional é a todo o momento redefinido pela interpretação e aplicação das normas constitucionais pela Administração Pública. O constitucionalismo administrativo refere-se a essas interações entre os agentes administrativos e as normas constitucionais, quando as regulamentam e as implementam, na medida em que atribuem a elas novos sentidos.<sup>59</sup>

A Constituição de 1988 tem como papel indicar os princípios e objetivos básicos da República Brasileira, estruturando os poderes e assentando direitos fundamentais. Não cabe a ela, portanto, aprofundar-se nessas questões, tampouco lidar com as situações concretas da comunidade, o que é de domínio da Administração Pública.

Nesse sentido, considerando a necessidade de compor um desenho institucional e uma estrutura para executar aqueles objetivos constitucionais, apura-se o constitucionalismo administrativo como ferramenta para tal. Esse fenômeno ocorre ainda que inconscientemente, todavia se torna evidente quando a Administração Pública se depara com questões abertas, estas com algumas possibilidades de interpretação, e, na sua esfera de atuação, definem um significado, uma interpretação estatutária àquela norma.

Nos últimos trinta anos, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a proteção constitucional do indivíduo, observa-se a consolidação do constitucionalismo administrativo como principal mecanismo de elaboração e de implementação do significado

---

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2013, p. 106-107.

<sup>59</sup> ROSS, Bertrall LeNarado. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, v. 95, p. 519-585, 2015, p. 522-523. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=257539>>. Acesso em 23 set. 2019.

da Constituição,<sup>60</sup> capaz, inclusive, de construir um Estado Administrativo. Nesse sentido, cita-se a definição de Metger (2013, p. 1900):

(...) Embora o constitucionalismo administrativo possa ser visto como apenas a aplicação de requisitos constitucionais estabelecidos por agências administrativas, acredito que essa concepção é muito estreita. Na prática, constitucionalismo administrativo também abrange a elaboração de novos entendimentos constitucionais por atores administrativos, bem como a construção (ou constituição) do estado administrativo através de medidas estruturais e substantivas.<sup>61</sup>

A relação entre o campo constitucional e o campo administrativo resta evidente, portanto. Ambos são semelhantes entre si, possuindo como objetivo comum, por exemplo, guiar a relação entre o Estado e o cidadão, a partir da proteção de direitos, a estruturação e a limitação do governo. Contudo, importante salientar as diferenças entre eles, supramencionadas brevemente, que propiciam a complementação entre esses direitos e suas normas.

O bloco de constitucionalidade, tendo como símbolo a Constituição Federal, limita o poder do governo, compõe as instituições e assegura direitos fundamentais. Sob as normas gerais e abstratas que estabelece, os princípios de supremacia da Constituição e da rigidez constitucional impõem suas modificações de maneira mais dificultosa.

A Administração Pública, por sua vez, produz regulamentos concretos e específicos, que podem ser mais facilmente alterados, conforme as mudanças sociais, que, ressalte-se, as agências estatais estão mais conectadas. Nesse sentido, destaca-se:

Em contraste com os tribunais, as agências atualizam o significado constitucional principalmente alterando suas aplicações dos princípios constitucionais. As agências são capazes de atualizar os pedidos constitucionais com mais rapidez do que os tribunais e estão mais conectadas ao sentimento do público e às configurações sociais em evolução. Muitas vezes, os pedidos constitucionais das agências divergem dos pedidos da Corte. Quando esses dois conjuntos de aplicações constitucionais coexistem, um processo de experimentação constitucional pode ocorrer. (ROSS, 2015, p. 525).<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> METZGER, Gillian E., Administrative Constitutionalism. *Texas Law Review*, v. 91, p. 1897-1935, jun. 2013; p. 1900. Disponível em: <<http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Metzger.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> ROSS, Bertrall LeNarado. Op. cit., p. 525.

Este ponto é, inclusive, favorável à precedência da atuação da Administração Pública na concretização do direito social à saúde em relação à judicialização das causas. Isso porque esses órgãos administrativos podem mais facilmente atualizar e adaptar a Constituição, a partir da reinterpretação e do resignificado das normas constitucionais, mudando o modo de se aplicar esses dispositivos. E, para além disso, é esse setor do Poder Público que está conectado às necessidades do povo e às evoluções no que tange a problemas e tratamentos de saúde.

A título de exemplo, supõe-se que o Brasil tenha estado em uma guerra civil pelos últimos cinco anos. Ao longo desse período, a pesquisa técnica permite ao agente administrativo inferir que há um crescente número de casos de pessoas com membros amputados, por ocasião dos ferimentos causados por bombas. Notando essa situação, a Administração Pública, através da elaboração e da execução de normas infralegais, direciona parte de seus recursos para o atendimento emergencial desses casos e, sobretudo, para a estruturação e a manutenção de centros de reestabelecimento de amputados.

Ainda que a burocracia do país, com a demora no estabelecimento dos programas previstos nessas normas, seja um percalço, provavelmente será mais rápido e mais abrangente que a determinação do Poder Judiciário para concretização do direito social.

Em síntese, verifica-se que a função da Administração Pública é promover a satisfação dos interesses sociais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, tendo como base o ordenamento jurídico pátrio. É nesse âmbito que ocorre a elaboração e a execução das políticas públicas, a partir de estudos científicos e profissionais especializados, que decidem da maneira mais racional (ou seja, maior número de pessoas protegidas pelo menor custo) a alocação de recursos para a prestação de tratamentos de saúde.

## II. V. A integralidade da assistência *versus* a ponderação de direitos envolvidos.

Essa perspectiva globalizada, que analisa não somente o laudo médico do indivíduo, mas o contexto social, observando, por exemplo, os custos e a eficácia dos medicamentos, e a quantidade de usuários do SUS atingidos por aquela enfermidade, é característica ausente no Judiciário, quando este analisa as demandas individuais de saúde. Sob esse viés social, a

Administração Pública realiza, ainda que por obrigação, diante da finitude dos recursos financeiros para a saúde, importante sopesamento, quando em análise do individual a partir da coletividade.

Essa postura, que na prática pode vir a significar a ausência de tratamento essencial para a manutenção da saúde ou da vida de alguns, pode ser vista, a princípio, como absurdo ou mesmo desumano. E, realmente, o próprio magistrado, diante de uma situação concreta de risco de morte por ausência de um medicamento ou cirurgia, terá dificuldade em esgueirar-se dessa ideia.

Contudo, é preciso notar que a própria doutrina e jurisprudência brasileira, ao dissertar sobre os direitos fundamentais em geral, dizem que estes não são absolutos e, para além, que não há, no viés normativo, hierarquia entre eles.<sup>63</sup> Eles são, ainda, limitados uns pelos outros, não podendo um direito ou garantia ser exercido em detrimento dos direitos e garantias de terceiros. Em caso de colisão desses direitos, o que ocorre necessariamente no caso concreto, é imperioso o uso da ponderação, isto é, a análise a fim de aferir qual direito, naquela situação em específico, tem mais importância, devendo se sobressair em relação ao outro.<sup>64</sup>

Tal técnica, de acordo com Alexy (2017, p. 94-99),<sup>65</sup> funda-se no princípio da proporcionalidade/razoabilidade, com objetivo de tornar racional esse definido conflito. O autor divide essa ponderação em três planos. No primeiro deles, deve-se definir a intensidade da intervenção/afetação de um dos princípios. Após, imperioso definir a importância dos direitos fundamentais que justificam aquela intervenção. E, por fim, realizar a ponderação em sentido estrito, analisando no caso concreto se a importância daquele direito fundamental justifica a restrição ou não satisfação do outro.

A Administração Pública utiliza-se dessa técnica a todo o momento, baseando-se em estudos técnicos especializados, durante a elaboração e a execução de portarias e regulamentos. Assim, ao menos em teoria, essas normas infralegais, inclusive as listas de medicamentos distribuídos pelo SUS, se baseiam em pesquisas e observam as necessidades prioritárias da população, os recursos disponíveis, os custos dos tratamentos, insumos,

---

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 239.

<sup>64</sup> Ibid., 236-239.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 94-99.

procedimentos cirúrgicos e fármacos e as suas eficácias, a partir de uma perspectiva comunitária sobre essas questões.

Surge, desse apontamento, uma pergunta, que embasa todo este trabalho. Levando em conta os recursos limitados às políticas públicas de saúde e a perspectiva coletiva, até que ponto não atender uma necessidade de um indivíduo é legal e constitucional? Quando considera-se que o limite da legalidade foi ultrapassado e feriu-se direitos fundamentais como à saúde e à vida, além da dignidade da pessoa humana? Esta resposta não é simples, encontrando inúmeras variáveis e contradições na realidade prática.

Conforme já exposto anteriormente, o SUS tem como princípio a integralidade, com fulcro no artigo 196 da Carta Magna.<sup>66</sup> A partir desse princípio, várias são as interpretações desencadeadas.

Em um primeiro sentido, reputa-se à supramencionada concepção de que o Sistema Único de Saúde age não somente na acepção direta da saúde, mas também em outros campos que indiretamente afetam a saúde da população, como o saneamento ou o ambiente de trabalho.

Para além disso, a integralidade também traz a ideia de um atendimento completo e multidisciplinar, com o acompanhamento das pessoas e de suas patologias durante toda a vida, promovendo a saúde das mesmas a partir de serviços de prevenção, diagnóstico e tratamento. Este é, inclusive, o propósito das clínicas da família, unidades de saúde do município do Rio de Janeiro que realizam atendimento primário em várias especialidades, auxiliando a população regularmente.<sup>67</sup>

Quando em ações judiciais pleiteando tratamentos, medicamentos, consultas e procedimentos cirúrgicos, sob a fundamentação no direito à saúde, a ideia da integralidade enquanto atendimento completo, com ações integradas de prevenção e recuperação, resta violada. Isso porque as decisões do Poder Judiciário, em sua maioria, se limitam a obrigar os

---

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>67</sup> RIO DE JANEIRO. **Secretaria Municipal de Saúde**. Clínicas da Família. Disponível em: <<http://rio.rj.gov.br/web/sms/clinicas-da-familia>>. Acesso em 29 set. 2019.

entes federativos a fornecer o requerido pelo demandante. Por conseguinte, o SUS acaba se tornando um mero distribuidor do tratamento pleiteado, preterindo-se a importância da assistência médica completa.

Não obstante, sob outro contexto, a integralidade assegurada nas normas constitucionais e legais é utilizada, pelos atores da justiça, como argumento de que, sendo o direito à saúde integral, o indivíduo pode requerer qualquer tratamento, independentemente dos custos, da eficácia ou das alternativas disponibilizadas pelo Poder Público.

É preciso notar, contudo, que este parâmetro não pode ser interpretado desta maneira, haja vista a necessidade de se considerar outras questões, como universalidade e a finitude dos recursos financeiros. Outrossim, um número excessivo de procedimentos diagnósticos e terapêuticos, sem congruência ou necessidade, pode ocasionar efeitos colaterais nos pacientes. Por esta razão, Carvalho (2005, p. 102-103) aponta que a integralidade a ser protegida deve ser racional, vinculada a princípios científicos e a medicina baseada em evidências:

Defendemos que não se pode praticar integralidade de medicamentos, sem se discutir a desmedicalização das pessoas em quantidade e qualidade. Sem a segurança e eficácia dos produtos. Não se pode praticar a integralidade dos exames, sem discutir que exames fazer, para que agravos prescrevê-los. Não se pode praticar a integralidade da hospitalização, da internação em UTIs, sem antes discutir quais agravos precisam de UTI e de internações. Não se pode encaminhar para especialistas e outros profissionais de saúde, sem antes discutir o que deve ser encaminhado, para complementação diagnóstica ou terapêutica. Não se pode passar todos os cidadãos sempre e quase exclusivamente por consulta médica, sem definir quais condutas e procedimentos dependem exclusivamente do profissional médico e os que não só podem, como devem ser encaminhados a outros profissionais. (CARVALHO, 2005, p. 102-103).<sup>68</sup>

Outro ponto importante diz respeito aos recursos financeiros gastos na judicialização da saúde. Para além do problema de imprevisibilidade de gastos da Administração Pública no Judiciário nessas demandas, com verdadeiros rombos no orçamento desta política pública, a via administrativa é mais barata e, no contexto brasileiro de subfinanciamento dos sucessivos governos na saúde,<sup>69</sup> este fato torna-se relevante para demonstrar a importância da Administração Pública enquanto maior concretizadora desse direito.

---

<sup>68</sup> CARVALHO, Gilson. Op. cit., p. 102-103.

<sup>69</sup> MACEDO, Luis. Ministro da Saúde diz que subfinanciamento é principal problema do SUS. **Câmara dos Deputados**. 25 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/468250-MINISTRO-DA-SAUDE-DIZ-QUE-SUBFINANCIAMENTO-E-PRINCIPAL-PROBLEMA-DO-SUS>>. Acesso em: 19 set. 2019.

Isso por dois motivos, que são mais facilmente observados em casos de insumos e medicamentos. Primeiramente, quando a demanda é judicial, a condenação, seja em liminar, seja em sentença definitiva, acompanha um prazo a se cumprir aquela decisão, sob pena de multa. Esse prazo é, claro, extremamente relevante, haja vista que lida-se com situações de risco de vida ou dano irreversível à saúde. Para além, é de suma importância, também, porque obriga os entes federativos a se organizarem e agirem o mais rápido possível. Ressalta-se, contudo, que o desrespeito a esse limite temporal é comum, conforme se vislumbra do acontecido em 2018 com os assistidos da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Entre janeiro e maio, das 398 liminares judiciais favoráveis, apenas 27 delas foram cumpridas.<sup>70</sup>

Contudo, independentemente dessas questões, é manifesto que a compra a ser realizada de maneira apressada significa, muitas vezes, o pagamento de preços mais caros. Por outro lado, tratando-se majoritariamente de ações individuais, a compra desses insumos requeridos pela parte é realizada de maneira particularizada, isto é, em poucas quantidades, embora a compra em maior escala possa significar parcerias e descontos.

Nesse sentido, ressalta-se pesquisa já mencionada no capítulo anterior, que demonstrou que, no ano de 2006, a Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES-SP) gastou, em âmbito judicial, aproximadamente 18 mil reais por paciente, já que utilizou 65 milhões de reais para 3600 pessoas. Por sua vez, administrativamente, na dispensação de medicamentos, investiu 838 milhões de reais e atendeu 380 mil pessoas, correspondendo a uma despesa de 2,2 mil reais para cada indivíduo.<sup>71</sup>

II. VI. A capacidade institucional do Poder Judiciário e da Administração Pública em relação ao direito à saúde.

Disto, retira-se que a padronização dos medicamentos e tratamentos disponibilizados e a descentralização das responsabilidades, com a atribuição de cada instância de governo, respeitados os exames de custo/benefício e eficiência, torna mais racional a aquisição de

---

<sup>70</sup> GRAMACHO, Daniel. Descumprimento de ordem judicial na área de saúde causam transtornos aos assistidos da DPE/BA. **Defensoria Pública da Bahia**. 18 jul. 2018. Disponível em: <<http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/descumprimento-de-ordem-judicial-na-area-de-saude-causam-transtornos-aos-assistidos-da-dpeba>>. Acesso em: 19 set. 2019.

<sup>71</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. Op. cit., p. 106.

medicamentos, insumos, equipamentos para exames, além de possibilitar uma maior e melhor cobertura à saúde da população.

Ademais, faz-se imperioso lembrar que o magistrado, enquanto bacharel em direito, não necessariamente é conhecedor da medicina. Ainda que seja essencial como documento comprobatório um laudo médico indicando o tratamento e, por vezes, realizam-se perícias técnicas, a verdade é que é a Administração Pública a estruturada, a partir de seu pessoal especializado, com a avaliação de diferentes especialidades médicas e os estudos técnicos laboratoriais, a apreciar a eficácia do tratamento requerido e, ainda, se é adequada a utilização deste naquele paciente.

Destarte, vislumbra-se que, para a inclusão de medicamento ou tratamento na política pública de saúde, o Poder Público, antes de implementá-lo através de normas infralegais, realiza análises técnicas na área médica, farmacêutica e econômica, a fim de selecionar os fármacos a serem integrados no Sistema Único de Saúde, com fulcro na qualidade, na eficácia e no custos dos mesmos. Após, regula a ação estatal, estabelecendo um sistema de financiamento, abastecimento e distribuição dos insumos.

Sob esse contexto, um dos argumentos contra a crescente judicialização da saúde refere-se à capacidade institucional. Nesse sentido, embora o Poder Judiciário possa oferecer solução para as questões relacionadas ao direito à saúde, não é entendido, nessa perspectiva, como a melhor instituição para apreciar esses problemas, por seus recursos e limitações, em comparação à Administração Pública. Isso por duas razões principais: a necessidade do conhecimento técnico e as discricionariedades da escolha política.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 estabeleceu um desenho institucional ao garantir a separação entre os três poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo)<sup>72</sup> e distribuir as competências e atribuições dos mesmos, assegurando, ainda, condições específicas para uma atuação competente desses. Por conseguinte, cada instituição possui um aparato normativo e administrativo diferente, adaptado às suas funções constitucionais.

---

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 2º.

A capacidade institucional, por sua vez, conforme dissertam Arguelhes e Leal (2011)<sup>73</sup>, diz respeito a comparar as ferramentas e aptidões dos diferentes poderes e instituições, para decidir, naquelas situações de incerteza (em que a lei não clarifica a competência exclusiva de um órgão), qual delas reúne as melhores condições para apresentar respostas mais racionais, coerentes e fidedignas à realidade.

Por óbvio, é preciso haver uma margem de dúvida a respeito de quem pode oferecer as mais acertadas soluções. Quando se atrai tal conceituação para a judicialização de direitos sociais, está-se diante da discussão sobre os limites do controle judicial em relação às decisões políticas, isto é, quando podem os juízes e tribunais, a partir da avaliação de suas capacidades estruturais e institucionais, substituir os poderes Legislativo e Executivo, com uma decisão mais adequada a promoção dos objetivos constitucionais.

Faz-se imperioso, contudo, apontar consideração apresentada por Arguelhes e Leal (2011, p. 22)<sup>74</sup>:

A principal consequência desse pressuposto é a impossibilidade de se afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devem ser sempre tratados por certas instituições porque elas reúnem necessariamente as melhores condições para formular respostas apropriadas para eles. Por isso, tentativas de determinar, por meio de distinções puramente conceituais e clivagens teóricas, um conjunto de temas que tem, em todos os mundos possíveis, natureza exclusivamente legislativa (ou exclusivamente judicial) são incompatíveis com a perspectiva subjacente ao método orientado nas capacidades efetivas de diferentes instituições.

Isto posto, retira-se que não basta alegar a incapacidade institucional com fulcro tão somente na ideia de que as políticas públicas da saúde são questões políticas e, portanto, imunes a ingerência do Judiciário. Deve-se, em realidade, analisar, a partir das diversas hipóteses de atrito, essas aptidões institucionais.

II. VII. Entre a regulação e a execução, a realidade.

II. VII. I. A legitimidade democrática da Administração Pública e o subfinanciamento endêmico da saúde.

---

<sup>73</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Op. cit.

<sup>74</sup> Ibid., p. 22.

Muito do aqui exposto, todavia, encontra obstáculos para se concretizar na realidade atual. Por mais que a Carta Magna brasileira preveja um extenso rol de direitos, dentre eles o direito à saúde, à integridade física e psíquica e à vida, a realidade não a reproduz. A Administração Pública, cuja função é concretizar as promessas constitucionais, esbarra em percalços diários, que afetam diretamente os direitos fundamentais e a cidadania dos indivíduos.<sup>75</sup>

Seja por mau uso dos recursos públicos, ou desvio destes, seja pelo subfinanciamento e pelas crises financeiras, os problemas da saúde pública no Brasil, simbolizados pelos óbices enfrentados no SUS, a serem abordados a seguir, impedem a concretização do direito fundamental social objeto deste estudo e, conseqüentemente, fomentam, também, o próprio fenômeno da judicialização da saúde.

Primeiramente, cumpre informar que a legitimidade da Administração Pública advém das leis e da Constituição da República. Essas normas, gerais e abstratas, permitem suas reinterpretações e as adaptações por parte dos agentes administrativos, o que pode gerar insegurança jurídica e abrir margem para decisões teratológicas e distorcidas em comparação aos mandamentos legais.

Assim, não é suficiente que suas condutas sejam fundamentadas nessas normas, nos limites de suas atribuições. Elas só serão válidas se não atingirem direitos fundamentais, pois o direito administrativo também está submetido a eles. Se isso for desrespeitado, cabe o controle do Poder Judiciário, de acordo com o “*check and balance system*”. Quando, por sua vez, são omissos, se faz igualmente imperioso esse controle.

Nesse sentido, a alegação de que a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário o impede, independentemente da situação concreta, de analisar demanda de saúde, sob fundamento no princípio da separação dos poderes, não se sustenta.

Contudo, tal argumentação conquista importância quando se aprofunda na questão. Isso porque a concretização de direitos sociais requer a elaboração e a execução de políticas

---

<sup>75</sup> BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Op. cit., p. 1948-1949.

públicas que, por sua vez, são construídas a partir dos planos e metas do governo eleito para os cargos de Prefeito, Governador e Presidente. Por conseguinte, estão essas escolhas políticas envoltas do processo democrático, já que os cidadãos, ao votarem, elegem um programa, o do candidato eleito, que prevê a alocação de recursos e as prioridades, a serem efetivados.

Terrazas (2011, p. 88) indaga, portanto, relevante questão sobre o assunto, que poderia legitimar a conduta do Judiciário em ações relacionadas à saúde:

Tratando agora da objeção material, algo que deve ser questionado é se os direitos sociais, à medida que envolvem alocação de recursos escassos e escolha de prioridades, são realmente “questões de política” e, portanto, de competência exclusiva dos poderes políticos ou se, não obstante tais peculiaridades, são questões de direito e devem desse modo estar sujeitas a controle judicial.<sup>76</sup>

Típico exemplo de omissão do Poder Público, em que cabe a atuação do Judiciário, conforme explicitado no capítulo anterior, é a não distribuição de um medicamento à população, mesmo quando há laudo médico e estão estes necessitados amparados não somente pela Lei Maior e pelas leis relacionadas à saúde, mas também pelas portarias e regulamentos da Administração Pública. Nesse sentido, a alegação de que o determinado fármaco está em falta não é e não pode ser suficiente para que os entes federativos se eximam do dever de prestar esse atendimento.

O discurso nas campanhas de prefeitos, governadores e presidentes sobre o foco e o investimento nas políticas públicas de saúde não refletem a realidade. Desde 1988, os governos federais vêm subfinanciando a saúde, isto é, aplicando neste ramo recursos insuficientes para manter o sistema.

Em estudo analisando os gastos públicos e privados com saúde no Brasil, na França, na Itália, na Espanha, no Reino Unido e em Portugal, entre 2000 e 2014, observou-se que, em comparação com Estados com sistemas de saúde similares, isto é, universais e públicos, o gasto público com saúde no Brasil é de 3,9% do PIB, enquanto os demais têm como média 8%.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. Op. cit., p. 88.

<sup>77</sup> FIGUEIREDO, Juliana Oliveira; PRADO, Níliá Maria de Brito Lima; MEDINA, Maria Guadalupe; PAIM, Jairnilson Silva. Gastos público e privado com saúde no Brasil e países selecionados. **Revista Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 37-47, out., 2018, p. 42. Disponível em: <<http://revista.saudeemdebate.org.br/sed/issue/view/17/v.%2042%2C%20n.%20especial%202>>. Acesso em: 19 set. 2019.

As perspectivas futuras tampouco são melhores, haja vista a PEC 241, conhecida como PEC do teto dos gastos públicos, aprovada como Emenda Constitucional nº 95/2016, que prevê um congelamento por vinte anos dos gastos do governo federal, com cifras corrigidas pela inflação. Especialistas afirmam que diversas áreas, que historicamente crescem em ritmo acima da inflação, como a saúde, serão afetadas, posto que a Emenda Constitucional restringe as despesas com essas políticas públicas, gerando uma redução do valor do PIB destinado à saúde e, por conseguinte, um prejuízo ao alcance e a qualidade dos serviços fornecidos.<sup>78</sup>

Nesse sentido, destaca-se, ainda:

O País vivencia um período de crise econômica e o foco das discussões, mais uma vez, se concentra no corte e/ou contenção de gastos públicos, especialmente dos gastos sociais, vistos por alguns como descontrolados e causadores do *deficit* público. Na prática, o ajuste fiscal implementado no Brasil pode gerar a redução da participação do Estado na oferta de bens e serviços à população, com a redução dos gastos públicos, o que poderá conduzir a um cenário de redução na participação das pessoas primárias no PIB de cerca de 20% em 2016, para 16% a 12% do PIB, até 2026.<sup>79</sup>

Isto posto, resta manifesto que o subfinanciamento público da saúde impacta diretamente a abrangência das ações de saúde. Todavia, um hipotético aumento de verbas para esse setor social não significa, necessariamente, serviços de maior qualidade, eficiência e igualdade, conforme será visto a seguir.

II. VI. II. A má gestão, a burocracia e o conseqüente desrespeito aos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde.

Como evidenciado anteriormente, a Administração Pública tem papel essencial na concretização dos direitos fundamentais sociais. Ao reconhecer o indivíduo como cidadão detentor de direitos e deveres, a partir dos princípios constitucionais da Administração Pública (artigo 37, CAPUT, CRFB/88)<sup>80</sup>, com fulcro no Estado Democrático de Direito assegurado na

---

<sup>78</sup> ALESSI, Gil. Entenda o que é a PEC 241 (ou 55) e como ela pode afetar sua vida. **El País Brasil**. São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574\\_221053.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574_221053.html)>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>79</sup> FIGUEIREDO, Juliana Oliveira; PRADO, Níliá Maria de Brito Lima; MEDINA, Maria Guadalupe; PAIM, Jairnilson Silva. Op. cit., p. 38.

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 37. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

Carta Magna, se tolera cada vez menos justificações abstratas fundadas nos jargões de supremacia ou indisponibilidade do direito público. Atualmente, os atores administrativos devem se debruçar sobre os casos concretos e utilizar da ponderação antes de decidir.

Todavia, ressalta-se que ainda há um lado oculto e corrupto, onde se privilegia alguns, quando esses mesmos princípios da Administração Pública são desrespeitados. Seja a impessoalidade, ao privilegiar algum conhecido, por exemplo, seja a publicidade, ao não demonstrar o efetivo gasto da totalidade daqueles recursos, o que facilita o mau uso dos mesmos, os desvios ou a corrupção. Um exemplo caricato cabe neste momento: embora seja disposição constitucional a igualdade de acesso às ações de saúde, sem uma abordagem diversa para o mesmo problema, se um governador fosse a um posto de saúde ou a um hospital público, muito provavelmente ele receberia um tratamento diferenciado.

No caso hipotético acima, o princípio da equidade, norteador do SUS, teria sido violado. Isso porque, segundo o SUS, todos devem ser atendidos de acordo com suas necessidades, não privilegiando ou prejudicando ninguém. Assim, o sistema prioriza grupos específicos segundo o critério de risco. Claro, isso não significa deixar de olhar as particularidades de cada um, sobretudo porque, ao se falar de saúde, cada organismo age e reage de maneira diferente aos tratamentos fornecidos. Não obstante, o objetivo é reduzir as diferenças consideradas desnecessárias.

Completamente aplicável o conceito de equidade, isto é, a ideia de que, ao considerar as diversas desigualdades das sociedades modernas, não é suficiente a distribuição homogênea dos direitos, devendo-se considerar as diferenças étnicas, sociais, raciais, locais, de gênero, e outras, entre os indivíduos, que ocasionam diferenciadas necessidades e graus de dependência do Estado.<sup>81</sup>

Quando há uma falha no fornecimento de medicamentos padronizados pelo SUS ou uma demora excessiva para assegurar um exame ou um procedimento cirúrgico para um paciente, verifica-se também o ferimento da equidade.

---

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

<sup>81</sup> BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUZA, Maria Fátima de. Equidade: seus conceitos, significações e implicações para o SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n.1, p. 9-18, 2016, p. 12-13. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/113257/111214>>. Acesso em 19 set. 2019.

Para além disso, como já clarificado neste capítulo, a integralidade tem diferentes acepções. Uma delas consiste na ideia de que as ações de saúde devem abranger as três esferas do direito à saúde, quais sejam, a promoção, a proteção e a recuperação. Assim, cabe ao Sistema Único de Saúde não somente fornecer um medicamento ou realizar uma cirurgia após a constatação da patologia, mas realizar serviços para prevenir a incidência de doenças, seja realizando *check-ups* rotineiros, seja fornecendo informações de cuidados à população.

Uma análise prática do SUS permite-nos inferir que a realidade das políticas públicas da saúde, todavia, não tem foco no viés preventivo, tendendo seus serviços a se reduzirem a cuidar e tentar curar as doenças, ao invés de tentar preveni-las. Com o âmagio na recuperação da saúde, há não somente um descumprimento de um maiores objetivos do SUS, que é impedir que as pessoas adoeçam, mas também uma grave consequência econômica. Isso porque investir nas ações de prevenção é menos custoso ao Estado do que o investimento nos serviços de tratamento dos indivíduos já doentes.

É preciso também apontar as dificuldades da Administração Pública quanto aos seus estudos e pesquisas a respeito da saúde. De fato, é esse setor do Poder Público que tem órgãos técnicos capazes de assessorá-los, que avaliam, para a elaboração de listas de medicamentos, portarias e regulamentos, a partir dos recursos disponíveis e de uma visão global, as necessidades prioritárias da população, a finalidade e a eficácia dos tratamentos.

Contudo, para este processo ocorrer, é necessário o uso intensivo de tecnologia e o Brasil é reconhecidamente um país dependente tecnologicamente, sujeito, portanto, às pesquisas internacionais e aos insumos e medicamentos estrangeiros. Por conseguinte, os custos despendidos com esses equipamentos e fármacos exportados são maiores.

Manifesta, portanto, a importância da pesquisa científica para o aprimoramento das políticas públicas relativas à saúde, inclusive para a diminuição dos gastos com esse setor. Convém apontar o levantamento realizado pelo 2º Censo da Indústria Farmoquímica Nacional, de 2013, que apurou que as fragilidades na área de saúde estão na capacitação tecnológica e produtiva, dentre elas na falta de matéria prima para antibióticos e na ausência

de investimentos para ampliar a produção de fármacos relacionados a doenças cardiovasculares e outras.<sup>82</sup>

O contexto brasileiro atual denota um entendimento tanto do governo federal quanto da sociedade em sentido oposto a essa ideia, já que observa-se a desvalorização da ciência e do pensamento técnico e científico.

Por fim, demonstra-se imperioso mencionar a burocratização no que tange à Administração Pública, sobretudo ilustrada, nos casos de saúde, pela demora na inclusão de fármacos e tratamentos nas listas de medicamentos, portarias e outras regulações infralegais que orientam as políticas públicas relacionadas.

Nesse sentido, em que pese uma nítida evolução desde a redemocratização, a ser demonstrada no capítulo seguinte, a Administração Pública ainda mantém bastantes práticas do regime ditatorial, assumindo, por vezes, um tom autoritário e impositivo, sem participação popular. Ressaltam Baptista e Capecchi (2016, p. 1948) que, para se garantir um Estado Democrático de Direito, “(...) não é suficiente que as estruturas institucionais representem valores democráticos. As práticas administrativas devem estar imbuídas de tais valores, sob o risco de se oferecer uma ‘embalagem democrática esvaziada de conteúdo’ para os cidadãos”.<sup>83</sup>

Para além disso, é preciso notar a lentidão na incorporação, pelo SUS, de avanços médicos. Em pesquisa, constatou-se que, dentre 2002 e 2009, o Poder Público acrescentou somente seis medicamentos na lista de Componente Especializado do SUS. Ademais, entre 2005 e 2009, o número de fármacos nessa lista aumentou somente 5%, enquanto os gastos com decisões judiciais aumentaram 33%.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). Censo da indústria farmoquímica nacional aponta fragilidades na área. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/cento-da-industria-farmoquimica-nacional-aponta-fragilidades-da-area>>. Acesso em: 22 set. 2019.

<sup>83</sup> BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Op. cit., p. 1948.

<sup>84</sup> PEREIRA, Delvechio de Souza. O orçamento público e o processo de judicialização da saúde, 2010. Monografia (Especialização). Curso de Orçamento Público, Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, 2010, p. 25. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-orcamento-publico-e-o-processo-de-judicializacao-da-saude.Htm>>. Acesso: 21 set. 2019.

Tais dados comprovam a interdependência entre a atuação judiciária e a administrativa. Como o Poder Público demora em atualizar os tratamentos por ele ofertados, ou descumpre suas normas na etapa de disponibilização desses, a procura pelo Judiciário aumenta, a fim de se obter o tratamento necessário por via judicial. Por sua vez, o crescente número de ações judiciais referentes à saúde acabam prejudicando a execução das políticas públicas na esfera administrativa, tendo em vista a destinação forçada dos recursos anteriormente destinados a ao SUS.

As listas de medicamentos, especificamente, não são atualizadas periodicamente, apesar da Portaria nº 3916/GM/1998 dispor que o Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização do RENAME.<sup>85</sup> Como exemplo, observa-se que, após a atualização de 2014, essa lista só foi atualizada novamente em 2017.<sup>86</sup>

Para além disso, verifica-se que o fato de determinado medicamento ou insumo constar nas listas municipais, estaduais ou federais de disponibilização não é suficiente para garantir que o indivíduo necessitado irá receber o tratamento devido. Isso porque o acesso aos fármacos ainda é comprometido pela baixa disponibilidade, nas unidades de saúde, do mesmo, o que distancia, ainda mais, a realidade dos princípios da universalidade e igualdade que orientam o SUS.

Em 2016, Pesquisa Nacional sobre Acesso, Utilização e Promoção do Uso Racional de Medicamentos (PNAUM) – Serviços verificou que 21,3% dos municípios brasileiros enfrentaram período de desabastecimento em 2015.<sup>87</sup> Por estas razões, Mariano e Maia (2018, p. 394) concluem que o maior óbice do Sistema Único de Saúde não é a regulamentação das políticas públicas, mas sim a sua efetivação.<sup>88</sup>

Pelo exposto, verifica-se que, embora a Administração Pública seja o setor estatal mais adequado para promover as políticas públicas da saúde, haja vista a disponibilidade de mão-

---

<sup>85</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 3916/GM/1998. 30 out. 1998. 3.1. (...) O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 22 set. 2019.

<sup>86</sup> MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Op. cit., p. 393.

<sup>87</sup> GERLACK, Letícia Farias; et al. Op. cit., p. 6-7.

<sup>88</sup> MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Op. cit., p. 394

de-obra especializada e técnica e a visão globalizada das necessidades da população brasileira, estes órgãos do Poder Executivo não conseguem assegurar de maneira integral, universal e igualitária o direito fundamental social à saúde, encontrando obstáculos na prática diária, relacionados ao pouco recurso disponibilizado, à má gestão, à burocratização excessiva e ao atraso tecnológico.

Após visualizar os problemas trazidos pela judicialização excessiva da saúde e as dificuldades da implementação administrativa de serviços eficientes para concretizar esse direito fundamental, cabe a análise dos pontos positivos de cada uma das esferas e o apontamento de algumas possíveis soluções para os óbices encontrados, priorizando uma perspectiva dialógica e observando os casos bem sucedidos já existentes no Brasil.

### CAPÍTULO III: A PERSPECTIVA DIALÓGICA ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

#### III. I. O fortalecimento do diálogo institucional.

Nos capítulos anteriores do presente trabalho, tanto o Judiciário quanto a Administração Pública foram reconhecidos como importantes meios para concretização do direito fundamental à saúde. Por outro lado, esses mesmos poderes tiveram expostos suas várias imperfeições na efetivação desse direito social, seja por características da própria estrutura do poder, seja por uma má gestão, que acabam por agravar a situação crítica da saúde pública que atualmente é a realidade na maior parte do Brasil.

Atualmente, são muitos os problemas do Sistema Único de Saúde. Dentre os principais, está a falta de leitos e de médicos - e a distribuição desproporcional destes profissionais entre as regiões do Brasil e entre o interior e a capital -, a demora para marcar consultas e, como já comentado no capítulo anterior, a insuficiência de recursos para as políticas de saúde pública.<sup>89</sup>

Por esta razão, crescente a procura do Judiciário a fim de solucionar os problemas de saúde não resolvidos por via administrativa. Essas ações são, sobretudo, individuais, e suas decisões se baseiam majoritariamente em um laudo médico, haja vista o desconhecimento técnico do magistrado sobre as questões relativas à saúde e, também, o insuficiente diálogo entre as esferas de poder e as instituições, para troca de informações e de conhecimento. Por conseguinte, quando julgadas procedentes, esses processos judiciais geram elevados custos, cujos recursos são retirados do financiamento do SUS.

Fato é que não há soluções simples e fáceis para a questão complexa que a saúde é. E, aqui, não se pretende eleger um poder responsável pela concretização desse direito fundamental, abolindo a conduta dos outros poderes no mesmo sentido.

---

<sup>89</sup> SOBRINHO, Wanderley Preite. Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira. UOL, São Paulo. 09 mai. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em 20 set. 2019.

Ao contrário, para além do próprio tema requerer uma atuação conjunta entre os diferentes atores da sociedade – médicos, juízes, agentes administrativos, indústria farmacêutica, cidadãos -, é a própria ideia constitucional de harmonia (artigo 2º, CRFB/88)<sup>90</sup> e de controle entre os poderes, alicerçada pelas hipóteses na Carta Magna de *check and balance system*, que reforçam a necessidade de uma junção de esforços entre o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e outros setores da sociedade, a fim de assegurar, a partir de medidas positivas, o direito aqui discutido.

Por conseguinte, faz-se imperiosa a busca por diálogos institucionais, ou seja, mecanismos que levam à interação e à cooperação equilibrada entre duas ou mais instituições pertencentes a diferentes poderes, no exercício de suas funções, a fim de se alcançar um objetivo comum entre elas, qual seja, o de solucionar controvérsias a respeito de direitos e garantias fundamentais.

Tal instrumento vem se consolidando no Estado Democrático de Direito, que possui como um de seus alicerces o intercâmbio entre as limitações e as potências de cada instituição.<sup>91</sup> Não há, nessa perspectiva, uma supremacia do Poder Judiciário ou da Administração Pública quando da decisão, tampouco a leitura tradicional da separação dos poderes de não interferência nas atribuições constitucionalmente definidas.

Cléve e Lorenzetto (2015, p. 189)<sup>92</sup> dissertam que a prática desse diálogo entre instituições levanta duas questões, relevantes quando tratamos do direito à saúde. A primeira delas é que cada instituição possui características que fortalecem ou inibem a tomada de decisões, o que reafirmaria a necessidade de diálogos entre elas. O outro ponto, segundo os supracitados autores, é a ideia de que as decisões de determinado poder não tem um caráter absolutamente definitivo, podendo ser contestada em outro poder.

---

<sup>90</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>91</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, pp. 183-206, set-dez. 2015, p. 184. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>>. Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 189.

Nesse sentido, vislumbra-se que argumentações a respeito da capacidade institucional ou das competências distribuídas constitucionalmente não podem ser utilizadas para impedir, de forma abstrata, a atuação dos poderes em determinadas hipóteses.

Esses diálogos não levarão, necessariamente, a um consenso. E seu sucesso tampouco está dependente desse acordo. Isso porque o mero ato de afastar o ponto de vista unitário de um dos poderes (que, provavelmente, também é deficitário em algum ponto da temática), já é suficiente para o enriquecimento do debate, tendo em vista a agregação de conhecimentos vindos de diferentes instituições.

Especificamente quanto à saúde, nota-se que o diálogo entre os vários atores sociais permite a melhor compreensão dos óbices e das necessidades populacionais, a fim de se repensar e aprimorar as políticas públicas, aproximando-se, assim, da ideal concretização universal, integral e igualitária da saúde.<sup>93</sup>

### III. II. A participação popular como diretriz a ser cumprida.

Isto posto, evidente que essas perspectivas dialógicas, objetos de estudo desse trabalho, a serem melhor discutidas nesse capítulo, demonstram-se imperiosas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, devendo-se ter como grande alicerce a participação popular.

A Carta Magna de 1988 preceitua, em seu artigo 1º, que vivemos em um Estado Democrático de Direito, cuja titularidade do poder é do povo.<sup>94</sup> Tratando-se de uma democracia indireta, os cidadãos exercem a sua cidadania, que é fundamento da República, segundo artigo 1º, II, CRFB/88<sup>95</sup>, através do voto periódico, universal, secreto e direto de seus

---

<sup>93</sup> SILVA, Alexandre Barbosa da. SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n.2, p. 290-300, 2017, p. 294. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1365/1666](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1365/1666)>. Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>95</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania.

representantes. Contudo, a cidadania não pode se limitar a isso, devendo os Poderes assegurarem a participação do povo de maneira mais direta e incisiva nas questões sociais.

Os indivíduos devem ser, ao mesmo tempo, destinatários e produtores da ordem jurídica. Nesse sentido, a efetivação do direito à saúde, assim como dos demais direitos sociais, não deve advir de uma concessão unilateral do Poder Judiciário, ou de uma conduta arbitrária e paternalista da Administração Pública. Em realidade, a promoção de ações e serviços da saúde pública devem ser promovidos a partir da comunidade e de seus anseios.<sup>96</sup>

Como já exposto, sendo a Administração Pública a mais influente esfera no dia a dia da população, conseqüentemente é o ambiente que mais recebe influxos dessa comunidade, não podendo ignorar o clamor popular, cabendo a ela fornecer respostas e soluções às necessidades apresentadas. O incentivo à participação popular nesse âmbito, a partir da intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão desses órgãos, influenciando as condutas destes, somente aprimorará e legitimará o trabalho dos atores administrativos.

Essa maior participação dos cidadãos nesse setor é, inclusive, tutelada durante todo o texto constitucional. Especificamente sobre a saúde, a previsão está no artigo 198, III, CRFB/88<sup>97</sup> e é essencial para a concretização de uma saúde pública de qualidade. Isso porque trata-se, conforme já exposto, de questão complexa e global, cujo interesse social é imprescindível para entender as necessidades coletivas sobre o tema.

A realidade, todavia, encontra-se distante dessa diretriz constitucional. Em 2015, a Pesquisa Nacional sobre Acesso, Utilização e promoção do Uso Racional de Medicamentos (PNAUM), ao observar os fatores que interferem na consolidação da assistência farmacêutica nos municípios, constatou-se que menos da metade dos entes federativos municipais (cerca de 30%) possuem meios para receber críticas e sugestões dos usuários e dos funcionários trabalhadores sobre a assistência farmacêutica.<sup>98</sup> A ausência de tal ferramenta influi diretamente na participação desses indivíduos, dificultando suas contribuições nas discussões sobre a saúde, em grave violação à gestão participativa, uma das diretrizes do SUS.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Op. cit., p. 130.

<sup>97</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 198.

<sup>98</sup> GERLACK, Letícia Farias; et al. Op. cit., p. 3.

<sup>99</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8080/1990, art 7º, VIII.

Por sua vez, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>100</sup>, em pesquisa datada de 2011, verificou que, em regra, o cidadão comum não conhece o Sistema Único de Saúde, isto é, não sabe ou tem uma concepção errônea de como funciona a atuação da Administração Pública nas políticas públicas da saúde. Como exemplo, observou-se que os serviços públicos prestados pelo SUS são mais bem avaliados pelos entrevistados que tiveram experiência com esses serviços do que pelos que não tiveram qualquer contato com eles.

A falta de publicidade e transparência das ações administrativas que, inclusive, afronta o artigo 37, CAPUT, da CRFB/88<sup>101</sup>, é a primeira barreira para obstaculizar a referida democratização da administração, denominação utilizada por Canotilho<sup>102</sup> para configurar a gestão pública, em sede administrativa, com a participação dos cidadãos, por meio de organizações populares ou de outras formas de representação.

Sem o conhecimento do Sistema Único de Saúde e de seus procedimentos, torna-se impossível que o cidadão participe ativamente na discussão e na implementação de políticas públicas da saúde.

Por outro lado, de maneira simbiótica, esse distanciamento da organização administrativa do SUS somente poderá ser minimizado com a participação popular. Somente o cidadão bem informado é totalmente consciente das acepções de seu direito à saúde e das deficiências da Administração enquanto principal provedora da saúde e pode, portanto, expressar sua opinião quando consultado sobre a condução de políticas públicas, a fim de se garantir uma melhoria para toda a sociedade.

Dessa maneira, nota-se um duplo papel da democratização da administração. O primeiro é possibilitar a maior obtenção de dados públicos por parte dos cidadãos, podendo, inclusive, impedir ou evitar a má-gestão, o desvio de recursos públicos e, ainda, a priorização de interesses escusos, como das indústrias farmacêuticas, em detrimento do interesse coletivo. A segunda missão traz a ideia de que a população pode aprofundar e direcionar o conhecimento

---

<sup>100</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207\\_sipssaude.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2019.

<sup>101</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 37.

<sup>102</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª ed. , 1992, p. 433.

sobre as questões relevantes à sociedade, tornando a atuação do órgão administrativo mais acertada e justa.

Formas públicas de monitoramento, processos de deliberação pública, consultas e audiências públicas, coletas de informações, referendos administrativos são algumas das condutas possíveis para efetivar a democratização da Administração Pública.<sup>103</sup> Longe de limitar as hipóteses de participação popular, frisa-se que a ideia central é focar em uma gestão participativa, em que os cidadãos, diretamente ou não, possam se envolver nas deliberações e votações, garantindo, também, a contribuição dos diferentes atores da sociedade relacionados e engajados na temática da saúde. É nesse sentido que a Lei nº 8142/90<sup>104</sup>, ao estabelecer dois órgãos do SUS de deliberação, assegura a participação de cidadãos em suas composições.

### III. III. As deficiências da Administração Pública e do Poder Judiciário ao lidar com a saúde.

O Sistema Único de Saúde, conforme já relatado no capítulo anterior, representa um avanço, em um contexto de redemocratização, a fim de garantir serviços públicos de saúde a todos e concretizar os dizeres constitucionais. No entanto, a realidade do país permite-nos inferir que a implementação e a efetivação dessas políticas públicas de saúde estão deficientes, por vários motivos, já abordados no presente estudo.

Preliminarmente, salutar ressaltar a complexidade do assunto, que envolve diferentes atores sociais e está em constante evolução, com suas conseqüentes dificuldades, vinculadas a proporcionar, de maneira universal, integral e igualitária, o acesso às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde a todos os brasileiros e estrangeiros. Sob esse ponto, faz-se imperioso que o Estado constantemente repense seu papel e seus objetivos em relação à saúde, com amparo no projeto constitucional, não podendo esquecer-se de justificar suas condutas, indispensável em um Estado Democrático de Direito, em respeito aos princípios da publicidade e da transparência.

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública Democrática e Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito**, Paraná, v. 1, n. 7, p. 139-155, 2007, p. 152. Disponível em: <<http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/722/678>>. Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>104</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8142/1990, Art. 1º.

Enquanto o Poder Judiciário foca no caso concreto, serão os agentes administrativos, através de suas agências especializadas, que terão uma preocupação com o aspecto global das políticas públicas quando na interpretação e na aplicação das normas e dos valores constitucionais. Sob esse aspecto, faz-se necessário a participação popular e o diálogo com as demais instituições, a fim de as decisões tomadas sejam, efetivamente, em prol da concretização da saúde pública equitativa e de qualidade.

Ademais, é preciso que o Governo *lato sensu* invista em pesquisa científica, atualmente alvo de ameaças do próprio Poder Executivo<sup>105</sup>, para descobertas de novos tratamentos para as doenças. Reconhecer sua importância e valorizá-la pode muito provavelmente significar uma maior disponibilização dos fármacos e insumos à população, além de uma diminuição dos recursos direcionados a esses medicamentos, haja vista a produção nacional dos mesmos ou a descoberta por fármaco eficaz menos custoso.

Para além, as pesquisas científicas na área da saúde podem proteger preventivamente a sociedade, com a diminuição ou mesmo a erradicação de determinadas patologias. O tratamento preventivo é, inclusive, uma das diretrizes do SUS, que, no entanto, não recebe a necessária atenção, embora tenha-se conhecimento que, em geral, as ações de prevenção são menos custosas que as ações de recuperação.

A dengue e a Chikungunya, por exemplo, são doenças endêmicas, ocasionadas pelo mesmo mosquito, o *Aedes Aegypti*, acometendo todos os anos milhares de pessoas no país. Supondo que uma das várias pesquisas existentes no Brasil sobre a produção de uma vacina para essas enfermidades seja bem sucedida, sendo esta vacina distribuída nos postos de saúde, primeiramente para os grupos mais vulneráveis e, após, para toda a população brasileira.

Nesse caso, o SUS estaria conduzindo, a partir da pesquisa científica produzida no país, uma ação de proteção à saúde, de forma preventiva, potencialmente diminuindo os futuros gastos com consultas, remédios e internações derivadas dessas doenças. E, ainda, estariam os postos de primeiro atendimento mais vazios para atender com maior qualidade e rapidez pessoas acometidas por outras patologias. Os benefícios são, portanto, manifestos.

---

<sup>105</sup> GRANDELLE, Renato. Dinheiro de pesquisas científicas brasileiras acaba em julho. **O Globo**. 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/dinheiro-de-pesquisas-cientificas-brasileiras-acaba-em-julho-23569008>>. Acesso em: 19 set. 2019.

Outrossim, as decisões administrativas a respeito das políticas públicas de saúde devem estar não somente amparadas pelos estudos técnicos e científicos, mas também próximas aos anseios da sociedade, a fim de assegurar que os problemas levantados e suas conseqüentes soluções estejam em conformidade com as emergências populacionais. E, por isso, mais uma vez, ressalta-se a relevância da democratização administrativa.

Pauta-se essa indispensabilidade de “ouvir” o povo não somente no fato de que apenas resolvendo seus transtornos poder-se-á garantir o direito social à saúde e a dignidade da pessoa humana, princípio norteador da República Brasileira.<sup>106</sup> Mas, também, na ideia de que essa participação popular endossa a própria legitimidade dos órgãos e entidades administrativas ao agir.

Assim, interesses escusos, como os da indústria farmacêutica, não podem prevalecer sobre os interesses sociais gerais, sob perda da fundamentação e da justificação dessas normas administrativas, já que o poder estatal deve nortear suas condutas a partir das percepções das necessidades e dos interesses dos grupos sociais.

Quando a Administração Pública não cumpre com os mandamentos constitucionais, legais e infralegais, o Poder Judiciário torna-se um instrumento de controle da legalidade de suas condutas e, sobretudo, um protetor indispensável dos direitos fundamentais.

Todavia, o que os crescentes números de ações judiciais requerendo medicamentos, insumos, tratamentos, internações, consultas e procedimentos cirúrgicos nos mostram é que, para além de um aparato estatal ineficiente, está-se perpetuando uma sistemática que frequentemente reduz o direito social à saúde a um direito individual, evidenciado no caso em concreto que chega às mãos do magistrado.

Ao se criticar o excesso da judicialização do direito à saúde, o que se pretende é demonstrar que, embora meio hábil e idôneo para demandar ações de proteção e recuperação da saúde, não cabe ao Judiciário, em razão de sua capacidade institucional, em ações

---

<sup>106</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Art. 1º, III.

sobretudo individuais, majoritariamente da classe média, a função maior de assegurar o acesso universal, integral e equitativo a esse direito fundamental.

Para além disso, é preciso notar que mesmo em ações vitoriosas, não se está ali garantindo a saúde pública, em seu âmbito coletivo, mas sim a vida digna de uma pessoa, o requerente. Por sua vez, basta considerar que os recursos disponíveis para as políticas públicas de saúde são bem limitados e conclui-se que as inúmeras sentenças condenando os entes federativos, solidariamente, a fornecer o tratamento requerido para aquele indivíduo acabam por inviabilizar a manutenção da saúde de outras milhares de pessoas, sobretudo os mais pobres, usuários do SUS.

Quando se aprofunda na questão, a situação se torna ainda mais problemática, haja vista que o magistrado, enquanto operador do direito, não tem o conhecimento técnico para decidir sobre a saúde. Primeiramente, porque, considerando que a saúde envolve assuntos de alta complexidade, tanto em relação à técnica administrativa de implementação de ações, quanto à área científica, o conhecimento requerido para aferir a necessidade e a eficácia/custo do tratamento pretendido ultrapassa a experiência do julgador. Mas, principalmente, porque não tem esses juízes e desembargadores a informação completa sobre os impactos de suas decisões na perspectiva coletiva do direito à saúde, podendo significar verdadeira injustiça distributiva.

### III. IV. O Poder Judiciário em um projeto dialógico de concretização do direito à saúde.

Na prática, o que se percebe são decisões exclusivamente amparadas nos laudos e receituários médicos anexados ao pleito judicial, cuja fundamentação se baseia nos riscos e na necessidade demonstrada pelo profissional da saúde nesses documentos. Embora, por óbvio, trate-se de prova documental essencial a esses processos, é preciso analisar essa vinculação de maneira crítica.

Com efeito, é o profissional de saúde em contato com o doente, que acompanha os seus sintomas diários e a evolução/regressão da sua doença, o indivíduo mais adequado a optar pelas opções de tratamento e indicar o mais acertado ao caso. No entanto, esses médicos não necessariamente têm como único objetivo oferecer a seu paciente o melhor tratamento.

Conforme já citado neste trabalho, eles podem indicar medicamentos ou insumos influenciados por apoio das indústrias farmacêuticas, ou, ainda que sua única intenção seja garantir o tratamento mais conveniente, a doutrina médica encontra inúmeras divergências sobre as indicações adequadas às diferentes patologias. De fato, quando se analisa por um viés processual, parece-nos frágil uma decisão sustentada por somente um documento probatório.

Outrossim, sob o ponto de vista generalista, é preciso notar que, embora indiscutivelmente relevante a indicação do profissional médico ao tratamento, ainda fraco no Poder Judiciário a procura por entender a eficácia do medicamento prescrito e seus custos ao Estado, que detém recursos limitados para a saúde pública.

Não obstante, já há, em muitos estados da federação, os denominados Núcleos de Apoio Técnico (NAT), equipes multidisciplinares de especialistas em saúde que auxiliam o magistrado, o Ministério Público e a Defensoria Pública a melhor compreender a efetividade do tratamento para a patologia do demandante, esclarecendo, ainda, se o mesmo é disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde ou se há correlatos disponíveis.<sup>107</sup>

O NAT é ferramenta que, através da capacidade técnica dos seus orientadores, pode melhorar a qualidade das decisões judiciais, fornecendo maior racionalidade a elas e coibindo fraudes. Por esta razão, a I Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça emitiu, dentre outros enunciados interpretativos, que têm o objetivo de auxiliar os magistrados nas decisões judiciais relativas ao direito à saúde, a partir de recomendações, o enunciado nº 18:

Enunciado nº 18: Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Núcleo de Apoio Técnico (NAT) vai emitir pareceres técnicos na área do Direito à Saúde. Paraná, 08/11/13. Disponível em: <[https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>108</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 18**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>>. Acesso em 21 set. 2019.

Disto, retira-se que umas das soluções dialógicas para concretizar o direito à saúde é a criação de tribunais específicos ou, ao menos, órgãos dentro do Poder Judiciário formados por pessoas com capacidade técnica para dispor sobre os tratamentos pleiteados e/ou com conhecimento sobre o processo de elaboração e execução das políticas públicas deste direito social.

Para além, é imperioso salientar que esse diálogo com outras instituições e com a sociedade civil pode até mesmo diminuir a quantidade de processos judiciais, através das resoluções extrajudiciais. Como exemplo, cita-se caso ocorrido em Araguaína, no Tocantins. Em 2011, firmou-se um convênio entre o Poder Judiciário Estadual, o Poder Executivo Municipal e o NAT. Em 2013, dados do Tribunal de Justiça do Tocantins demonstraram que 72% das demandas foram solucionadas administrativamente através da ouvidoria da Prefeitura e da atuação conjunta do NAT, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Em 2014, por sua vez, foram 80% dos casos.<sup>109</sup> A importância dessa conduta dialógica para a promoção de uma saúde pública de qualidade e igualitária será melhor desenvolvida a seguir.

Como já se pode entender dos exemplos acima, a atuação judiciária não deve ser vista apenas sob a perspectiva dos obstáculos por ela enfrentados. E, para além disso, não pode qualquer desses argumentos críticos à judicialização excessiva da saúde ser utilizado pelos entes federativos para justificarem sua inefetividade.

Existem, na realidade brasileira, vazios assistenciais, sendo uma das mais notórias hipóteses, também bastante atual, a irregularidade do fornecimento do medicamento ou insumo que, presente nas listas do SUS, não se encontra disponível nos postos de coleta. Nesse caso, em que o governo não implementa adequadamente seus programas de saúde, a ação judicial corresponde a legítimo instrumento de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Disto, retira-se que o Poder Judiciário não deve ocupar o papel principal de concretizador das políticas públicas da saúde, devendo sua atuação ser pontual e estratégica, a

---

<sup>109</sup> REIS, Kézia; PIRES, Luiz. Destaque nacional, atuação do Cemas/TO e Nat de Araguaína é apresentada ao presidente do TJTO. **Poder Judiciário do estado de Tocantins**, Tocantins. 23 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3291-destaque-nacional-atuacao-do-cemas-e-nat-de-araguaína-e-apresentada-ao-presidente-do-tjto>>. Acesso em 21 set. 2019.

partir do respeito às opções legislativas e administrativas anteriormente formalizadas pelos órgãos competentes. Havendo, todavia, leis e atos administrativos sendo descumpridos pela Administração Pública, a intervenção do Judiciário demonstra-se válida e legítima. O Poder Judiciário tem como uma de suas funções garantir a eficácia dos direitos fundamentais.<sup>110</sup> Assegurar a saúde quando a Administração Pública falha deve ser uma de suas atribuições, portanto.

Sob outra perspectiva, reflete-se o grande poder de influência do Judiciário, destacando outra importante função do mesmo como legítimo meio de pressão pública. Isso porque as ações judiciais geram uma maior visibilidade sobre as dificuldades no acesso às políticas públicas, elevando o debate social e desestimulando o mau funcionamento das entidades administrativas.

Nesse sentido, é preciso que as instituições e a sociedade civil utilizem o Poder Judiciário de maneira adequada a fim de garantir que as problemáticas da saúde sejam não somente evidenciadas, mas também solucionadas.

Para que a atividade judiciária atinja o seu potencial quanto ao auxílio no aprimoramento da saúde pública, é necessário que os processos judiciais sejam majoritariamente ações coletivas, em prol da defesa desse direito fundamental em seu aspecto coletivo.

Em um viés mais imediato, observa-se que o Poder Judiciário, no âmbito da tutela coletiva, pode, ao invés de conceder prestações materiais, quais sejam, os tratamentos requeridos, ter sua atuação limitada a determinar que os Poderes Legislativo e Executivo diligenciem providências a fim de formular e implementar determinadas políticas públicas, com fulcro no estabelecido nos artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal. Neste caso, não poderia haver qualquer alegação de violação à separação dos poderes, posto que as atribuições dos mesmos estariam preservadas, tampouco poderia se falar em violação ao princípio da justiça distributiva ou da segurança jurídica.

---

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2013, p. 409-418.

Todavia, pode-se valer das ações coletivas para requerer outra atuação do Judiciário, mais aprofundada, a partir do envolvimento de vários atores sociais. Afastando-se do ponto de vista particular dos processos individuais, as decisões ali tomadas podem ser realizadas com maior racionalidade, a partir de combinados esforços. Isso porque o pleito autoral demandará uma análise do contexto global das políticas públicas da saúde, podendo-se ter uma noção mais verossímil das necessidades *versus* a quantidade de recurso disponível. Ponderar-se-á, a partir das informações dos órgãos administrativos e do aconselhamento de profissionais com conhecimento científico sobre o tema, os custos com determinados tratamentos, suas indicações terapêuticas, as alternativas disponíveis, a limitação de dinheiro, a fim de definir as prioridades na alocação dos recursos.

Essas ações coletivas podem ser propostas pelos Ministérios Públicos dos Estados e o da União, as Defensorias Públicas estaduais e a da União e pela própria sociedade civil, a partir das associações que tenham entre suas finalidades a defesa da saúde. Por ultrapassarem a esfera privada do indivíduo, atingindo um grupo de pessoas ou toda a coletividade, podem garantir uma saúde pública potencialmente universal e igualitária, a partir dos efeitos *ultra partes* (quando decisão judicial atinge um grupo de pessoas, envolvido com o objeto daquela demanda, ainda que não tenham figurado em um dos pólos da mesma) ou *erga omnes* (quando a decisão judicial atinge toda a sociedade) das decisões judiciais na tutela coletiva.

Outrossim, têm as ações coletivas o poder de distribuir com mais eficiência os recursos públicos direcionados à promoção da saúde, seja por seu caráter coletivo, seja pelo maior contato com as outras instâncias institucionais e com as necessidades da população, evitando, assim, a desorganização da atuação administrativa, e, por conseguinte, assegurando que os serviços fornecidos serão mais eficientes. E, ressalta-se, a compra de medicamentos e insumos em grande quantidade pode significar a redução dos preços, diminuindo, portanto, os gastos orçamentários.

É preciso notar, também, sua influência na esfera extrajudicial, já que, como legítimo meio de pressão, pode levar ao aperfeiçoamento da assistência farmacêutica estatal aos indivíduos necessitados. Nesse sentido, imperioso constatar que restringir a atuação judicial em casos de requerimento de medicamentos não constantes nas listas estaduais ou de disponibilização de tratamento não previsto não impede que essas mesmas listas sejam

discutidas judicialmente, a fim de que a Administração Pública promova a adaptação dessas a partir das necessidades populares.

Nesse sentido, o enunciado 4 da I Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça fixou que “protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores”.<sup>111</sup>

Isso porque, embora não caiba ao Poder Judiciário remodelar as políticas públicas da saúde, podem exercer um controle de eficiência administrativa. Em um contexto de demora tanto na atualização das listas de fármacos, como no próprio processo de registro do insumo na ANVISA, a morosidade e a burocracia administrativas podem ser objetos de demanda judicial. Sobre esse ponto, Mariano e Maia (2018, p. 408) acrescentam:

O caminho apresentado pelo STF nessa matéria até o presente momento é um ativismo dialógico e não concorrencial, pois não pretende (como nem poderia pretender) modificar a política pública vigente, mas apenas torná-la mais eficiente, publicizando as razões dos indeferimentos administrativos e exercendo controle democrático sobre a eficiência administrativa.<sup>112</sup>

A título de exemplo, uma associação de familiares e amigos de indivíduos com microcefalia pode ajuizar ação coletiva requerendo que os medicamentos, insumos e o acompanhamento médico necessários aos acometidos por essa patologia sejam garantidos pelo SUS.

No entanto, cabe ressaltar que esta expansão da cobertura do SUS deve ser feita com precaução, a partir de documento comprobatório suficiente. Assim, de nada adianta a incorporação de medicamentos e tratamentos no Sistema Único de Saúde se cada um deles não é objeto de estudo em relação ao binômio custo/eficácia.

---

<sup>111</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 04**. Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado. Disponível em: <[http://cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em 21 set. 2019.

<sup>112</sup> MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Op. cit., p. 408.

Isso porque embora presente os anseios da comunidade, evidente também a atuação das indústrias farmacêuticas a influenciar e forçar a padronização de tratamentos e medicamentos, sem ter estes suas efetividades comprovadas. Deve-se, portanto, se atentar se aquele insumo ou procedimento em discussão é realmente imperioso para a manutenção da saúde e da vida digna dos indivíduos adoentados ou se somente reflete uma pressão dos locais que o produz e o comercializa.

Com os devidos cuidados, amparado pelo diálogo com as demais instituições brasileiras e valorizando a participação popular, o Poder Judiciário, através, sobretudo, das ações coletivas, demonstra-se como meio hábil para promover uma ampliação à proteção ao direito fundamental à saúde.

Outrossim, pode-se criar um espaço no Judiciário para que os órgãos responsáveis pela implementação das ações e serviços da saúde possam discutir uma forma de torná-lo mais célere e menos burocrático.

### III. V. A solução consensual e extrajudicial das demandas relativas à saúde.

Esta não deve ser, contudo, a primeira alternativa, haja vista as inúmeras formalidades e custos dos processos judiciais, a morosidade do sistema judiciário e a própria sistemática do processo civil brasileiro.

Por esta razão, os aplicadores do direito e o legislador vêm incentivando a solução consensual de conflitos por meios não judiciais, a partir do diálogo entre os envolvidos e o sopesamento dos argumentos contrários, a fim de permitir o alcance de resultados almejados sem a necessidade de requerer a atuação judicial, reconhecidamente mais lenta e burocrática. Assim, o Código de Processo Civil de 2015 valoriza o emprego de técnicas alternativas, sobretudo a autocomposição, para a solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. Rio Grande de Norte, v. 8, n. 2, p. 20-44, ago. 2016, p. 22. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantia dedireitos/article/view/9990>>. Acesso em: 21 set. 2019.

Por sua vez, no que se refere ao direito à saúde:

Ademais, pensar somente em conciliação antes ou durante o processo, mas efetivada no âmbito do judiciário, em fase preliminar ou posterior ao ajuizamento, em audiência para essa finalidade, por exemplo, obviamente não evita o acionamento da máquina que se quer justamente manter à margem da discussão. Para se alcançar o objetivo aqui proposto, deve-se ter em mente a possibilidade de espaços administrativos que avaliem especificamente os casos concretos dos pacientes e possam aferir a necessidade (ou não) de se liberar tratamentos para além dos protocolos clínicos. (SILVA; SCHULMAN, 2017, p. 294).<sup>114</sup>

Disto, retira-se que deve-se priorizar a busca por soluções por via extrajudicial, de maneira mais célere e dialógica, envolvendo a participação de diferentes representantes da sociedade civil, dentre eles as associações, as Defensorias Públicas, os Ministérios Públicos, os Estados, Municípios, o Distrito Federal e a União Federal, além dos necessitados. Enquanto isoladamente apresentam falhas na efetivação do referido direito, quando aproximados esses vários setores do Estado fomentam o desenvolvimento de outros arranjos hábeis a assegurar a melhoria dos serviços de saúde, a partir da integração de suas capacidades diversas, com acordos entre essas instituições.

Esse diálogo institucional, que se lastreia nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, também permite o fortalecimento do controle externo da Administração Pública. Nesse caso, não somente o Judiciário fará esse controle, através do *check and balance system*, nas ações judiciais de descumprimento das políticas públicas, mas também as diferentes instituições da sociedade, incluindo a própria comunidade, através de meios oficiais e extrajudiciais.

### III. VI. Os exemplos bem sucedidos de diálogos institucionais.

Essa perspectiva dialógica, que também pode incluir o próprio Poder Judiciário, como no caso do Núcleo de Apoio Técnico (NAT), citado acima, demonstra-se imperiosa no âmbito da saúde, pois permite o enriquecimento do debate, a fim de que esse esteja a altura da complexidade do tema. Sob esse ponto, conforme já ressaltado, os conhecimentos específicos são essenciais para orientar os órgãos estatais na promoção da saúde pública.

---

<sup>114</sup> SILVA, Alexandre Barbosa da. SCHULMAN, Gabriel. Op. cit., p. 294.

A participação de múltiplos atores, dentre eles médicos, gestores da saúde, enfermeiros, farmacêuticos, advogados, magistrados e outros profissionais da área, além da participação da população, com a demonstração de suas necessidades, portanto, remonta a um profundo e heterogêneo processo deliberativo, com a tomada de decisões mais racionais e técnicas, geralmente não possíveis no processo de judicialização da saúde.

Nesse sentido, a presença de pessoal especializado de diferentes postos da sociedade permite a elaboração de relatórios analisando a eficácia dos tratamentos, as alternativas terapêuticas, o contingente populacional dependente daquele medicamento ou procedimento, o impacto das demandas em relação aos recursos disponíveis, entre outros pontos-chave.

A partir desse exame, pode-se garantir que as políticas públicas sejam regidas alicerçadas nos princípios do SUS e do ordenamento jurídico brasileiro, com menos influência de grupos de interesse, como a indústria farmacêutica, e maior desenvolvimento de ações e serviços com o objetivo de assegurar uma saúde pública universal de qualidade.

Esta proposta pode parecer, a princípio, mormente ilustrativa, mas em realidade já há exemplos brasileiros bem sucedidos de diálogos entre os entes federativos, as instituições e a sociedade civil, que promovem a elaboração e a implementação de ações que ampliam e aprimoram a cobertura realizada pelo SUS.

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) é uma instituição criada pela Lei nº 12401/11 e tem como objetivo o assessoramento do Ministério da Saúde nas questões referentes à incorporação e à modificação de tecnologias no âmbito da saúde pública, a alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, além da atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). As análises realizadas nesse conselho devem ser baseadas no conhecimento técnico, considerando a eficácia e a segurança da nova tecnologia perante os procedimentos e medicamentos já internalizados no Sistema Único de Saúde, exigindo registro prévio do produto na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em: 21 set. 2019.

O decreto nº 7646/2011 regulamenta o funcionamento da CONITEC, estabelecendo que a estrutura deste conselho é formada por dois fóruns, o Plenário e Secretaria-Executiva. No primeiro, observa-se a participação das secretarias do Ministério da Saúde, os conselhos nacionais das secretarias nacional, estaduais e municipais de saúde (CNS, CONASS e CONASEMS, respectivamente), o Conselho Federal de Medicina (CFM), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a ANVISA.

Ademais, a CONITEC, respeitando o princípio da publicidade, disponibiliza os assuntos e propostas discutidos no ambiente à população. Para além, abre consulta pública sobre os temas, permitindo que profissionais de saúde, pacientes e interessados possam analisar as recomendações e contribuir para as mesmas pelo preenchimento de formulários no site.<sup>116</sup>

Manifesto, portanto, a adoção pela CONITEC de uma perspectiva dialógica para solucionar os problemas de saúde a ela apresentados, entendendo que tal ferramenta pode aprimorar os debates sobre o assunto e embasar suas recomendações para as políticas públicas relacionadas. Assim, a partir da valorização do conhecimento especializado e da participação de diferentes atores da sociedade, inclusive da população, tem como orientação a essencialidade dos medicamentos, a prioridade ao atendimento das patologias mais recorrentes e a medicina baseada em evidências.

Diante da importância desse órgão enquanto ferramenta para concretizar o direito à saúde de forma universal e igualitária, o enunciado 57 da II Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça recomenda que verifique-se, antes de decisão em processo judicial relacionado ao direito à saúde, se aquele tratamento pleiteado já foi analisado pela CONITEC.<sup>117</sup>

No que tange a iniciativas legislativas, em diálogo com a Administração Pública, imperioso ressaltar a Lei de Genéricos, de 1999, com sua regulamentação a partir da

---

<sup>116</sup> CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/consultas-publicas>>. Acesso em 21 set. 2019.

<sup>117</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 57**. Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA, no mesmo ano. Anteriormente a essa lei, em 1993, o Poder Público adotou os fármacos genéricos como política pública.

Sua importância advém, para além do fato de ter estabelecido um novo padrão para o registro e desenvolvimento de medicamentos no Brasil, da substancial redução de custos com assistência farmacêutica, o que possibilitou um maior acesso populacional a esses insumos. Ressalte-se que essa ampliação na disponibilização de medicamento não descuidou da comprovação de qualidade, no binômio eficácia/segurança, tendo em vista a interação entre o medicamento de referência e o genérico.

Araújo et al. (2010, p. 488) constataram que três anos após os primeiros registros de fármacos genéricos no país, o preço dos mesmos era cerca de 40% menor em comparação aos medicamentos de referência. Outrossim, que os tratamentos medicamentosos de patologias como hipertensão, diabetes e glaucoma tiveram uma redução de 37% a 65% das despesas.<sup>118</sup>

Nesse sentido, cita-se a conclusão dos supracitados autores a respeito dos medicamentos genéricos:

A implantação da política de genéricos no Brasil, embora possa não ter correspondido a um aumento significativo no acesso da população aos medicamentos, pode ser considerada um ganho importante para a sociedade. Os consumidores passaram a contar com a oportunidade de comprar medicamentos a preços mais acessíveis, com garantia de qualidade, segurança, eficácia e intercambialidade com os medicamentos de referência. (ARAÚJO ET AL., 2010, p. 488).<sup>119</sup>

Outra política pública implementada no Brasil é referência internacional. Trata-se da Política Nacional de Controle do Tabaco (PNCT), que está em vigor desde 1986.

Ao analisarem a política pública do tabagismo em um dos países que mais produz fumo no mundo, o Brasil, Portes, Machado e Turci (2018)<sup>120</sup> verificaram que a política foi bem

---

<sup>118</sup> ARAÚJO, Lorena Ulhôa et al. Medicamentos genéricos no Brasil: panorama histórico e legislação. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 28, n. 6, p. 480-492, 2010, p. 488. Disponível em: < <https://scielosp.org/pdf/rpsp/2010.v28n6/480-492/pt>>. Acesso em: 21 out. 2015.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> PORTES, Leonardo Henriques; MACHADO, Cristiani Vieira; TURCI, Silvana Rubano Barretto. Trajetória da política de controle do tabaco no Brasil de 1986 a 2016. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 2, 2018, p. 9. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0102311X2018000205012&lng=en&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102311X2018000205012&lng=en&tlng=pt)>. Acesso em 21 set. 2019.

sucedida, dentre outros motivos, principalmente pelo envolvimento de várias instituições e órgãos da sociedade em ações diversificadas.

Por sua vez, até a proibição legal nacional do uso de cigarros em ambiente fechado, em 2014, o desestímulo ao fumo ocorreu de várias outras formas, desde os anos de 1980, dentre elas a conscientização da população, o aumento de preço e dos impostos do cigarro, as restrições de publicidade e a adoção de advertências sobre os malefícios, inclusive no próprio produto.<sup>121</sup>

Há alguns pontos bem interessantes nessa política pública que merecem atenção. Primeiramente, a perspectiva dialógica implantada, não somente pela participação de diversos atores da sociedade civil, além das instituições públicas, mas também pela integralidade e diversidade nas atuações estatais, a fim de controlar o uso do cigarro. Como exemplo, observa-se que mudou-se tanto questões tributárias quanto questões publicitárias.

Imperioso, também, destacar o viés duplamente preventivo. Em primeiro lugar, por não ser o uso de cigarros uma doença, embora de fato configure-se um vício. Em realidade, pode essa conduta ocasionar graves enfermidades, como o câncer de pulmão. Assim, quando a Administração Pública orienta seus esforços para diminuir o tabagismo entre a população brasileira, presente um viés de prevenção das doenças que podem ser consequências desse ato.

Outrossim, ao analisarmos a política pública em si, observa-se uma atenção, sobretudo, ao desestímulo ao início do uso de cigarros, isto é, a impedir que os indivíduos comecem a fumar, haja vista a grande dificuldade em livrar-se após constatada a dependência. Presente, portanto, outra perspectiva preventiva.

Quanto aos clássicos requerimentos extrajudiciais e judiciais relacionados ao direito à saúde, uma das ferramentas, que já é aplicada em vários estados do país, é a câmara de mediação. Composta de uma equipe multidisciplinar, a partir da parceria entre diferentes instituições da sociedade (Ministério da Saúde, Secretarias Estadual e Municipal da Saúde, Procuradorias Estadual e Municipal, Advocacia Geral da União, Defensorias Públicas

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 10.

Estadual e da União, Ministério Público, médicos, farmacêuticos), ela consiste em meio para se tentar solucionar o problema do necessitado sem precisar judicializar a demanda.

Outrossim, ainda que o pleito necessite de ação judicial, esta já conterà vasto conteúdo probatório, obtido durante esse procedimento administrativo, possibilitando uma análise mais profunda e técnica no âmbito judicial.

Este trabalho analisará dois desses programas, do Rio Grande do Norte e do Rio de Janeiro, semelhantes entre si, que tem como objetivo maior promover a concretização desse direito fundamental social de forma mais célere, a partir da via administrativa.

Lançado em fevereiro de 2012, o denominado “SUS MEDIADO” consiste em uma parceria, no estado do Rio Grande do Norte, entre as Defensorias do Estado e da União, as Procuradorias Geral do Estado e do Município de Natal e as Secretarias de Saúde estadual e do município de Natal<sup>122</sup>.

Nas sessões de mediação, por sua vez, presentes, além dos atores acima, um farmacêutico, um médico e o indivíduo requerente, que tentam cooperar entre si, em busca de uma resolução administrativa. Evidente, portanto, a perspectiva dialógica na supracitada ferramenta, igualmente a participação popular, em busca de assegurar o acesso aos usuários hipossuficientes a medicamentos, consultas e procedimentos médicos no Sistema Único de Saúde, de maneira mais rápida e menos custosa.

O caso do Rio de Janeiro também diz respeito à ampla cooperação entre diferentes instituições, a partir do intercâmbio de informações e ações. Hoje chamada Câmara de Resolução de Litígios da Saúde (CRLS), teve sua origem ainda em 2007, quando foi realizada uma parceria entre as Secretarias do Estado e do Município da capital e a Defensoria Pública estatal (DPE-RJ).

Contudo, a cooperação se restringia a DPE-RJ, quando recebesse indivíduo pleiteando determinado tratamento de saúde, enviando um ofício aos entes federativos perguntando se o insumo estava disponível. Apesar de não ter reduzido sobremaneira a judicialização da saúde,

---

<sup>122</sup> DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Disponível em: <<https://www.defensoria.rn.def.br/programa/sus-mediado>>. Acesso em: 22 set. 2019.

foi importante para elevar o diálogo entre as secretarias governamentais e a Defensoria Pública, que, conforme já vimos no primeiro capítulo, é uma das principais responsáveis por representar os demandados em ações de saúde no Rio de Janeiro.

Em junho de 2012, oficialmente criou-se a CRLS, após assinatura do Termo de Convênio nº 003/0504/2012 entre o Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria Estatal de Saúde, o Município do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral do Município, a Secretaria Municipal de Saúde, a União Federal, as Defensorias Pública do Estado e da União e o Tribunal de Justiça do Estado.

O procedimento da CRLS inicia-se quando o necessitado busca auxílio no núcleo de primeiro atendimento da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) ou Defensoria Pública da União (DPU-RJ), a fim de obter algum tratamento de saúde. A partir de um atendimento especializado e personificado do indivíduo requerente, a CRLS elabora um parecer, após análise técnica procedida por uma equipe multiprofissional (enfermeiros, médicos, nutricionistas, farmacêuticos, assistentes sociais), com informações sobre o insumo requerido, as alternativas terapêuticas disponíveis, a existência de medicamentos genéricos ou similares, com encaminhamento aos responsáveis pelo fornecimento.

Além disso, a CRLS também disponibiliza informações avaliativas sobre incorporação de tecnologia, podendo influenciar na formulação de proposta de modificação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Dados do Sistema Câmara de Saúde, da Secretaria Estadual de Saúde, demonstram que 37,17% dos casos foram resolvidos administrativamente, sem necessidade de ajuizamento de ação judicial. Apesar da maioria das solicitações no primeiro atendimento ser de medicamentos (54,53% do total), vislumbra-se que as solicitações por consultas (82,91%), exames (75,28%), internações eletivas (67,02%) e cirurgias eletivas (64,13%) estão dentre as mais solucionadas por via extrajudicial.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique Di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: **Direito à saúde**. CONASS, 2015, p. 6-7. Disponível em: <[https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_33.pdf](https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2019.

Guimarães e Palheiro (2015, p. 6-7)<sup>124</sup> justificam a baixa resolução administrativa no que tange aos medicamentos (26,31%) sob fundamento de que 60% desses requerimentos são de medicamentos não padronizados em listas do SUS, o que, por óbvio, dificulta ou mesmo inviabiliza a distribuição dos mesmos, administrativamente, por parte dos entes federativos.

A fim de tentar aumentar esses números, desde 2014 a CRLS retorna, ao requerente, formulário com questionamentos relacionados à saúde e à solicitação do mesmo, a ser preenchido por seu médico, devendo informar, também, as alternativas terapêuticas disponíveis no SUS para o caso. Aproximadamente metade dos pacientes consegue solucionar seu problema a partir da substituição do requerido pela alternativa oferecida no SUS.

Essa iniciativa, que tem como base o diálogo e a cooperação entre as instituições e a sociedade civil, com a participação de diferentes atores sociais, inclusive com o conhecimento técnico-científico especializado, é exemplo prático de como a perspectiva dialógica tem um alto potencial de solucionar, inclusive por meios extrajudiciais (sem necessidade de judicializar as demandas), as necessidades populacionais no que tange ao direito fundamental social à saúde. Tal ferramenta é tão bem avaliada que foi indicada, em 2014, para o prêmio Innovare.<sup>125</sup>

### III. VII. A concretização da saúde a partir das perspectivas dialógicas.

Diante do exposto no trabalho, manifesto que a saúde pública brasileira, apesar de fundar-se em boas bases constitucionais e legais, enfrenta problemas práticos de diferentes níveis, dentre eles o subfinanciamento governamental na área, a falta de investimento em pesquisas científicas de saúde, a má gestão administrativa, que acabam por se manter e, às vezes, até aprofundar-se pela judicialização excessiva da saúde, que retira o dinheiro da gestão administrativa coletiva para o cumprimento de decisões judiciais urgentes e individuais.

Não obstante, deve-se buscar o aprimoramento das políticas públicas da saúde pela esfera administrativa, por seu viés coletivo e o conhecimento técnico a ela relacionado.

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 7.

<sup>125</sup> PRÊMIO INNOVARE. Disponível em: <[premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls](http://premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls)>. Acesso em: 22 set. 2019.

Assim, é o poder mais apto a decidir sobre questões que envolvem complexidades científicas, tem legitimidade de agir, em suas manifestações legislativas e executivas, sufragadas pelo voto e, por fim, tem maior facilidade, em comparação ao Poder Judiciário, para conhecer os anseios da população, haja vista o contato diário com os indivíduos e suas dificuldades.

Contudo, frisa-se, não cabe a essas entidades administrativas agirem de maneira isolada. Ao contrário, conforme os princípios e objetivos do SUS, que descentralizam as funções e constituem diferentes órgãos para compor a estrutura da saúde e tomar decisões, deve-se privilegiar uma interação entre os atores sociais, potencializando as perspectivas dialógicas entre as instituições, os órgãos dos entes federativos e a sociedade civil de maneira geral, assegurando a participação popular. Estes, dentro da capacidade institucional que lhes compete, podem cooperar para a otimização dos recursos que promovem as ações de saúde no Brasil, a fim de se garantir o acesso universal e igualitário aos seus serviços de promoção, proteção e recuperação, protegendo, assim, os direitos fundamentais à saúde e à vida assegurados na Carta Magna.

## CONCLUSÃO

Após a análise dos problemas enfrentados tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário, em suas ações ligadas à concretização do direito à saúde, infere-se a necessidade de uma postura dialógica entre ambas as esferas, com a participação da população e de outros órgãos e entidades relevantes, como o Ministério Público, as Defensorias e as associações.

Sob essa perspectiva, as falhas individuais destes setores na efetivação do direito objeto deste estudo serão discutidas e ajustadas, a partir da integração de suas capacidades diversas, valorizando o conhecimento especializado e a visão global da saúde.

Por conseguinte, propõe-se que a sistemática, hoje majoritariamente concorrencial ou excludente, com as decisões jurisdicionais por vezes disputando recursos econômicos com os serviços implementados pelo Poder Público, deve tornar-se cooperativa, na tentativa de efetivar esse direito fundamental social.

A partir de um processo deliberativo heterogêneo, as decisões sobre as políticas públicas da saúde serão mais racionais e técnicas, com a análise da segurança e da eficácia dos tratamentos médicos, além do impacto econômico dos mesmos. Assim, levando em consideração a limitação dos recursos financeiros destinados à saúde e as necessidades populacionais gerais, a influência de interesses individuais e mercadológicos, presentes no processo da judicialização da saúde, seria drasticamente reduzida.

Outrossim, o diálogo entre esses diferentes campos da sociedade proporciona um melhor controle externo da Administração Pública, permitindo a correção de obstáculos no gerenciamento de recursos e na implementação e execução de ações e serviços de saúde. Também possibilita uma expansão das próprias políticas públicas (por exemplo, a adição de algum fármaco na lista de medicamentos distribuídos pelo SUS), através da pressão popular e de acordos com órgãos da sociedade.

Conforme exposto no presente trabalho, este desafio já encontra exemplos bem sucedidos na realidade brasileira, como o “SUS MEDIADO”, no Rio Grande do Norte, e a

Câmara de Resolução de Litígios da Saúde, no Rio de Janeiro, que vêm diminuindo a proposição de ações judiciais relativas a requisições de tratamentos de saúde, a partir de um diálogo entre as secretarias municipais e estaduais, as Defensorias e o Poder Judiciário, na tentativa de obter solução extrajudicial adequada.

Isto posto, este estudo demonstra o potencial do diálogo entre a Administração Pública, os órgãos judiciais e outros setores da sociedade, inclusive a população, para aprimorar e ampliar a execução das políticas públicas da saúde, em prol da concretização desse direito fundamental social de forma igualitária e universal, conforme estabelece o mandamento constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Gil. Entenda o que é a PEC 241 (ou 55) e como ela pode afetar sua vida. **El País Brasil**. São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574\\_221053.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574_221053.html)>. Acesso em: 01 out. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 94-99.

AMADO, Guilherme. Gastos da União com judicialização da saúde cresceram 4.600% em dez anos. **Revista Época**. 22 mai. 2019. Disponível em <<https://epoca.globo.com/guilhermeamado/gastos-da-uniao-com-judicializacao-da-saude-cresceram-4600-em-dez-anos23684050>>. Acesso em 06 set. 2019.

ARANHA, Ana Luiza Melo; FILGUEIRAS, Fernando. Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 2, pp. 349-387, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0012582011000200005&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0012582011000200005&lng=pt)>. Acesso em: 23 out. 2018.

ARAÚJO, Lorena Ulhôa et al. Medicamentos genéricos no Brasil: panorama histórico e legislação. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 28, n. 6, p. 480-492, 2010. Disponível em: < <https://scielosp.org/pdf/rpsp/2010.v28n6/480-492/pt>>. Acesso em: 21 out. 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, pp. 6-50, jan/jun 2011. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.pucrio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.pucrio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2019.

AROUCA, Sergio; et al. Gestão da assistência farmacêutica em municípios do estado da Paraíba (PB): olhando a aplicação de recursos públicos. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, pp. 745-765, maio/jun. 2014. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rap/v48n3/10.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n3/10.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). **Revista De Direito Sanitário**, São Paulo, v. 17, n. 2, pp. 48-65, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122306/119043>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n.1, p. 83-108, jan-abr, 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rinc/v5n1/2359-5639-rinc-05-01-0083.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2019.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 4, pp. 1938-1960, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BARATA, Rita Barradas; CHIEFFI, Ana Luiza. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n.8, pp.1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0102-09000800020&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-09000800020&lng=pt)>. Acesso 23 out. 2018.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. Governadores vão ao STF para reclamar de gastos com fornecimento de medicamentos. **Globo.com**, Brasília, 09 mai. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/019/05/09/governadores-va0-stf-para-reclamar-de-gastos-com-fornecimento-de-medicamentos.ghtml>>. Acesso em 14 set. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 293-301.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUZA, Maria Fátima de. Equidade: seus conceitos, significações e implicações para o SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n.1, p. 9-18, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/113257/111214>>. Acesso em 19 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro, 2013.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, jan-mar, p. 29-50, 2009. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 08 set. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Era de Direitos**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6360, de 23 de setembro de 1976.** Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm)>. Acesso em: 29 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 01 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 01 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 04.** Disponível em: <[http://cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 18.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>>. Acesso em 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 57.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3916/GM/1998.** Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-RS.** Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília (DF). 12 de setembro de 2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718-MG**. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília (DF). 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178-MG**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília (DF). 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156-RJ**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília (DF). 25 abr. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201700256297](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700256297)>.

CAMARGO, João Marcos Pires Camargo; VALLE, Gustavo Henrique Moreira do. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, pp. 13-31, Nov. 2010/Fev. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 23 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5 ed. , 1992.

CARVALHO, Gilson. Saúde: o tudo para todos que sonhamos e o tudo que nos impingem os que lucram com ela. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 69, p. 99-104, jan-abr, 2005, p. 100. Disponível em: <[http://docvirt.com/asp/acervo\\_cebes.asp?bib=SAUDEDEBATE&pesq=Titulo%20do%20Artigo:%20SAUDE%20%20TUDO%20PARA%20TODOS%20QUE%20SONHAMOS%20E%20%20TUDO](http://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?bib=SAUDEDEBATE&pesq=Titulo%20do%20Artigo:%20SAUDE%20%20TUDO%20PARA%20TODOS%20QUE%20SONHAMOS%20E%20%20TUDO)>. Acesso em: 12 set. 2019.

\_\_\_\_\_. A saúde pública no Brasil. **Estudos avançados**, v. 27, n. 78, pp. 7-26, jan. 2013. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/68675>>. Acesso em: 23 out. 2018.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-

1849, ago, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, pp. 183-206, set-dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>>. Acesso em: 21 set. 2019.

COLLUCI, Cláudia. Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 mar. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancardizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 12 mai. 2019.

CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/consultas-publicas>>. Acesso em 21 set. 2019.

CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em 21 set. 2019.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, pp. 844-874, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809>>. Acesso em: 23 out. 2018.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à saúde: de norma programática a direito individual exigível. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 119-132, ago. 2012. Disponível: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/direito-saude-de-norma-programatica-direito-individual-exigivel-right-health>>. Acesso em: 08 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Disponível em: <<https://www.defensoria.rn.def.br/programa/sus-mediado>>. Acesso em: 22 set. 2019.

DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. Rio Grande de Norte, v. 8, n. 2, p. 20-44, ago. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9990>>. Acesso em: 21 set. 2019.

FIGUEIREDO, Juliana Oliveira; PRADO, Nília Maria de Brito Lima; MEDINA, Maria Guadalupe; PAIM, Jairnilson Silva. Gastos público e privado com saúde no Brasil e países selecionados. **Revista Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 37-47, out., 2018. Disponível em: <<http://revista.saudeemdebate.org.br/sed/issue/view/17/v.%2042%2C%20n.%20especial%202>>. Acesso em: 19 set. 2019.

FULFULE, Elaine Cristina de Souza Ferreira; MASTRODI, Josué. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, pp. 593-614, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1510>>. Acesso em: 23 out. 2018.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). Censo da indústria farmoquímica nacional aponta fragilidades na área. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/censo-da-industria-farmoquimica-nacional-aponta-fragilidades-da-area>>. Acesso em: 22 set. 2019.

GAVA, Cíntia Maria; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; PEPE, Vera Lúcia Edais; REIS, André Luiz Almeida dos. Novos medicamentos registrados no Brasil: podem ser considerados como avanço terapêutico? **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3403-3412, nov. 2010. Disponível em: <<https://scielosp.org/article/csc/2010.v15suppl3/3403-3412/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

GERLACK, Letícia Farias; et al. Gestão da Assistência farmacêutica na atenção primária no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 51, n.2, 2017. Disponível em: <<http://www.rsp.fsp.usp.br/wp-content/plugins/xml-tohtml/include/lens/index.php/?xml=0034-8910-rsp-S1518-51-s2-87872017051007063.xml>>. Acesso em 21 set. 2019.

GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. **In comparative administrative law**. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, p. 117-126, 2010.

GOMES, Dalila Fernandes et all. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? **Revista Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, pp. 139-156, jan/mar. 2014. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0139.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0139.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018.

GRAMACHO, Daniel. Descumprimento de ordem judicial na área de saúde causam transtornos aos assistidos da DPE/BA. **Defensoria Pública da Bahia**. 18 jul. 2018. Disponível em: <<http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/descumprimento-de-ordem-judicial-na-area-de-saude-causam-transtornos-aos-assistidos-da-dpeba>>. Acesso em: 19 set. 2019.

GRANDELLE, Renato. Dinheiro de pesquisas científicas brasileiras acaba em julho. **O Globo**. 02 abr. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/dinheiro-de-pesquisas-cientificas-brasileiras-acaba-em-julho-23569008>>. Acesso em: 19 set. 2019.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique Di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. **In: Direito à saúde**. CONASS, 2015. Disponível em: <[https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_33.pdf](https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2019.

IBLER, Martin. Pasado y presente de La relación entre el derecho constitucional y el Derecho administrativo em Alemania. **Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Spain, n. 50/51, pp. 5-21, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 22 set. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207\\_sipssaude.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2019.

MACEDO, Luis. Ministro da Saúde diz que subfinanciamento é principal problema do SUS. **Câmara dos Deputados**. 25 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/468250-MINISTRO-DA-SAUDE-DIZ-QUE-SUBFINANCIAMENTO-E-PRINCIPAL-PROBLEMA-DO-SUS>>. Acesso em: 19 set. 2019.

MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, v. 38, n.1, jan/jun, 2018. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32036/73328>>. Acesso em: 11 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar-abr, 2005. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-00019&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-00019&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 08 set. 2019.

METZGER, Gillian E., Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, v. 91, p. 1897-1935, jun. 2013. Disponível em: <<http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Metzger.pdf>>. Acesso em 23 set. 2019.

NETO, Orozimbo Henrique Campos et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 784-790, out. 2012. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/48351>>. Acesso em: 08 set. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública Democrática e Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito**, Paraná, v. 1, n. 7, p. 139-155, 2007. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/722/678>>. Acesso em: 21 set. 2019.

PEREIRA, Delvechio de Souza. O orçamento público e o processo de judicialização da saúde, 2010. Monografia (Especialização). **Curso de Orçamento Público**, Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, 2010, p. 25. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-orcamento-publico-e-o-processo-de-judicializacao-da-saude.Htm>>. Acesso: 21 set. 2019.

PORTES, Leonardo Henriques; MACHADO, Cristiani Vieira; TURCI, Silvana Rubano Barretto. Trajetória da política de controle do tabaco no Brasil de 1986 a 2016. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 2, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0102-311X2018000205012&lng=en&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-311X2018000205012&lng=en&tlng=pt)> Acesso em 21 set. 2019.

PRÊMIO INNOVARE. Disponível em: <[premioinnovare.com.br/praticas/l/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls](http://premioinnovare.com.br/praticas/l/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls)>. Acesso em: 22 set. 2019.

REIS, Kézia; PIRES, Luiz. Destaque nacional, atuação do Cemas/TO e Nat de Araguaína é apresentada ao presidente do TJTO. **Poder Judiciário do estado de Tocantins**, Tocantins. 23 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3291-destaque-nacional-atuacao-do-cemas-e-nat-de-araguaina-e-apresentada-ao-presidente-do-tjto>>. Acesso em 21 set. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Secretaria Municipal de Saúde**. Clínicas da Família. Disponível em: <<http://rio.rj.gov.br/web/sms/clinicas-da-familia>>. Acesso em 29 set. 2019.

ROSS, Bertrall LeNarado. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, v. 95, p. 519-585, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=257539>>. Acesso em 23 set. 2019.

SILVA, Alexandre Barbosa da. SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n.2, p. 290-300, 2017, Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1365/1666](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1365/1666)>. Acesso em: 21 set. 2019.

SOBRINHO, Wanderley Preite. Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira. **UOL**, São Paulo. 09 mai. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em 20 set. 2019.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 79-115, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8047/6837>>. Acesso em: 23 set. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Núcleo de Apoio Técnico (NAT) vai emitir pareceres técnicos na área do Direito à Saúde. Paraná, 08/11/13. Disponível em: <[https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 03 out. 2019.