

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

JULIA DOS SANTOS NUNES

**A JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO LEGÍTIMO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO**

Rio de Janeiro
2018 / 1º semestre

JULIA DOS SANTOS NUNES

**A JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO LEGÍTIMO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO**

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 da Professora Carolina Machado Cyrillo da Silva.

Rio de Janeiro
2018 / 1º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

N972j Nunes, Julia dos Santos
A JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO LEGÍTIMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO / Julia dos Santos Nunes. -- Rio de Janeiro, 2018.
63 f.

Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva.
Machado Cyrillo da Silva.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Judicialização do direito à saúde. 2. Direitos fundamentais. 3. Fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. I. Machado Cyrillo da Silva, Carolina Machado Cyrillo da Silva., orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JULIA DOS SANTOS NUNES

**A JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO LEGÍTIMO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO**

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 da Professora Carolina Machado Cyrillo da Silva.

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 1º semestre

DADOS PESSOAIS

Aluna: Julia dos Santos Nunes.

DRE: 113207036

Telefone: (21) 2281-0212

Celular: (21) 98649-8073

Endereço: Rua Barão do Bom Retiro, nº 380, apto. 102, CEP: 20715-003, Rio de Janeiro/RJ.

Turno: Manhã

Sugestão de Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família por ensinar a importância dos estudos no crescimento profissional e pessoal, lição que levarei para o resto da vida com carinho especial.

RESUMO

A presente monografia trata da judicialização individual como meio legítimo de efetivação do direito à saúde no Brasil, o que será analisado sob o viés do questionamento se as ações individuais de saúde violam o interesse coletivo no fornecimento de medicamentos pelos SUS, indagação esta que objetiva concluir se essas demandas são ou não legítimas. Para isso, serão abordadas as críticas mais comuns contra essa prática: o questionamento sobre a legitimidade das demandas individuais, posto que o direito à saúde é um direito coletivo; a falta de critério e de fundamentação das decisões judiciais que deferem pedidos sobre medicamentos/tratamentos, e o impacto que os litígios individuais na área do direito à saúde têm no orçamento público, o que viria a prejudicar o coletivo. Para essa abordagem, este trabalho limitar-se-a à análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o que terá por marco temporal delimitante o período compreendido de maio de 2018 até os dias atuais. Para isso, é importante esclarecer: em 03/05/2018 foi publicada a decisão proferida pelo STJ nos autos do Resp 1.657.156/RJ. De forma resumida, trata-se de julgado permeado por questões – como a legitimidade da judicialização individual no âmbito do direito à saúde, obrigatoriedade do Estado em promover políticas que possibilitem a todos acesso a um sistema público de saúde eficaz, dentre outras – que por certo repercutiram nas decisões das instâncias inferiores, o também será abordado no presente trabalho. Com isso, objetiva-se compreender como as demandas individuais representam meio legítimo para efetivação do direito à saúde, por tratar-se de garantia constitucional que possibilita ao cidadão concretizar um dos direitos mais essenciais à vida.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à saúde; Judicialização; Efetividade; Garantia Constitucional.

ABSTRACT

This monograph deals with the individual judicialization as a means to achieve the right to health in Brazil, which will be analyzed under the question of whether individual health actions violate the collective interest in the supply of medicines by the SUS, a question that aims to conclude whether or not these demands are legitimate. For this, the most common criticisms against this practice will be addressed: the questioning of the legitimacy of individual demands, since the right to health is a collective right; the lack of criteria and justification of judicial decisions granting requests for medicines / treatments, and the impact that individual litigation in the area of the right to health have on the public budget, which would harm the collective. For this approach, this work will be limited to the analysis of the decisions of the Federal Regional Court of the 2nd Region, which will have a time frame delimiting the period from May 2018 to the present day. For this, it is important to clarify: on 03/05/2018 was published the decision pronounced by STJ in the records of Resp 1,657,156 / RJ. In a summary form, it is judged permeated by issues such as the legitimacy of individual judicialization in the field of the right to health, the obligation of the State to promote policies that enable everyone to have access to an effective public health system, among others. the decisions of the lower courts, the same will be addressed in the present study. With this, it aims to understand how individual demands represent a legitimate means for the realization of the right to health, because it is a constitutional guarantee that enables the citizen to realize one of the most essential rights to life.

KEYWORDS

Right to health; Judicialization; Effectiveness; Constitutional Guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. UM BREVE HISTÓRICO SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

1.1 - O conceito de saúde	15
1.2 - O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: como o constituinte de 1988 tratou a saúde como um direito social de cunho defensivo e prestacional	18
1.3 – A problemática sobre a titularidade do direito à saúde	22

2. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 – Considerações sobre o Sistema Único de Saúde	25
2.2 - Críticas aos litígios individuais na seara do direito à saúde	27
2.3 – Desconstruindo as críticas.....	29

3. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

3.1 – Parâmetros estabelecidos na Audiência Pública nº 4.....	41
3.2 – Uma breve análise sobre o REsp 1.657.156/RJ.....	44
3.3 – Estudo de casos concretos.....	47

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é uma das principais garantias fundamentais do cidadão. Pela leitura do art. 196 da Constituição Federal de 1988, trata-se de direito social a ser promovido pelo Estado. Assim, por meio de políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doenças e de outros agravos, o Estado deverá garantir a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Da disposição constitucional, percebe-se não ser nada simples o dever estatal em questão, posto que o acesso e a promoção à saúde envolvem uma série de medidas: a divulgação de práticas que auxiliem a manutenção de um estilo saudável de vida, a regulação da qualidade dos alimentos cultivados/produzidos no país, investimentos na qualificação de profissionais, na compra de medicamentos e instrumentos, na construção e manutenção de hospitais, entre outros.

Considerando o histórico brasileiro na questão das finanças públicas, além da atual crise econômica e política nacional, é possível concluir que, embora a Constituição Cidadã possua força normativa e efetividade, a disposição sobre o direito à saúde, na prática, está, em boa parte, no mundo das ideias.

A falta de infraestrutura nos hospitais, assim como a de medicamentos, é problema que afeta grande parte da sociedade. Os usuários do Sistema Público de Saúde (SUS) são os mais afetados, eis que dependem do Estado no cumprimento do dever constitucional na promoção do direito à saúde. Para esse público, formado em sua maioria, por pessoas necessitadas – hipossuficientes - a solução mais viável é buscar assistência jurídica junto à Defensoria Pública para ajuizar ação contra os entes públicos, pleiteando o insumo necessário para o tratamento de sua doença.

Inevitavelmente, as pessoas que dependem desse sistema, ao não encontrarem o tratamento ou medicamento do qual necessitam, recorrem ao Judiciário para tentar efetivar seu direito. Dada a dimensão e inúmeras críticas a esse fenômeno, a escolha deste trabalho baseou-se na necessidade de compreender como os litígios individuais, nessa seara, representam meio legítimo para a efetivação do direito à saúde. Para isso, foram selecionadas as principais críticas, para, após, com base na doutrina e jurisprudência, desconstruí-las.

Para isso, o primeiro capítulo trouxe uma abordagem de cunho histórico e doutrinário a respeito do conceito de saúde e de sua introdução como direito no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Cidadã de 1988. Passando pela classificação didática dos direitos fundamentais em dimensões, a problematização acerca da titularidade do direito à saúde preparou embasamento teórico para analisar as críticas trabalhadas no capítulo seguinte, destinado à abertura do tema da judicialização.

O segundo capítulo realizou inicialmente uma breve abordagem sobre a tutela constitucional do direito à saúde, tratando sobre a previsão legal do Sistema Único de Saúde, assim como aspectos sobre seu funcionamento e financiamento. Em seguida, em síntese, levantou as principais críticas aos litígios individuais, quais sejam: as ações individuais constituiriam não só meio ilegítimo de efetivação do direito à saúde - posto tratar-se de direito social, logo, de titularidade coletiva -, mas também prática de caráter exclusivo – no sentido de excluir os hipossuficientes na busca da tutela judicial. Arelada a essa questão, estaria a violação à reserva do possível e a escassez de recursos, posto que os litígios individuais sobrecarregariam a Administração Pública com gastos que não estavam previstos nem inclusos em seu orçamento, prejudicando, portanto, o funcionamento do SUS. Por fim, abordou ainda o questionamento sobre a interferência do Judiciário nas políticas públicas, implicando afronta ao princípio da separação dos poderes, o que seria agravado pela suposta falta de critérios a serem utilizados nas decisões judiciais.

Com base na abordagem doutrinária do capítulo inaugural, bem como na análise jurisprudencial acerca do tema, destacando-se aqui o julgamento da STA nº 175, no qual foram estabelecidos parâmetros para a concessão de medicamentos pelo Poder Público, foi possível desconstruir cada um dos questionamentos, de forma a enfatizar os equívocos generalizados.

O terceiro capítulo trouxe, inicialmente, a exposição dos parâmetros oriundos da Audiência Pública nº 4, posteriormente fixados no julgamento da STA nº 175, assim como uma breve análise sobre o REsp nº 1.657.156/RJ, que travava sobre o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos pelo SUS. Utilizando a data da publicação da decisão que o julgou improcedente e estabeleceu critérios para o fornecimento de medicamentos não dispensados pelo SUS, isto é, 03/05/2018, foram selecionados três casos concretos, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a partir dos quais foi estudada a forma como os julgadores decidiram essas demandas.

Com essa abordagem, objetiva-se responder se a judicialização individual constitui ou não meio legítimo de efetivação do direito à saúde do direito à saúde. Para isso, inicialmente, é importante enxergar esse fenômeno como uma consequência do descumprimento estatal perante o conteúdo normativo fundamental do direito à saúde, direito social prestacional complexo que demanda uma análise constitucional acerca de sua dupla dimensão, o que foi feito a seguir.

2. O HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A judicialização do direito à saúde não é novidade no contexto brasileiro. Muitos são aqueles que migram de hospital em hospital, de UPA em UPA, em busca de

medicamentos e tratamentos. No final das contas, o resultado é quase sempre o mesmo: pessoas angustiadas e desesperadas, primeiro, por não terem condições financeiras de comprar aquilo que amenizará sua dor ou tratará sua doença, segundo, porque o Estado parece ter esquecido que brasileiros ficam doentes.

Assim, a falta de medicamentos, de profissionais nos postos de saúde, de estrutura nos hospitais, até mesmo a falta de hospitais, é figura marcada na saúde brasileira. Quem não sabe, por falta de conhecimento ou mesmo por descrença, pode assustar-se com o fato de que, pela Constituição de 1988, em seu art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado.¹

“Ser dever” implica na ideia de haver uma obrigação e, se há obrigação, essa será prestada em prol de alguém. No caso em questão, como já explicitado, o credor – aqui, utilizar termos afeitos ao direito das obrigações, embora pareça estranho, na verdade, é perfeitamente compreensível, pois entrega à leitura o tom crítico com o qual deve ser analisada tal questão - é todo o povo brasileiro. A inadimplência do Estado, contudo, impacta fortemente na vida de milhões, seja no sentido do agravamento de uma doença, seja, faticamente, na morte.

Com o descumprimento público quanto à garantia constitucional, muitos, isto é, aqueles que conseguem arcar com os custos de um processo judicial ou, ainda, não possuem recursos, mas sabem que podem contar com a assistência da Defensoria Pública², recorrem ao Poder Judiciário para tentar conseguir obter o fornecimento de medicamentos ou cirurgias que não são viáveis pelo SUS³.

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

² A Defensoria Pública, seja do Estado ou da União, possui papel importantíssimo no trato do acesso à saúde. Mediante a análise prévia da situação financeira do assistido, o que determina traçar seu perfil de hipossuficiência, a Defensoria atua de forma a auxiliar o cidadão de baixa renda a obter o tratamento médico necessário, primeiramente, pela via administrativa. Isto é, visando reduzir a judicialização do

Dessa forma, o Judiciário sobrecarrega-se com milhares de ações que demandam o fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e tratamentos médicos. Os entes federativos, por sua vez, são compelidos a fazer aquilo que não fizeram pela via voluntária, isto é, sendo a sentença procedente, a União, Estados e Municípios (a depender de quem estiver no polo passivo) devem providenciar o que está sendo pleiteado, o que, sem dúvida, envolve gastos. Se por um lado temos aqueles que ainda conseguem acionar o Judiciário (o que não garante o deferimento do seu pleito), por outro lado, temos milhares que ainda não conhecem essa via ou, se conhecem, não têm como arcar com os custos, ficando a mercê, portanto, do precário sistema público de saúde.

Esse, dentre outros vários, é um dos pontos negativos levantados contra a judicialização do direito à saúde. Contudo, compreender como esse fenômeno atingiu

direito à saúde, assim como auxiliar o cidadão na busca pelo fornecimento de tratamento médico, a Defensoria Pública Geral da União, a Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, a Secretaria de Estado da Saúde, a Secretaria Municipal de Saúde e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mediante uma ação conjunta e integrada, em 2013, criaram a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS). Nas unidades das CRLS é realizada uma busca para saber se o medicamento pleiteado é fornecido pelo SUS e, caso positivo, é feita uma busca para saber se o insumo está disponível nos estoques do SUS e qual unidade básica de saúde pode fornecê-lo. Se o medicamento estiver em falta ou não for fornecido pelo SUS, aí sim a Defensoria ingressa com a respectiva ação judicial pleiteando o medicamento em questão. Trata-se de um procedimento que tem auxiliado muitas pessoas a conseguir administrativamente os insumos de que necessitam, contudo, ainda existem grandes obstáculos que dificultam a eficiência desse sistema, como o fato de muitas pessoas ainda não conhecerem a finalidade da assistência jurídica pela Defensoria Pública, a própria falta de estrutura da instituição, assim como o sucateamento do sistema público de saúde, o que faz ser frequente a falta de medicamentos nas unidades básicas de saúde, o que, por consequência, aumenta a judicialização do direito à saúde.

³ De acordo com um estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União disponibilizado no site <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm> em 23/08/2017, a União teve um gasto estimado em um bilhão de reais, em 2015, com processos judiciais referentes à saúde, dentre os quais 80 % corresponde ao fornecimento de medicamentos, sendo alguns não fornecidos pelo SUS.

tamanha proporção requer análise prévia, primeiramente, sobre o conceito de saúde em si.

1.1 – O conceito de saúde

O conceito de saúde varia de acordo com o momento histórico, contexto social, cultural e territorial, o que traz, como resultado, ampla variação de acordo com a realidade analisada. Assim, a pessoa que vive hoje no Brasil terá uma concepção de saúde diferente daquela que viveu aqui na década de 60, por exemplo. Dessa forma, em que pese estar se falando de uma mesma época e mesma região, fatores como realidade econômica, social e política, concepções científicas e até mesmo posicionamento religioso irão trazer diferentes conceitos sobre o mesmo tema.

A concepção de saúde foi mudando não só com tais fatores, mas principalmente de acordo com o desenvolvimento da curiosidade humana. Assim, sob uma análise geral, nos momentos históricos marcados pelo apego a figuras divinas ou mágicas – como na Antiguidade - a saúde relacionava-se à ideia de esperança, de auspiciosidade, isto é, da boa relação entre o homem e as figuras divinas, ao passo que a doença era vista como uma espécie de punição por atitudes que desagradassem as mesmas entidades. Nesse cenário, figuras como sacerdotes, feiticeiros e xamãs apareciam como os responsáveis por curar doenças com base em rituais, orações e sacrifícios.

Conforme o homem foi distanciando-se da religião e aproximando-se da razão, descobriu que procurar respostas era uma das melhores formas de evoluir. Assim, em períodos marcados pela busca por novos conhecimentos, fossem eles científicos, filosóficos ou sociais, a concepção de saúde começou a ser vista como uma interação entre o homem e o meio externo a ele. Por essa abordagem, fatores físicos como a alimentação começaram a ser estudados de forma a proporcionar conhecimentos mais profundos sobre a anatomia humana.

Contudo, apenas no final da década de 1970 a concepção do binômio saúde-doença começou a ser tratada de forma abrangente, isto é, saúde era um conceito complexo que abrangia não só o corpo e o impacto de agentes como vírus e germes sobre o sistema físico, mas sim a relação integrada entre essas partes e o meio externo em si. Assim, não só aspectos como alimentação e higiene eram considerados, mas também fatores como o meio social e econômico passaram a ser considerados como partes essenciais para a formulação do moderno conceito de saúde.

Sobre a diversidade de conceitos de saúde ao longo das épocas, Fernando Aith ensina⁴:

as concepções de saúde também são elaboradas através de uma relação direta entre o indivíduo e o social. A saúde era concebida, às vezes, como uma simples ‘ausência de doença’, outras vezes como ‘uma reserva corporal’, ou, ainda, como ‘um fundo de saúde’ inato e que permite ao organismo resistir contra todas as agressões feitas pelo corpo social. Também podemos encontrar concepções da saúde como ‘equilíbrio’ que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros. Essas diferentes concepções de saúde constituíam entidades fluidas, podendo coexistir, e aptas a dar conta das diferentes facetas da experiência das pessoas, mas o ‘equilíbrio’ apresentou-se como uma concepção positiva da saúde, tendo sido adotada tal concepção pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

Nas sociedades contemporâneas, inicialmente, o reconhecimento da saúde como direito recebeu diversas críticas. Argumentava-se que a preocupação com a saúde caberia às ciências biológicas, não havendo motivo aparente que justificasse a tutela jurídica desse tema. Contudo, principalmente após a primeira e segunda guerras mundiais, com o uso de armas e bombas que provocaram a morte e mutilação de milhares, a comunidade internacional não pôde mais abster-se em relação à saúde, pois

⁴ AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

tornou-se clara a importância e proteção desse direito para a segurança e preservação da humanidade.

Impelida pelas atrocidades das duas grandes guerras, assim como pela noção que o desequilíbrio entre países, seja no sentido econômico, político e social, é uma das fontes originadoras de conflitos armados, a comunidade internacional sentiu a necessidade de criar um organismo que regulasse as interações entre os Estados, de forma a estabelecer um convívio equilibrado a nível internacional. Essa necessidade materializou-se em 1945, por meio da Organização das Nações Unidas – ONU, organismo que incentivou a criação de outros órgãos especiais para a promoção e garantia de direitos considerados essenciais aos homens.

No âmbito internacional, portanto, coube à ONU o pioneirismo em um esboço que tratasse a saúde como um dos direitos essenciais a qualquer vida digna. Foi assim que, em seu art. 25, a ONU trouxe a saúde como um dos pilares de um padrão de vida mínimo, colocando-a ao lado de garantias básicas como cuidados médicos, alimentação e serviços sociais⁵.

Assim, frente à dimensão da importância de sua garantia, proteção e promoção, a ONU criou a Organização Mundial da Saúde - OMS com o objetivo de desenvolver o nível de saúde de todos os povos. Por intermédio de sua constituição assinada em 26 de julho de 1946, a saúde ganhou o status de garantia basilar para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança.⁶ Assim, no preâmbulo de sua constituição, a OMS conceituou saúde como sendo *o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*.

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 25

⁶ Constituição da Organização Mundial de Saúde, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em New York de 19 a 22 de julho de 1946.

Esse conceito, contudo, por sua abrangência e utopia, foi criticado por muitos, pois, na verdade, o que seria o bem-estar? Pela forma como o termo foi utilizado, percebe-se que a OMS o tratou da forma mais vaga e genérica possível, o que levantou questionamentos sobre a pluralidade de ideias sobre o que seria um bem-estar físico, mental e social. Fato é que a definição traz consigo uma grande carga de subjetividade, pois varia de acordo não só com a realidade interna, mas também com a realidade externa de cada indivíduo. Assim, o que é considerado como bem-estar para um, poderá não ser para outro, variação esta que também será encontrada quando comparadas as concepções sobre o mesmo termo em sociedades em momentos histórico, político e econômicos diferentes.

É justamente este aspecto que levanta a crítica mais comum sobre o conceito trazido pela OMS, pois, ao considerar o alto grau de subjetividade do termo bem-estar, a conceituação de saúde poderia ser utilizada para legitimar estratégias de controle e exclusão do que é considerado como indesejável e perigoso. A lógica é de exclusão porque tudo aquilo que é considerado como gerador de bem-estar numa sociedade passará a ser interpretado como uma ação a ser promovida e incentivada, ao passo que aquilo que não estiver nesse rol, será rechaçado como um hábito ruim. Porém, sendo um termo permeado por subjetividade, o indivíduo saberá o que lhe traz bem-estar de forma a promover a sua saúde, mas como a sociedade estabelecerá o que é bem-estar físico, mental e social para os demais? ⁷ Assim, por exemplo, se um Estado passa a adotar políticas públicas que não condizem, de uma forma geral, com um modelo de saúde cultivado pelas pessoas, por certo estas vão encontrar-se frustradas perante o modelo de saúde público disponibilizado.

Nas palavras de Moacyr Scliar⁸:

⁷ LUNARDI, Valéria Lerch. **Problematizando Conceitos De Saúde, A Partir Do Tema Da Governabilidade Dos Sujeitos**. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v.20, n.1, p.26-40, jan. 1999.

⁸ SCLiar, Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007, p. 37-39

A amplitude do conceito da OMS (visível também no conceito canadense) acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde. Em decorrência da primeira objeção, surge o conceito de Christopher Boorse (1977): saúde é ausência de doença. A classificação dos seres humanos como saudáveis ou doentes seria uma questão objetiva, relacionada ao grau de eficiência das funções biológicas, sem necessidade de juízos de valor.

Em que pese as críticas sobre o conceito abstrato e subjetivo, é importante destacar o reconhecimento e importância que a comunidade internacional atribuiu à saúde, que, saindo das limitações de cada Estado, passou a ser um compromisso de todos perante à humanidade. Com essa dimensão, a saúde passou a ser considerada um dos direitos mais básicos e essenciais do indivíduo, tornando-se, portanto, objeto de tutela jurídica, eis que intrínseca à dignidade humana.

1.2 - O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: como o constituinte de 1988 tratou o direito à saúde como um direito social de cunho defensivo e prestacional.

No ordenamento jurídico nacional, seguindo a evolução internacional no que diz respeito à proteção e promoção dos direitos humanos, a saúde tornou-se objeto de tutela jurídica pela primeira vez com a Constituição Cidadã que, de forma genérica, a incluiu no rol dos direitos sociais no art. 6º. Tratando-a de forma mais detalhada, o constituinte reservou uma seção com as principais regras sobre quais ações o Poder Público deverá desenvolver para promovê-la, assim como suas diretrizes. Por essa abordagem o art. 196 dispôs:

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

Assim, a saúde não só passou a ser tutelada como bem jurídico pelo constituinte, mas principalmente como direito fundamental. Sendo direito fundamental, as normas constitucionais que dele tratam possuem eficácia e aplicabilidade plena, isto é, são normas de aplicabilidade imediata, direta e integral que não dependem de lei posterior, produzem efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, não necessitam de regulamentação e não podem ser contidas pelo legislador ordinário.

O direito à saúde é, acima de tudo, um direito social de cunho defensivo e prestacional. Aqui, é importante retornar ao cerne dos direitos fundamentais e destacar o que eles representam: a garantia da pessoa frente ao abuso de poder do Estado.

Em prol de uma abordagem didática, a doutrina classificou os direitos conforme as demandas de cada período histórico. Assim, no contexto dos séculos XVII e XVIII, período marcado pela Revolução Francesa, quando o que se buscava era justamente reagir contra a opressão que o Estado exercia contra as liberdades individuais, tem-se a primeira dimensão – é comum encontrar também o emprego do termo geração, mas este recebe críticas por passar a ideia de que uma geração superaria a outra – correspondente aos direitos de cunho negativo, posto que reclamavam uma abstenção do Estado, ou seja, um não agir, de forma a impedir o abuso de poder estatal contra as liberdades individuais. Os direitos civis e políticos, portanto, foram abrangidos por essa dimensão.

Na segunda dimensão, por sua vez, o contexto histórico tem como pano de fundo a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, que deixaram o saldo negativo de milhares de vidas perdidas com armas que a humanidade até então não tinha visto, e expuseram a perda de força do Estado Liberal, que não conseguia mais atender as

demandas sociais. Com o resultado do conflito mundial armado, que deixou vários países em situação alarmante, ficou clara a necessidade que cada Estado positivasse em seu ordenamento jurídico direitos que garantissem um mínimo existencial. Os direitos de segunda geração ficaram caracterizados principalmente por serem direitos prestacionais, ou seja, demandavam ações do Estado, que passou a ter que promover meios que tornassem possível sua concretização. Assim, a saúde, a educação e o trabalho, por exemplo, passaram a fazer parte da pauta do agir estatal. Contudo, é equivocado pensar que tais garantias reclamam apenas ações positivas, posto que nelas o Estado continua tendo o dever de não agir de forma violá-las.

Quanto a esse duplo caráter dos direitos sociais, o direito à saúde acaba constituindo um bom exemplo, pois não só o Estado, assim como terceiros possuem o dever negativo de se abster em praticar qualquer atitude ou iniciativa que atinja negativamente a saúde de outra pessoa. A título de exemplo, a violação à integridade física constitui ação que pode repercutir na esfera criminal e cível. Trata-se, portanto, de prática proibida e punível pelo ordenamento jurídico, que, para dar cumprimento à proteção constitucional, positivou uma série de normas que buscam justamente, direta ou indiretamente, garantir o direito à saúde. É importante perceber que esse dever negativo se estende também próprio indivíduo, que passa a ter a obrigação de respeitar sua integridade física. Tanto é assim que alguns procedimentos cirúrgicos são proibidos por lei, em que pese o consentimento da pessoa, também em prol da preservação de sua saúde⁹.

Assim, o direito à saúde disposto no art. 196 da CRFB/88 apresenta todas essas características, ou seja, é um direito dever que implica na promoção, pelo Estado, de ações e políticas que garantam a todos sua concretização, sendo este seu caráter prestacional, eis que o cunho negativo se demonstra na vedação de qualquer prática que

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007, Disponível na Internet: <http://www.direito.com.br/rere.asp>. Acesso em 15 de maio de 2018.

contrarie essa garantia constitucional. Essa abstenção, conforme visto, não está restrita ao Poder público, posto que terceiros também devem respeitar a saúde alheia.

Por essa abordagem, o direito-dever em questão irradia-se para todos e para cada um. Em que pese parecer clara essa difusão, a doutrina encontrou espaço para o debate sobre a titularidade do direito à saúde, tópico que, a considerar o tema objeto do presente trabalho, merece especial destaque.

1.3 - A problemática sobre a titularidade do direito à saúde.

A discussão acerca da titularidade do direito à saúde envolve uma análise conjunta de dispositivos constitucionais que consagram o princípio da universalidade dos direitos fundamentais. Assim, em que pese o caput do art. 5º estabelecer que os direitos e garantias nele previstos são assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a letra do art. 196 da CRFB/88 é clara ao afirmar ser a saúde direito de todos. Além disso, a lógica adotada pela ordem constitucional brasileira encontra fundamento no §2º do art. 5º, segundo o qual *os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Ao considerar a introdução do §3º ao art. 5º pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que representou uma abertura do ordenamento jurídico brasileiro aos tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados mediante o procedimento constitucional estabelecido, compreende-se que os direitos fundamentais são garantias estendidas a todos, inclusive ao estrangeiro não residente no Brasil. Trata-se por tanto, de direitos intrinsecamente ligados à garantia da própria vida e dignidade da pessoa humana, o que justifica, portanto, sua titularidade coletiva.

Assim, o texto constitucional atribuiu a todos a titularidade dos direitos fundamentais sociais, como se percebe, por exemplo, da dicção do art. 225, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ...”, e do art. 203, que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar...”. Contudo, ser direito de todos não implica na exclusão da titularidade individual, como se só fosse possível falar na titularidade coletiva (transindividual) do direito à saúde¹⁰. Aqui, é importante compreender que a divisão que classifica as garantias em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração foi feita com fins meramente didáticos, o que torna, portanto, equivocada a distinção entre direitos individuais (direitos civis e políticos) e sociais, econômicos e culturais com base na titularidade, como se o indivíduo fosse o titular dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), a coletividade, dos direitos da segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e a humanidade, dos da terceira geração (relacionados ao valor solidariedade e fraternidade, seria o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente).

A distinção com base na titularidade está equivocada, pois, primeiro, nenhum direito existe sozinho, isto é, os direitos complementam-se e conectam entre si; segundo, porque os direitos fundamentais foram frutos de movimentos sociais travados ao longo do tempo contra as arbitrariedades e abusos de poder por parte do Estado. Por essa abordagem, os direitos fundamentais, como os direitos sociais, incorporados ao direito constitucional visavam, inicialmente, proteger a própria vida e dignidade da pessoa humana individualmente considerada. Assim, utilizando o direito à saúde como é exemplo, que é um direito social, fica claro o fato de que a sua tutela objetiva proteger e promover a saúde do indivíduo – titularidade individual – , o que foi conquistado mediante movimentos sociais de reivindicação do qual cada pessoa faz parte. Trata-se portanto, de direito em que coexistem as dimensões individual e coletiva, sem que uma exclua a outra, sendo este um dos entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de agravo regimental contra decisão que negou provimento à suspensão de tutela antecipada (STA Nº 175, 18/09/2009).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. Revista Brasileira de Direito Municipal: RBDM, Belo Horizonte, v. 17, n. 60, p. 45-71, abr./jun. 2016. Disponível na internet em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117358>. Acesso em: 18/05/2018.

Compreendida a dimensão coletiva e individual do direito à saúde, passa-se à análise da judicialização individual – visto que é a mais criticada – dessa garantia.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme já visto, os direitos sociais caracterizam-se principalmente por sua natureza prestacional, o que implica o direito à prestações materiais a serem cumpridas pelo Estado. Contudo, mesmo consubstanciando-se em normas constitucionais de eficácia plena, para sua efetiva concretização, os direitos sociais dependem de ações que possibilitem ao cidadão o acesso aos meios necessários para cuidar de sua saúde, e isso requer gastos. Fala-se, portanto, em investimentos em saneamento básico, ações públicas para vacinação; formação e qualificação de profissionais; construção e manutenção de hospitais; compra de medicamentos e insumos variados, dentre outros.

Na verdade, tal dever reverte-se na responsabilidade solidária que os entes federativos possuem em cuidar da saúde, o que encontra não só respaldo legal constitucional, com base no art. 23, II, CRFB/88¹¹ e no art. 7º, XI, da Lei Federal nº 8.080/90¹², mas também jurisprudencial, haja vista o Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado nesse sentido, por exemplo, no julgamento do RE 566.471¹³ e do RE 195.192/RS¹⁴.

¹¹ Art. 23, II, CRFB/88: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹² Art. 7º, IX, Lei nº 8.080/90: 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: (...) IX - 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;

¹³ O tema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde foi objeto do julgamento do RE 566.471, que ficou sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, e recebeu repercussão

No ordenamento jurídico brasileiro, a saúde constitui segmento autônomo da Seguridade Social, que também é um direito social. Nessa pauta, no que diz respeito às ações do Estado para a promoção da saúde, o primeiro esboço sobre Sistema Único de Saúde aparece no §10º do art. 195 da CRFB/88, segundo o qual *A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.*

2.1 – Considerações sobre o Sistema Único de Saúde

As competências do SUS estão elencadas no art. 200 da CRFB/88, que foi posteriormente regulado pela Lei nº 8.080/90, que o conceitua como sendo *O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde.*

Como se vê, a concretização do direito à saúde baseia-se, na prática, de acordo com o art. 198 da CRFB/88, em uma rede regionalizada e hierarquizada, que é guiada por quatro diretrizes, quais sejam, direção administrativa única em cada esfera do governo, descentralização político-administrativa, atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas e participação da comunidade.

geral sob a seguinte ementa: SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

¹⁴ “SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Para que esse sistema funcione, é imprescindível que o Estado consiga equilibrar os gastos com a saúde e com a captação de recursos. A captação de recursos, isto é, o financiamento do SUS, se dá na forma art. 195 da CRFB/88, ou seja, recursos que vêm do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Para dar maior aporte ao custeio da saúde, a Emenda Constitucional nº 29/2000 acrescentou dois parágrafos ao art. 198 da CRFB/88, estabelecendo percentuais mínimos que a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde. Em atendimento ao §3º do mesmo dispositivo constitucional – que determinava caber à lei complementar fixar os valores desses percentuais mínimos – o assunto foi disciplinado pela Lei Complementar nº 141/2012.

O art. 200 da CRFB trouxe as competências do SUS, o que foi regulado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Por fim, a Constituição estabeleceu que a saúde não é exclusividade do Poder Público, podendo as instituições particulares participar, de forma complementar, do SUS, sendo vedado, contudo, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, isto é, o Estado não poderá auxiliar empreendimentos econômicos na área da saúde com recursos público, conforme dita o art. 199 da CRFB/88¹⁵.

Como se vê, o sistema de alocação de recursos para a concretização do direito à saúde foi previsto e organizado pelo constituinte e pelo legislador ordinário, contudo, a realidade mostra que cumprir as regras tem sido algo muito difícil, o que se reflete na prática, na existência de um sistema público sucateado, que não consegue atender a

¹⁵ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Resumo de Direito Previdenciário*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Impetrus, 2016, p. 4.

grande demanda. Na verdade, a ideia que se tem sobre o direito à saúde em si é muito interessante, mas uma sociedade marcada por grandes desigualdades sociais faz com que muitos dependam de um sistema que não foi elaborado – pelo menos é o que parece – para suportar tanto. O resultado revela-se na falta generalizada, isto é, na falta de infraestrutura de hospitais, de Unidades de Pronto Atendimento, de profissionais, de materiais para a realização de procedimentos cirúrgicos, de vagas em hospitais, e, principalmente, de medicamentos. Muitas vezes, o mais simples falta.

A incompatibilidade entre um sistema público de saúde deficitário e a expressiva quantidade de pessoas que o buscam dá ensejo ao fenômeno que ficou conhecido como a judicialização do direito à saúde, tema que há tempos tornou-se objeto de estudo nas mais variadas áreas do conhecimento, dada sua relevância social.

2.2 – Críticas aos litígios individuais na seara do direito à saúde

Sendo a saúde um dos aspectos mais frágeis e essenciais à vida de todo indivíduo, na falta de efetividade dos meios implementados pelo Poder Público para cumprir o dever constitucional em questão, as pessoas recorrem ao Judiciário para terem atendidas suas necessidades. Assim, diariamente, centenas de ações são ajuizadas com o objetivo de obter a concessão de medicamentos e tratamentos por parte do Poder Público. Essas demandas podem ser ajuizadas coletiva ou individualmente, sendo estas as mais criticadas, visto o impacto que provocam no orçamento público.

Inicialmente, é importante compreender que as críticas à judicialização do direito à saúde têm fundamentos diversos, mas aqui, o que mais se destaca diz respeito à noção de coletivo. Coletivo porque se pensa que o Estado tem o dever constitucional positivo, perante a sociedade, de promover as ações e meios necessários que garantam a concretização do direito à saúde. É justamente esse caráter de coletividade um dos principais fatores geradores de críticas às demandas individuais, pois faz surgir a ideia de que com esses litígios, o Judiciário estaria impondo ao Poder Público a satisfação

perante uma única pessoa, enquanto muitas outras, que também estão precisando de prestações da mesma natureza, não estão sendo contempladas por este provimento.

Assim, surge um complexo debate em torno do tema objeto do presente trabalho, e analisar o alcance das relativas objeções por certo auxiliará a compreender como os litígios individuais representam meio efetivo para a concretização do direito à saúde. A primeira crítica diz respeito à ideia de os litígios individuais representarem via ilegítima de efetivação do direito à saúde. Segundo os defensores dessa abordagem, por ser um direito social, o direito à saúde é de titularidade coletiva, e, justamente por isso, não poderia ser subjetivado individualmente para fins de demandas judiciais. Na mesma linha, por se tratar de ações que envolvem deveres estatais que deveriam ser aproveitados por toda sociedade, não seria lógico que essa obrigação, quando judicializada, seja aproveitada tão somente pelo demandante.¹⁶

Derivada dessa crítica, a segunda objeção surge no sentido de afirmar que os litígios individuais, além de impactarem negativamente no orçamento destinado ao sistema público de saúde por intermédio de ofensa ao princípio da reserva do possível, constituiriam um modelo excludente das minorias, ou seja, aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as custas de um processo judicial, o que violaria a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário.

O terceiro questionamento diz respeito à violação do princípio da separação dos poderes. Por essa abordagem, o Judiciário, ao deferir pedidos de fornecimento de medicamentos e outros de natureza semelhante, estaria interferindo em matéria que não é de sua alçada, qual seja, a elaboração de diretrizes de políticas públicas referentes ao direito à saúde. Dessa forma, em suas decisões, os magistrados não considerariam o impacto que o deferimento dessas demandas acarretaria no orçamento público,

¹⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 41, p. 184 a 203, julho/dezembro 2012.

considerando que não haveria um padrão para a análise dos casos concretos, isto é, como saber quando atender ou não ao pleito realizado¹⁷.

De forma geral, embora parte das críticas às demandas individuais na verdade distorça pontos essenciais do direito social sob análise, outras são válidas no sentido de nos fazer pensar de forma diferente sobre esse fenômeno. Respondê-las, portanto, é o melhor caminho para compreender como os litígios individuais representam um meio legítimo de efetivação do direito à saúde.

2.3 – Desconstruindo as críticas

A discussão acerca da titularidade do direito à saúde há tempos tornou-se tema objeto de estudo por parte da doutrina, entrando também no âmbito jurisprudencial. Para afastar a legitimidade das ações individuais que pleiteiam da Administração Pública o cumprimento de prestações como o fornecimento de medicamentos, vagas em hospitais e realização de cirurgias, por exemplo, a tese segundo a qual o direito à saúde, por ser um direito social, possuiria titularidade coletiva, apresenta a judicialização individual como violação à uma garantia constitucional que deveria ser desfrutada por todos.

Essa objeção, contudo, não está em consonância com o alicerce jurídico-constitucional brasileiro, posto que a norma fundamental que rege o ordenamento pátrio baseia-se na defesa e promoção dos direitos fundamentais. Assim, o art. 1º, III, da CRFB/88 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro. Está claro que a saúde sempre foi e será fator essencial para qualquer existência digna, o que faz com que a ausência dos meios necessários para sua promoção e concretização afete diretamente o mínimo existencial.

¹⁷ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro.

De fato, a relação entre a concretização dos direitos sociais – no caso, do direito à saúde – e o mínimo existencial afeta diretamente o exercício de outro exercício básico, qual seja, o direito à liberdade. O raciocínio que aqui se faz é importante, pois esclarece, nessa parte, como é infrutífera a objeção à dupla titularidade do direito à saúde.

Segundo Ricardo Lobo Torres¹⁸, o mínimo existencial corresponderia ao direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Essas condições mínimas englobam inúmeras garantias, como o direito à saúde, à moradia, à educação e à liberdade, por exemplo. Exatidão, portanto, é aspecto que não encontra lugar no limiar do conceito de mínimo existencial.

Dessa forma, quando o indivíduo é privado das condições básicas para sua sobrevivência, sua liberdade também lhe é tirada, posto que não possui os meios necessários para o exercício de seus direitos. Como integrante do cerne do mínimo existencial, o direito à saúde é inerente à pessoa humana. Assim também pensou o constituinte de 1988 ao consignar que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Embora os termos utilizados remetam o intérprete a uma ideia de coletividade – o que está certo -, a titularidade individual do direito à saúde também é tutelada pela proteção constitucional.

Por essa abordagem, criticar, no sentido de negar, a simultânea titularidade individual e coletiva do direito à saúde, significa afastar-se da perspectiva constitucional que o direito à saúde é de todos e de cada um, pois trata-se de garantia que está

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, julho/setembro, 1989. Disponível na internet em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271> > Acesso em 20/05/2018.

intrinsecamente ligada à proteção à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana individualmente considerada. No mesmo sentido, Ingo Sarlet expôs¹⁹:

Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá – como demonstrado na parte introdutória do presente ensaio – haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso é que, consoante já adiantado, se trata de uma relativamente nova – e manifestamente equivocada ! – estratégia para impedir (o que é aceitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que é possível e pode mesmo ser adequado) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas ou concretizam deveres em matéria social, estratégia que – entre outros aspectos a serem desenvolvidos logo mais adiante – acaba por confundir a titularidade em si de um direito fundamental, ou seja, a condição da pessoa ser o sujeito de direitos, com eventual restrição do objeto do direito ou mesmo eventual restrição do acesso a alguma prestação por conta de uma condição econômica privilegiada ou outros critérios que aqui não se poderá aprofundar.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. Revista Brasileira de Direito Municipal: RBDM, Belo Horizonte, v. 17, n. 60, p. 45-71, abr./jun. 2016. Disponível na internet em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117358>. Acesso em: 20/05/2018.

Embasando a doutrina, a jurisprudência veio com vários casos nos quais externou seu entender no mesmo sentido, destacando-se aqui a decisão proferida no AgR-RE nº 271.286-8/RS, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu o direito à saúde como sendo um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.

No mesmo caminho seguiu o Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação judicial mesmo nos casos de litígios individuais. Assim, no julgamento do AgRg no Resp 872733/SP, o Ministro Herman Benjamin proferiu o seguinte entender:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE PESSOA FÍSICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Estado de São Paulo impugna a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico. 2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica - matéria própria da Defensoria Pública -, mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), não disponível. 3. Ainda que o Parquet tutele o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Cuida-se, portanto, de interesse público primário, de que não se pode dispor. 4. Agravo Regimental não provido.

(STJ – AgRg no REsp: 872733 SP 2006/0167068-9, Relator: Minsitro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/08/2010, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 27/04/2011).

Conclui-se, portanto, pela doutrina e jurisprudência, que o direito à saúde possui dupla dimensão, posto que é direito da coletividade, mas também da pessoa individualmente considerada, o que legitima inclusive o Ministério Público para atuar na defesa de direito individual quando houver prejuízo de risco de dano irreparável ou de difícil reparação à pessoa²⁰.

Contudo, conforme abordado, ainda sob aspecto semelhante, a judicialização individual é vista também como uma forma de exclusão das minorias. Aqui, parte-se da ideia dos altos custos que um processo judicial pode trazer a parte, o que afastaria aqueles não poderiam ingressar na esfera judicial. Atrelada a essa questão, estaria também um dos argumentos mais utilizados pela advocacia pública em suas peças de defesa/recursos, qual seja, a violação à reserva do possível e a escassez de recursos, posto que os litígios individuais sobrecarregariam a Administração Pública com gastos que não estavam previstos nem inclusos em seu orçamento, prejudicando, portanto, o funcionamento do SUS.

Aqui também se recorre à jurisprudência para explorar os motivos pelos quais a violação à reserva do possível não é argumento para deslegitimar as ações individuais na área do direito à saúde. No julgamento do AgR 175, o Ministro Relator Gilmar Mendes, resgatando as principais conclusões que conseguiu extrair da Audiência Pública – Saúde, levantou dado que nessa parte se destaca. A vasta e diversificada abordagem doutrinária sobre o direito à saúde no Brasil demonstra que os maiores obstáculos à concretização desse direito não correspondem à ausência de políticas

²⁰ SOARES, Eduardo José de Carvalho. Direito (humano) fundamental à saúde: titularidade. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=146017373d58c750>. Acesso em 20/05/2018

públicas para esse fim, mas sim ao não cumprimento das existentes. Considerando esse levantamento, ao deferir os pleitos das demandas individuais, o Judiciário não estaria interferindo em ação de competência do Executivo e nem incluindo débito na conta do orçamento público, pois, o que está sendo buscado pela via judicial deveria estar sendo fornecido administrativamente pelo Estado. Nesse sentido, o Relator entendeu²¹:

Levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

(...)

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

Em relação ao caráter exclusivo que a judicialização individual – devido à falta de isonomia quando ao acesso à justiça, tendo em vista os custos envolvidos - promoveria, trata-se também de argumento pouco proveitoso. Basta lembrar-se da atuação em massa da Defensoria Pública – do Estado e da União – em ações que buscam justamente o fornecimento de medicamentos e outras prestações da mesma natureza. Como se sabe, a Defensoria Pública foi uma instituição criada justamente para dar maior efetividade ao exercício da cidadania por parte daqueles que não possuem recursos para recorrer ao Judiciário. Trata-se, portanto, de público hipossuficiente que,

²¹ Decisão STA 175, STF, rel. min. Gilmar Mendes.

pela prática de funcionamento destas instituições, no ato do atendimento inicial deve apresentar documentos que realmente comprovem o estado de hipossuficiência alegado, justificando o deferimento de assistência jurídica integral e gratuita²².

Sob essa ótica, a concessão de prestações sociais a determinados indivíduos não pode ser afastada por argumento que afirma ser tal prática violadora do direito de terceiros, no sentido de provocar instabilidade no orçamento público (ofensa à reserva do possível). No caso, se o ajuizamento de ações individuais de fato acarreta no comprometimento das contas públicas, caberá à Administração o ônus no que diz respeito à falta efetiva e justificada de recursos para o atendimento de outras demandas. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal na decisão proferida no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9, RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2008²³. Vejamos:

Entendo, igualmente, inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), legalmente estabelecido pelas normas que regem o

²² Atualmente, de acordo com a Resolução nº 134 de 07 de dezembro de 2016, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, para ser considerado hipossuficiente, a pessoa deverá possuir renda familiar cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor total de R\$ 2.000,00. Se superar esse teto, a pessoa poderá apresentar comprovantes de gastos extraordinários (gastos com saúde, educação, alimentação, moradia, dentre outros), o que ficará a cargo da análise do defensor que está atuando no processo administrativo. No mesmo sentido, a Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública Geral do Estado nº 124 de 20 de dezembro de 2017 estabeleceu os critérios para fins de presunção absoluta de hipossuficiência para pessoa física, que será assim considerada se (i) a renda mensal líquida individual for de até 3 (três) salários mínimos ou a renda mensal líquida familiar for de até 5 (cinco) salários mínimos (devendo atender também aos critérios fixados nos incisos II e III do mesmo dispositivo).

²³ Na origem, trata-se de ação ajuizada individualmente, com pedido de tutela antecipada, contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Igrejinha, buscando garantir o fornecimento do medicamento Glivec 400Mg (hidroxiuréia), tratamento que foi prescrito à demandante, que possuía Leucemia Mielóide Crônica. Para isso, alegou que o medicamento encontrava-se indisponível no Município e que não tinha condições financeiras de arcar com o tratamento. O juízo de primeiro grau concedeu a tutela antecipada, contudo, o Município de Igrejinha recorreu da decisão apresentando pedido de suspensão de liminar ao Presidente do TJ/RS, o que foi indeferido monocraticamente. Contra a decisão monocrática o Município interpôs agravo regimental, também desprovido, porque o Tribunal entendeu que o ente não provou suposta violação à reserva do possível, além de o dever de fornecer medicamentos ser solidário entre os entes federativos.

Sistema Único de Saúde, e tecnicamente especificado pelas Portarias do Ministério da Saúde.

(...)

O Município de Igrejinha, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência da lesão aos cofres municipais, limitando-se a sustentar que o medicamento deve ser fornecido pelo Estado do Rio Grande do Sul e que as decisões judiciais, nesses casos, violam o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).

Assim, fica afastada a objeção segundo a qual o atendimento às demandas individuais criaria um grupo privilegiado de litigantes que conseguem ter acesso à justiça. Aqui é importante destacar, por conclusão simples, que, principalmente na seara do direito à saúde, somente aqueles que realmente necessitam recorrem ao Judiciário como forma de ter sua pretensão atendida. Por essa análise, primeiramente, é lógico e razoável pensar que, surgindo enfermidade que reclame tratamento mediante uso de remédios ou de intervenções de natureza semelhante, a pessoa vai buscar ter acesso ao tratamento médico através da rede privada – se tiver condições de arcar com os gastos – ou do SUS. Em ambos os casos, estando o medicamento/tratamento prescrito fora do alcance do indivíduo, seja pelo preço elevado, pela falta nos estoques do SUS ou pelo não fornecimento/comercialização em razão de falta de registro na ANVISA, recorrer ao Judiciário aparecerá como última medida, e não como a primeira providência ser tomada. Nesse sentido, Ingo Sarlet entendeu²⁴:

Os litigantes individuais (e coletivos) não constituem um bando de mal-intencionados egoístas disposto a saquear, em benefício próprio e com o auxílio do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário, os cofres públicos, o que, embora

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. Revista Brasileira de Direito Municipal: RBDM, Belo Horizonte, v. 17, n. 60, p. 45-71, abr./jun. 2016. Disponível na internet em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117358>. Acesso em: 20/05/2018.

não seja como tal formulado em algumas falas, acaba, por vezes, pelo menos sendo sugerindo sutilmente.

A terceira crítica em estudo contesta a atuação do Judiciário no trato dos litígios individuais e nos remete aos inúmeros pedidos de suspensão realizados pela Administração Pública contra decisões judiciais que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais várias prestações de saúde²⁵. Tais pedidos fundamentam-se na violação ao princípio da separação dos poderes, afirmando que ao conceder individualmente prestações sociais que se destinam à sociedade, o Judiciário estaria invadindo a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas e, pior, incentivando a judicialização em massa.

Além disso, os defensores dessa abordagem afirmam que pela impropriedade, isto é, por não ser de sua competência estabelecer diretrizes de políticas públicas e por naturalmente não compreender especificamente o assunto em questão – saúde -, os julgadores não teriam critérios ou parâmetros para utilizar na análise do caso concreto, o que provocaria uma produção diversificada de decisões em sentidos contrários. Essa objeção, embora pertinente, será melhor tratada no próximo capítulo. Ater-se à suposição acima proporcionará abordagem mais organizada do assunto.

Segundo Ricardo Perlingeiro²⁶, no que diz respeito às faculdades discricionárias, o Poder Judiciário examina se a ação ou omissão administrativa excedeu os limites do poder discricionário, se a atuação foi conforme a finalidade estabelecida na norma que outorga a faculdade e se foram efetivamente vulnerados direitos fundamentais ou

²⁵ De acordo com o art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Corte poderá, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais.

²⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 41, p.184 a 203, jul/dez2012. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>

princípios. Além disso, o Judiciário também atua quando o administrador age de forma omissiva, deixando de cumprir atividade que era de seu dever.

O estudo da judicialização do direito à saúde no Brasil demonstra que o problema da eficácia dessa garantia constitucional está mais relacionado à falta de execução administrativa das políticas públicas pela Administração pública. A questão, portanto, se problematiza fundamentalmente não na ausência de políticas públicas ou de legislação específica, mas sim no cumprimento das existentes²⁷.

Por essa perspectiva, compreende-se se o Judiciário não extrapola sua função institucional, ou seja, não viola o princípio da separação dos poderes ao tratar dos litígios individuais envolvendo o direito à saúde. Na verdade, ao tutelar o direito daqueles que não são atendidos pelas políticas públicas de saúde elaboradas pela Administração, o que o Judiciário faz – na maioria das vezes - é dar cumprimento ao que já está programado, porém, não implementado. Esses são casos caracterizados, por exemplo, pela falta de medicamentos nos estoques do SUS, ou de vagas em hospitais públicos. Assim, tratando-se de direito à essencial à vida, não é razoável esperar que o administrador cumpra seu dever constitucional. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o

²⁷ Decisão STA 175, STF, rel. min. Gilmar Mendes.

Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originariamente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In vasu.não há empecilho jurídico para que a ação, que visa assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer uma dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoa desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2007). Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRg no REsp: 1136549 RS 2009/0076691-2, Relator: Ministro Humberto Martins, Data da Julgamento: 08/06/2010, T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: DJe 21/06/2010)

Como se vê, é legítima a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra garantias constitucionais, no caso, a concretização do direito à saúde. Entretanto, não é razoável esperar que todo e qualquer tipo de prestação de saúde seja deferida judicialmente. Compreender essa limitação será objeto de estudo do próximo capítulo, que realizará uma análise de casos concretos no âmbito do

Tribunal Regional Federal da 2ª Região para saber, na prática, quais são os parâmetros utilizados na tomada de decisões em litígios individuais envolvendo o direito à saúde.

3 – ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

É comum a dúvida que surge quando se pensa em como os juízes proferem suas decisões em casos em que o principal objeto de análise recai sobre a saúde do demandante. Questiona-se: como o Judiciário pode estar habilitado a proferir decisões de conteúdo científico em matéria de saúde? Possuindo apenas formação jurídica, poderia um juiz discordar de um profissional médico, ou, ainda, estaria sua decisão estritamente “presa” ao laudo pericial?

Pensando nesses questionamentos e considerando os resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 107, criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. Segundo o art. 2º dessa Resolução, um dos objetivos do Fórum seria a proposição de medidas concretas e normativas à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas. No mesmo sentido, pela Recomendação nº 31, o CNJ recomendou aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Admite-se, assim, que o Judiciário sozinho não detém conhecimento técnico para analisar casos na seara do direito à saúde, posto que envolvem, por sua natureza, questões que estão fora do conhecimento do direito. Atualmente, para sanar essa incompatibilidade, os magistrados contam com o serviço de Núcleos de Apoio Técnico (NATs) ou Câmaras Técnicas, que são comitês formados por profissionais de Medicina,

Farmácia e Serviço Social. Essa junta de profissionais auxilia juízes na tomada de decisões, principalmente quando o caso demanda o fornecimento de medicamentos²⁸.

A atuação dos Núcleos de Apoio Técnico ou Câmaras Técnicas está condicionada ao pedido do juiz, que, para tanto encaminha para a junta de profissionais cópia da petição inicial e dos demais documentos médicos apresentados pelo demandante. O magistrado, contudo, não está estritamente vinculado ao parecer do núcleo, posto que tem a prerrogativa de acolher ou não a opinião técnica, utilizando, para isso, outros parâmetros.

Para compreender como as decisões judiciais são preferidas nas ações – individuais – que reclamam da Administração Pública o fornecimento de medicamentos, é preciso analisar os parâmetros que foram estabelecidos na Audiência Pública nº 4. Considerando que em 24/05/2017 o Superior Tribunal de Justiça publicou decisão que afetou o Resp 1.657.156/RJ para ser julgado pelo sistema dos recursos repetitivos, será utilizado como marco temporal delimitante o período compreendido de maio de 2017 até os dias atuais. A partir disso, será feito um estudo de decisões proferidas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com o objetivo de verificar como, na prática, tais parâmetros são utilizados e a eficácia produzida no caso concreto.

3.1 – Parâmetros estabelecidos na Audiência Pública nº 4

Considerando o extenso volume de processos no Supremo Tribunal Federal relacionados ao direito à saúde, assim como a questão em torno das decisões judiciais que condenam a Administração Pública ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, o Ministro Gilmar Mendes convocou uma audiência pública para debater as controvérsias do assunto. Assim, foi realizada a Audiência Pública nº 4, em abril e

²⁸ De acordo com matéria veiculada no site do CNJ em 25/04/2016, pelo menos 70% dos tribunais de Justiça do país (19 entre 27) contam com o serviço do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) ou Câmara Técnica. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82124-enservico-juizes-contam-com-opiniao-medica-para-aco-es-de-saude>. Acessado em 21/05/2018.

maio de 2009, que reuniu gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

O ponto de partida foi a construção de critérios ou parâmetros para a tomada de decisões em casos em que se discute a interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. Nesse ponto, segundo o Ministro, o primeiro fator a ser observado é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Conforme exposto anteriormente, existindo a política pública em questão, não há que se falar na violação da separação dos poderes, pois, ao deferir tal pedido, o Judiciário não está criando política pública, mas sim determinando cumprimento daquela que já existe. Trata-se, assim, de inércia estatal na execução de ação responsável por promover os meios necessários para a garantia do direito à saúde. Aqui estão os casos em que se objetiva o fornecimento de medicamento que é fornecido pelo SUS, mas está em falta nos estoques.

Por outro lado, se o pedido da ação não for contemplado pelas políticas do SUS – é o caso típico, por exemplo, de medicamento pleiteado que não é dispensado pelo SUS – é necessário verificar o que impede a efetivação da prestação. Fala-se, nessa análise, de três hipóteses: na primeira, a prestação não ocorre em função de uma omissão legislativa, na segunda, a negativa decorre de uma decisão administrativa de não fornecer o insumo, na terceira, o que impede é uma vedação legal à dispensação do medicamento.

Quanto a esse último impedimento, é importante destacar que a Administração Pública não pode fornecer fármaco que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, com base no art. 12 da Lei Federal nº 6.360/76, segundo o qual nenhum dos produtos objeto de regulação da referida Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. A conjugação dos artigos 16 e 18 do mesmo diploma legal deixa claro que a obtenção do registro está condicionada ao cumprimento

de requisitos, dentre eles, a comprovação de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o fim a que destina, e, no caso de medicamento estrangeiro, deverá ser comprovado registro válido no país de origem.

Dessas disposições conclui-se que o registro do medicamento na ANVISA representa uma garantia à saúde pública, posto que realiza um filtro a fim de verificar a segurança e o benefício do produto. Nesse sentido, o registro na ANVISA é um dos primeiros pontos observados pelo SUS na análise de incorporação de insumos.

O segundo fator diz respeito à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Nesses casos, o obstáculo à prestação requerida é a decisão do SUS em não custear alguma ação devido à falta de evidências científicas que autorizem sua inclusão no rol de insumos dispensados. Aqui, assim como no primeiro ponto, podem acontecer duas situações. Na primeira, o SUS pode oferecer tratamento alternativo, que, porém, não é eficaz para tratar a enfermidade do demandante. Na segunda, mais grave, o SUS sequer possui tratamento para a doença em questão. Nessa parte, surge a questão: deve o SUS custear tratamento diverso daquele que dispõe ou, ainda, disponibilizar tratamento que nem sequer foi incorporado?

Na Audiência Pública – Saúde ficou entendido que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS e não aquele requerido, isto quando a parte não comprovar que o tratamento disponível é ineficaz para sua melhora. Contudo, é interessante perceber que isso não impede que a Administração Pública faça o contrário, isto é, diante da peculiaridade do quadro de saúde do demandante, forneça tratamento diverso do que disponibilizado.

Nessa pauta, os casos mais complexos seriam aqueles que envolvem pedidos de tratamentos que não existem na rede pública de saúde. Para chegar à conclusão debatida na Audiência Pública nº 4, é necessário compreender antes alguns pontos abordados pelos debatedores. Primeiro: a incorporação de insumos pelo SUS segue os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, o que corresponde a um conjunto de critérios que

permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Segundo: tratamentos experimentais são aqueles que não possuem comprovação científica de sua eficácia e são realizados por laboratórios (são objeto de trabalho de pesquisas clínicas). Conforme o esclarecido na Audiência pelo Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo. Dr. Paulo Hoff, essas drogas não são compradas em nenhum país justamente porque nunca foram aprovadas ou avaliadas. Assim, não é possível impor ao SUS o seu custeio.

Além disso, de acordo com os profissionais médicos que participaram da Audiência Pública Saúde, o conhecimento médico é objeto de constantes avanços, o que poderia tornar defasados os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, posto que a aprovação de novos medicamentos/tratamentos pode ser muito lenta, o que excluiria os usuários do SUS do acesso a novos tratamentos que podem já estar disponíveis na rede privada.

O entendimento proposto na Audiência defendeu que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis na rede privada. Por essa lógica, o fato de a Administração Pública não ter estabelecido ação para o tratamento de determinada patologia poderá ser impugnado em ação judicial – individual ou coletiva. Para isso, destacou-se que é imprescindível haver instrução processual, com ampla produção de provas, caso contrário, poderá prejudicar até eventual pedido de medida cautelar.

Vistos os parâmetros estabelecidos na Audiência Pública nº4, passa-se ao estudo de casos concretos para verificar como, na prática, os juízes implementaram tais critérios em suas decisões.

3.2 – Uma breve análise sobre o REsp 1.657.156/RJ

Para compreender a limitação do marco temporal para fins de seleção de casos concretos é necessário realizar uma breve análise a respeito do Resp 1.657.156/RJ. Em 25/08/2014, Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira, portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), assistida pela Defensoria do Estado do Rio de Janeiro – portanto, parte hipossuficiente - , ajuizou ação com pedido de antecipação de tutela em face do Estado e do Município de Nilópolis (Processo Judicial nº 0015099-09.2014.8.19.0036), requerendo a condenação solidária dos réus ao fornecimento dos colírios Azorba, Glaub e Optive. Confirmando os efeitos da antecipação da tutela concedida, o juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nilópolis, em 27/02/2015, julgou procedente os pedidos formulados na inicial por entender que a questão do direito à saúde está relacionada com a garantia constitucional do direito à vida, o que é tutelado por norma constitucional de eficácia plena, sendo, portanto, dever dos entes federados garantir o direito e o acesso à saúde a todos os cidadãos.

O Estado, contudo, recorreu em 26/05/2015, alegando a existência de tratamento disponibilizado na rede pública para a enfermidade da autora. Fundamentando seu apelo, o ente público sustentou que, embora os medicamentos pleiteados não fossem dispensados pelo SUS, medicamentos similares para o mesmo tratamento eram fornecidos pela rede pública. Para isso, destacou que, de acordo com os artigos 19-M, inciso I, 19-P, 19- Q e 19-R da Lei 8080/90, a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS²⁹ ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com as listas editadas pelos entes públicos.

Sendo a autora portadora de glaucoma crônico bilateral (CID H 40.1), necessitando fazer uso contínuo dos medicamentos pleiteados, sem, contudo, conseguir arcar com seus custos, o que ficou comprovado por meio dos documentos apresentados, o juízo da 4ª Câmara Cível negou provimento ao apelo do Estado. Para isso, considerou

²⁹ De acordo com o art. 19-N da Lei 8.080/90, protocolo clínico e diretriz farmacêutica correspondem ao documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

ser a saúde direito público subjetivo, cabendo à União, Estados e Municípios o dever de concretizá-lo, tudo com base nos artigos 6º, 23 II, e 196 da CRFB/88 e no art. 2º da Lei 8.080/90. Pela análise realizada, os artigos 19-M e 19-R da Lei 8.080/90 não encerram um rol taxativo, portanto, não vedam a ministração de medicamentos diversos dos constantes em protocolos clínicos do SUS, o que afastou, aliás, o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 19-M da Lei 8.080/90 pelo Estado, posto que o caso em questão enquadrava-se justamente nesse dispositivo legal. Assim, por decisão monocrática, o apelo foi negado, assim como todos os demais recursos seguintes.

Por fim, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso especial – REsp 1.657.156/RJ - alegando violação aos artigos 948 a 950 do CPC/2015, 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei n. 8.080/90 e ao art. 333, I, do CPC/1973. Para isso, argumentou que a Corte de origem teria declarado a inconstitucionalidade do art. 19-M ao afastar a sua aplicabilidade, assim como o fato de os medicamentos pleiteados pela recorrida não estarem previstos nos Protocolos Clínicos incorporados pelo Ministério da Saúde, ou nas listas de dispensação dos entes públicos, razão pela qual não se inserem na assistência terapêutica a ser prestada pelo SUS, nos termos da Lei nº 12.401/2008, o que impossibilitaria, portanto, a condenação do Estado a fornecê-los. O ente público ainda sustentou, quanto ao ônus probatório, que caberia à parte autora demonstrar que o medicamento pretendido é o mais indicado, e não aquele fornecido pelo SUS.

Considerando tratar-se de questão com caráter representativo de controvérsia, o Ministro Benedito Gonçalves, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, decidiu afetar, em 26/04/2017 (o acórdão foi publicado em 03/05/2018), o REsp 1.657.156/RJ para ser julgado pelo sistema dos recursos repetitivos (cadastrado sob o número 106). Delimitando o tema como Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, o Relator determinou a suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versassem sobre a questão afetada.

Retomando o julgamento em 25/04/2018, a Primeira Seção do STJ negou provimento ao recurso do Estado, estabelecendo, ainda, três requisitos que deverão estar presentes cumulativamente para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS: a comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; a incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e a existência de registro na Anvisa do medicamento. A decisão ainda teve seus efeitos modelados, estabelecendo que os critérios fixados só sejam exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento.

Esse, portanto, foi o marco temporal utilizado – 03/05/2018 - para selecionar os casos concretos analisados a seguir. Busca-se, assim, verificar as peculiaridades de cada ação, bem como os magistrados aplicaram os parâmetros estabelecidos na Audiência Pública nº4 e no julgamento do Resp 1.657.156/RJ.

3.2 – Estudo de casos concretos

A presente pesquisa utilizou como ferramenta o site de consulta processual do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (<http://www10.trf2.jus.br/portal/>). Acessando o espaço destinado à pesquisa jurisprudencial, inserindo, na área de busca, os termos “fornecimento de medicamentos”, foi possível ter acesso à página contendo diversos julgados publicados pelo Tribunal. No topo da página o usuário encontra diversos filtros, dentre os quais pode utilizar número do processo, órgão julgador, classe e data de decisão e de disponibilização. Utilizando o filtro “data de decisão”, inserindo o marco temporal de 03/05/2018 – quando foi publicada pelo STJ a decisão que julgou improcedente o REsp 1.657.156/RJ e estabeleceu os requisitos para o fornecimento de medicamentos não dispensados pelo SUS – como resultado foram obtidas cinco páginas, contendo as quatro primeiras 10 julgados cada e a última, seis, contando, portanto, quarenta e seis decisões, dentre as quais três foram selecionadas para análise.

O primeiro caso diz respeito à ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Júlia Pedrosa dos Santos – menor representada por sua genitora e assistida pela Defensoria Pública da União - contra a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, requerendo a condenação dos réus ao fornecimento de 48 frascos mensais do medicamento Somatropina 4UI/1ml para o tratamento de seu quadro clínico (Síndrome de Turner e Hipopituitarismo). O processo tramita sob o nº 0154506-37.2015.4.02.5101 na 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Conforme consta no trâmite processual em primeira instância, na mesma decisão que concedeu à autora os benefícios da gratuidade de justiça, para fundamentar sua decisão, o juízo de primeiro grau remeteu os autos ao Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT) para que, em 24 horas, fosse elaborado parecer técnico contendo os esclarecimentos necessários sobre a doença da demandante, assim como a necessidade específica do medicamento requerido. O parecer do NAT concluiu que o medicamento pleiteado era o indicado para o tratamento do quadro clínico da demandante.

Na mesma decisão, a Juíza Maria do Carmo Freitas Ribeiro fez constar que a autora, portadora de Síndrome de Turner e Hipopituitarismo, recebia acompanhamento médico pelo Hospital Federal Cardoso Fontes e que, para tratar de sua moléstia, lhe foi prescrito 48 frascos de Somatropina 4UI/1ml. O medicamento deveria ser fornecido pela Riofarms (Farmácia Estadual de Medicamentos Especiais), mas desde 06/11/2015 estava em falta no estoque.

Analisando o pedido de tutela antecipada, o juízo de origem verificou que a autora comprovou, por meio de laudos e receituários médicos, a existência de sua doença, bem como a necessidade no uso do medicamento prescrito, destacando quais seriam as consequências da não realização do tratamento. Além disso, em sua fundamentação constitucional, asseverou que, de acordo com os artigos 6º e 196 da CRFB/88, é dever solidário dos entes federativos promover, proteger e recuperar a saúde de todos os membros da coletividade, o que gera, em contrapartida, o direito subjetivo de exigir ações necessárias a esse fim.

Tendo em vista tratar-se de um ordenamento jurídico que consubstanciou em seu cerne a defesa e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, o juízo de 1º grau destacou que o direito à saúde consagrado na Constituição não diz respeito à saúde apenas em seu aspecto biológico, mas também ao direito a uma existência digna. Considerou ainda que o art. 6º, inciso I, da Lei n. 8.080/90 estabelece competir ao SUS a assistência farmacêutica e a formulação da política de medicamentos, sendo, portanto, obrigação constitucional do Poder Público providenciar as prestações necessárias para a concretização do direito à saúde.

Por fim, é interessante observar que em relação aos limites da intervenção judicial, a julgadora fez menção às diretrizes fixadas na Audiência Pública Saúde, concluindo que o caso em análise atendia aos parâmetros estabelecidos, pois a demandante, assistida pela Defensoria Pública da União, portanto, parte hipossuficiente, apresentou documentos médicos que corroboraram sua condição, assim como a necessidade do medicamento requerido. Assim, considerando a verossimilhança dos fatos apresentados, bem como a presença do *periculum in mora*, o juízo de origem deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando aos réus o fornecimento do medicamento pleiteado à autora, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 1.000,00.

Após manifestação da autora informando o descumprimento da decisão que lhe concedeu a tutela antecipada, o juízo de origem reiterou, com urgência, a intimação da União, para que no prazo de cinco dias fornecesse o medicamento em questão, devendo informar nos autos o cumprimento da obrigação, bem a disponibilidade do medicamento, o dia, local e horário exatos para que a autora pudesse retirá-lo. Em nova manifestação, a autora informou sobre a dificuldade de realizar entregas em sua residência, ressaltando que poderia por meios próprios retirar o medicamento. Assim, o juízo determinou, novamente, que o réu informasse o dia, local e horário para que assim a autora pudesse proceder. Mesmo após reiterada intimação, a União ficou-se inerte, o que ensejou a aplicação da multa cominada na decisão inicial.

A União, contudo, interpôs agravo de instrumento (Processo Judicial nº 0013046-68.2017.4.02.0000) alegando que o descumprimento da decisão não foi deliberado, destacando que por duas vezes a empresa transportadora tentou realizar a entrega do medicamento, porém, sem sucesso, pois o endereço informado pela demandante estava incorreto. Por fim, questionou o fundamento da imposição de astreinte contra a União, visto que o objetivo desta penalidade seria fazer com o réu cumprisse o determinado na decisão, o que de fato teria sido feito, senão fosse o endereço incorreto fornecido pela própria autora. Assim, a multa diária aplicada perderia sua razão de ser e se converteria em enriquecimento ilícito da parte, bem como no desperdício de patrimônio público.

O acórdão proferido pela Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região analisou que, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha afetado o REsp 1.657.156/RJ para ser julgado pelo sistema dos recursos repetitivos, determinando a suspensão de todos os processos relacionados ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos pelo SUS, consignou também que as medidas de urgências pleiteadas nesses processos deverão ser analisadas pelo juízo, como era o caso em questão. Assim, a Sexta Turma entendeu que, no caso de fornecimento de medicamentos, cabe ao juiz adotar medidas eficazes ao cumprimento de suas decisões, sendo possível até o sequestro de valores do devedor, desde que por motivos razoáveis e por meio de fundamentada decisão. No caso dos autos, o juízo recursal verificou o descumprimento da decisão pela União, que, mesmo intimada, não comprovou o fornecimento do medicamento pleiteado, estando correta, portanto, a decisão que determinou a aplicação de multa, o que encontra respaldo no art. 537 do CPC/2015. Por esses motivos, a Sexta Turma negou provimento ao recurso da União, mantendo a decisão agravada.

O segundo caso, assim como o primeiro, refere-se à ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Guilherme Augusto Pinheiro da Silva - menor representado por sua genitora, assistido pela Defensoria Pública da União, portador de

Púrpura Trombocitopênica Imunológica Crônica e de Síndrome do Anticorpo Antifosfolípídeo – contra a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, requerendo a condenação dos réus ao fornecimento de oito frascos de Rituximabe 500 mg. Para isso, juntou aos autos documentos médicos comprovando a existência de sua doença, a necessidade do medicamento indicado, bem como alegou não possuir condições financeiras de arcar com os custos do tratamento prescrito. O processo tramita sob o nº 0139028-86.2015.4.02.5101 na 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Por estarem presentes os requisitos permissivos, o juízo de primeiro grau também deferiu o pedido de tutela antecipada, considerando que a demora da prestação jurisdicional e a protelação da tutela para a decisão final de mérito por certo causariam danos irreparáveis ou de difícil reparação ao autor, que conseguiu comprovar, mediante laudos e receituários médicos, a veracidade de suas alegações, bem como a urgência de seu caso.

A sentença confirmou a tutela provisória concedida, julgando procedente o pedido autoral, condenando os réus, solidariamente, ao fornecimento do medicamento pleiteado e, alternativamente, na disponibilização do valor necessário à sua aquisição na rede privada, bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, entre eles rateados, com exceção da União, considerando a confusão entre a DPU, que assistiu o demandante, e o ente federal. Quanto à fundamentação constitucional, observa-se que o julgador utilizou o mesmo embasamento do caso anterior, mas neste, o juízo destacou que embora seja equivocada negar a sindicabilidade judicial da concretização do direito à saúde – posto que, segundo a Constituição, trata-se de direito fundamental de simultânea titularidade individual e coletiva a ser concretizado mediante políticas sociais e econômicas -, não deve o Judiciário tornar-se um fazedor de políticas públicas. Assim, sua atuação só será reclamada quando se configurar uma falha ou desvio no cumprimento do dever constitucional por parte dos entes públicos, como é o caso dos autos.

Além disso, o parecer do Núcleo de Assistência Técnica em Ações de Saúde confirmou a ineficácia dos medicamentos dispensados pelo SUS para o tratamento do autor, entendendo que o insumo pleiteado de fato colaboraria na melhora do quadro clínico do demandante. Aqui, é interessante perceber que o medicamento pleiteado era fornecido pelo SUS, contudo, para doenças diversas daquela apresentada pelo autor, o que fez o juízo considerar que não se tratava de uma inserção de medicamento novo para dispensação pública, mas sim do reconhecimento do direito do autor em utilizar do medicamento Rituximabe, já que este era fornecido pela rede pública de saúde, porém para indicação diversa, tudo isso com fundamento não só nas prescrições trazidas pelo demandante, como também no parecer técnico.

Inconformada, a União interpôs apelação (Processo Judicial nº 0139028-86.2015.4.02.5101), sustentando, em síntese, que o insumo pleiteado não é padronizado, e que a imposição ao fornecimento de medicamento fora dos parâmetros previamente estabelecidos pelo administrador viola os princípios da isonomia e da separação dos poderes, posto que, de acordo com o artigo 19-M, inciso I, da Lei nº 8.080/90, a dispensação de medicamento no âmbito do Sistema Único de Saúde somente poderá ocorrer caso *"esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado"*, de modo que há regra específica no sentido de que medicamento não padronizado não pode ser fornecido pelo poder público. Por essa abordagem, portanto, o recorrente argumentou que não caberia ao autor escolher o remédio que pretende utilizar.

A Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento aos apelos da União e do Estado do Rio de Janeiro. Fundamentou, em sua decisão, que as normas constitucionais que dispõem sobre o direito à saúde, em que pese reclamar do Poder Pública a elaboração de políticas sociais e econômicas para sua concretização, não podem ser consideradas como meras normas programáticas, pois, se assim fosse, restaria esvaziada a garantia constitucional. Aqui, merece destaque a argumentação utilizada pelo órgão colegiado, que, referindo-se a uma suposta violação aos princípios da igualdade e da separação dos poderes, compreendeu que conceder a uma pessoa um direito que deve ser garantido a todos de fato rompe com a ideia de

igualdade, contudo, tal ruptura não é provocada pela atuação do Judiciário, mas sim da ingerência da Administração Pública em não estender o direito à saúde a todos.

Utilizando os parâmetros estabelecidos pelo STF no julgamento da STA nº 175, bem como o entendimento fixado pelo STJ no REsp 1.657.156/RJ, o juízo recursal analisou as peculiaridades do caso concreto de forma a verificar se os critérios foram atendidos. Assim, de acordo com laudos emitidos por médico do Instituto de Pediatria e Puericultura Martagão Gesteira, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, a Quinta Turma constatou que o autor era portador de Púrpura Trombocitopênica Imunológica Crônica e de SAF - Síndrome do Anticorpo Antifosfolípídeo. Para o tratamento da SAF, conforme receituário médico, foi prescrito o uso do medicamento Rituximabe, que possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Importante perceber que aqui, assim como no caso anterior, o juízo recursal considerou essencial e relevante a atuação do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde - NAT, da Secretaria de Estado de Saúde, pois, conforme o parecer fornecido, embora o medicamento Rituximabe não fosse disponibilizado pelo SUS para o tratamento da doença que acomete o autor, o mesmo poderia ser utilizado de forma eficaz, configurando, portanto, uso off label (quando o medicamento é utilizado para tratar doença diversa daquela prevista na bula).

Além disso, o juízo verificou que o tratamento oferecido pelo SUS aplicava-se apenas à patologia Púrpura Trombocitopênica Idiopática, e não ao tratamento da Síndrome do Anticorpo Antifosfolípídeo. Por esse motivo, no caso em análise, foi indicado o medicamento Rituximabe, haja vista o demandante não ter respondido bem aos medicamentos fornecidos pelo SUS para o tratamento da segunda doença.

Desta forma, com respaldo na jurisprudência do Tribunal sobre a concessão, via judicial, do medicamento pleiteado pela autora, assim como considerando o necessário atendimento à garantia do direito à saúde, norma constitucional de eficácia plena, a

Quinta Turma Especializada negou provimentos aos recursos da União e do Estado do Rio de Janeiro, mantendo a sentença proferida.

O terceiro caso refere-se à ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Audiléia das Graças Aparecida Oliveira Bessa – portadora de Doença de Pompe (CID10: E74.0) e assistida por advogado – contra a União e o Estado do Rio de Janeiro, pleiteando o fornecimento do medicamento MYOZYME® (Alfa Alglicosidase). Para isso, argumentou que o SUS não fornecia o insumo em questão, sendo este o único comprovadamente eficaz para o tratamento de sua doença. Além disso, alegou que não possuía condições financeiras para arcar com os custos do tratamento indicado, sendo este extremamente caro. O processo tramita na 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro, sob o nº 0125176-92.2015.4.02.5101.

Assim como nos casos anteriores, visando obter informações técnicas sobre o medicamento pleiteado, sua eficácia para o tratamento da doença em questão e a existência de outros medicamentos destinados ao mesmo fim fornecidos pelo SUS, o juízo da 21ª Vara Federal remeteu os autos ao Núcleo de Assistência Técnica da Secretaria e Estado De Saúde – NAT/SES.

Após o parecer, que constatou ser a MYOZYME® (Alfa Alglicosidase) eficaz para o fim prescrito, porém, não fornecida pelo SUS, o juízo indeferiu o pedido de tutela antecipada, pois não foi comprovada nos autos a existência da doença alegada pela autora – o laudo apresentado foi subscrito por médico particular domiciliado em outro Estado e o único exame que poderia corroborar o quadro clínico autoral estava em inglês, o que, segundo o juízo de primeiro grau, impossibilitou verificar a veracidade dos fatos alegados, assim como a urgência da tutela pretendida. Contudo, considerando depender o direito da demandante de uma análise mais específica, o juízo determinou a realização de perícia médica na especialidade de neurologia.

Na sentença, o juízo utilizou a mesma fundamentação constitucional dos casos anteriores, destacando o parecer do Núcleo de Assistência Técnica e o resultado da

perícia médica realizada. O primeiro informou sobre o não fornecimento do medicamento pleiteado pelo SUS, o segundo corroborou a existência da doença alegada, bem como a necessidade e urgência no fornecimento do insumo, ambos confirmaram não haver na rede pública de saúde medicamento similar ou com a mesma finalidade e eficácia daquele prescrito à autora. Todo o embasamento técnico foi analisado e considerado pelo magistrado, que, em consonância com a fundamentação constitucional empregada, julgou procedente o pedido autoral, deferindo ainda o pedido de tutela de urgência que fora inicialmente negado.

Em sede recursal, a União Federal alegou, em síntese, sua ilegitimidade passiva e a ausência de interesse processual da autora ante a inexistência de pretensão resistida, destacando suposta ausência de provas a respeito da condição de saúde da demandante, assim como sobre a imprescindibilidade no fornecimento do medicamento postulado. Assim como as fundamentações recursais anteriores, também defendeu o impedimento do fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS, de acordo com o art. 19-M da Lei nº 8.080/90, o que seria ainda agravado por tratar-se de medicamento de alto custo. O Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, alegou que o fármaco pleiteado não apresentava eficácia e segurança ao tratamento da doença, e que por possuir custo elevadíssimo, a imposição de seu fornecimento pela via judicial extrapolaria a reserva do possível, bem como representaria ofensa à cláusula de reserva de plenário.

Ao proferir sua decisão, a Sexta Turma Especializada considerou ser desnecessário o esgotamento das vias administrativas para o ajuizamento de ação judicial, posto que o contrário representaria violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. Assim restou afastada a alegação sobre a ausência de interesse processual da demandante. Quanto à ilegitimidade passiva sustentada pelos entes, o colegiado afirmou estar pacificado entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no fornecimento de medicamentos.

Na análise das especificidades do caso concreto, o órgão recursal verificou, por meio do Parecer do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde e do laudo

pericial, a veracidade sobre o quadro clínico da autora, bem como a inexistência de medicamentos fornecidos no âmbito do SUS que pudessem ser eficazes no tratamento da doença em questão. O laudo pericial ainda destacou a possibilidade de haver complicações graves e até óbito caso a autora não fosse submetida com urgência ao tratamento com o uso do medicamento pleiteado, posto que este seria o único eficaz. Por essas considerações, restou caracterizada a excepcionalidade da intervenção judicial em razão de negativa de fornecimento do medicamento pela via administrativa. Assim, a Sexta Turma Especializada, assim como as anteriores, julgou improcedente os recursos interpostos pelos réus.

Da análise dos casos acima abordados, verifica-se que, embora o Judiciário não possua conhecimento técnico acerca dos assuntos de caráter médico comumente levantados nas demandas de saúde, conta com o subsídio técnico dos NATs, órgãos formados por profissionais da área médica e farmacológica, criados em 2009 por meio de uma parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Secretaria Estadual de Saúde³⁰, com o objetivo de auxiliar os magistrados na tomada de suas decisões.

Além disso, requisitos como o registro do medicamento na ANVISA, sua eficácia, a disponibilidade de medicamentos equivalentes no SUS, assim como a impossibilidade financeira do demandante em arcar com os custos do tratamento indicado são analisados pelos magistrados, de forma a verificar se o caso concreto reclama, de fato, intervenção judicial que supra o descumprimento da Administração Pública quanto à promoção e garantia dos meios necessários à concretização do direito à saúde.

Destaca-se aqui, que ficou demonstrada a diligência judicial no sentido de considerar as peculiaridades de cada caso concreto – o estudo do terceiro caso abordou justamente esse aspecto, pois, ao verificar a ausência de documentos que comprovassem

³⁰ Conforme notícia veiculada em 13/06/2012 no site do Governo do Estado do Rio de Janeiro: <http://www.rj.gov.br/web/ses/exibeconteudo?article-id=964754>

a existência da doença alegada pela autora, bem como a necessidade do medicamento pleiteado, o juízo de origem decidiu negar o pedido de tutela antecipada, sendo este deferido apenas na sentença, após ter sido realizada perícia médica e fornecido parecer do NAT comprovando o quadro clínico da autora, bem como a necessidade do insumo requerido, posto que o SUS não fornecia medicamento semelhante para o tratamento da demandante.

Por fim, foi interessante perceber que nos três casos, tanto no juízo de origem como no recursal, os julgadores manifestaram-se no sentido de esclarecer que, de fato, os recursos econômicos são escassos, contudo, essa falta não deve justificar o descumprimento de garantia constitucional como o direito à saúde. Aliás, por se tratar de um direito público subjetivo, está justificada a possibilidade de serem ajuizadas demandas, sejam individuais ou coletivas, quando o Poder Público descumprir a obrigação constitucional, não havendo como prosperar suposta violação ao princípio da separação dos poderes.

CONCLUSÃO

A ordem constitucional de 1988 positivou e tutelou a saúde como direito público subjetivo, cabendo aos entes federativos promover políticas públicas e sociais que tornem possível a concretização da garantia constitucional. Contudo, frente ao sucateamento do Sistema Único de Saúde, a judicialização do direito à saúde tornou-se fenômeno objeto de estudo pela diversidade de entendimentos sobre o tema. Nessa seara, a legitimidade dos litígios individuais tem sido fortemente criticada por diversos motivos, o que coloca em dúvida sua prática como meio legítimo de efetivação do direito à saúde, sendo este o objeto de estudo do presente trabalho.

Para isso, analisar, primeiramente, aspectos doutrinários do direito constitucional à saúde foi essencial para compreender o ponto de equívoco das principais críticas. Inicialmente, buscar a origem do conceito de saúde colaborou para a compreensão

acerca de sua carga subjetiva, o que indicou a complexidade do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. Aqui, o estudo sobre a classificação didática dos direitos fundamentais em dimensões demonstrou a origem do equívoco na crítica sobre a titularidade coletiva – apenas - do direito à saúde, posto que por ser direito intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é clara a coexistência da titularidade individual e coletiva, a considerar a própria dicção do dispositivo constitucional que consagrou a garantia (art. 196 da CRFB/88)

O papel desempenhado pela Defensoria Pública na prestação de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes e o estudo sobre os parâmetros estabelecidos no julgamento da STA nº 175 a partir dos entendimentos produzidos na Audiência Pública nº 4 foram de encontro às críticas relacionadas ao caráter exclusivo da judicialização individual e à violação do princípio da separação dos poderes, restando superado também o questionamento sobre a atuação do Judiciário nas demandas de saúde.

Aprofundando-se nesse ponto, a análise dos parâmetros consignados na de casos concretos – ações individuais - selecionados a partir de 03/05/2018, data da publicação da decisão que negou provimento ao REsp 1.657.156/RJ e estabeleceu três critérios a serem observados nas demandas de saúde envolvendo o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, buscou abordar como, na prática, o Judiciário, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, aplica os parâmetros estabelecidos no julgamento da STA nº 175.

Assim, foi possível perceber, novamente, que a atuação judicial nos litígios de saúde encontra respaldo não apenas na fundamentação jurídica, mas principalmente nas informações técnicas fornecidas pelos Núcleos de Assessoria Técnica, que atuam de forma a fornecer suporte especializado e segurança ao magistrado na sua decisão. Considerando as peculiaridades de cada caso, os julgadores analisaram primeiro, se o medicamento pleiteado era registrado na ANVISA, se era fornecido pelo SUS, se seu uso seria eficaz no tratamento da doença em questão, a existência de medicamento diverso, mas com o mesmo fim sendo fornecido pelo SUS e a hipossuficiência da parte

autora. Por essa abordagem, ficou demonstrado que o deferimento dos pedidos de tutela antecipada dependia da comprovação do estado de saúde do demandante e da urgência e imprescindibilidade no fornecimento do medicamento pleiteado.

Por toda a abordagem realizada ao longo do trabalho, foi possível concluir, em que pese as críticas, que a judicialização individual constitui meio legítimo de efetivação do direito à saúde. Legítimo, pois é tutelado por uma ordem constitucional que guarda em seu cerne o princípio da dignidade da pessoa humana, o que inevitavelmente reclama meios que possibilitem a cada indivíduo uma existência digna; efetivo, pois representa uma forma de buscar a realização de prestações que deveriam ser, em razão da obrigação constitucional consagrada, realizadas pelos entes públicos. Em que pese haver de fato recursos limitados para atender uma larga demanda, conclui-se que os litígios individuais representam uma forma de proteger, com embasamento constitucional, não só o direito à saúde, mas também tutelar o direito à vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Resumo de Direito Previdenciário**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Impetrus, 2016, p. 4.

LUNARDI, Valéria Lerch. **Problematizando Conceitos De Saúde, A Partir Do Tema Da Governabilidade Dos Sujeitos.** Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v.20, n.1, p.26-40, jan. 1999.

SCLIAR, Moacyr. **História do Conceito de Saúde.** PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007, p. 37-39

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007, Disponível na Internet: <http://www.direito.com.br/rere.asp>

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. Revista Brasileira de Direito Municipal: RBDM, Belo Horizonte, v. 17, n. 60, p. 45-71, abr./jun. 2016. Disponível na internet em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117358>

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 41, p. 184 a 203, julho/dezembro 2012

