

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**  
**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**Alessandra Rodrigues de Castro**

**Os limites à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à  
saúde: judicialização e fornecimento de medicamentos**

**Brasília,  
Setembro 2016**

**Alessandra Rodrigues de Castro**

**Os limites à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à  
saúde: judicialização e fornecimento de medicamentos**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

**Brasília,  
Setembro 2016**

**Alessandra Rodrigues de Castro**

**Os limites à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde: judicialização e fornecimento de medicamentos**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

**Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/2016, com menção \_\_\_\_\_**

(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_  
**Presidente: Prof. \_\_\_\_\_**

\_\_\_\_\_  
**Integrante: Prof. \_\_\_\_\_**

\_\_\_\_\_  
**Integrante: Prof. \_\_\_\_\_**

## RESUMO

O presente trabalho destina-se a pesquisar quais seriam os limites para a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde, especialmente nas ações judiciais individuais voltadas ao fornecimento de medicamentos. Pretende apresentar o atual cenário da judicialização da saúde no Brasil, a fim de confrontá-lo com a finalidade das normas constitucionais programáticas e com os limites constitucionais para a atuação do julgador na efetivação desses direitos sociais. Para tanto, trabalhar-se-ão os conceitos de direito social à saúde, de princípio da integralidade e de acesso universal, de normas programáticas e de judicialização da saúde. A princípio, vislumbra-se como limitação à atuação do julgador na judicialização da saúde: a legislação infraconstitucional vigente sobre o tema, o caráter programático do direito social à saúde (do qual decorre a adequada interpretação do princípio da integralidade e da universalidade do acesso), a escolha técnica do gestor (Poder Executivo) na formulação das políticas públicas (especialmente da política de assistência farmacêutica) para a própria viabilidade do Sistema Único de Saúde como um todo, a programação financeiro orçamentária e a tripartição de poderes. Ao final, com o foco na diferença entre ativismo judicial e judicialização, apresentar-se-ão modelos dialógicos, reconhecidos pela doutrina como “diálogos institucionais”.

**Palavras chave:** Saúde. Judicialização. Ativismo. Direitos Sociais. Igualdade. Acesso. SUS. Políticas Públicas. Separação de Poderes. Diálogos Institucionais.

## ABSTRACT

The present study intends to research what are the limits of the Judiciary Power's role in the implementation of the social right to health, especially in individual lawsuits meant to the providing of medicines. It intends to present the current situation of the judicialization of health in Brazil in order to confront it with the purpose of the programmatic constitutional norms and the constitutional limits to the role of the judge in the execution of these social rights. Therefore, they will work the concepts of social rights to health, the principle of integrateness and universal access, of programmatic norms and judicialization of health. At first, it sees as limiting, the role of the judge in the judicialization of health: the current infra-constitutional legislation on the subject, the programmatic nature of the social right to health (which stems from the proper interpretation of the principle of the integrateness and universality of access), the technical choice of the manager (Executive Power) in the formulation of public politics (especially the politics of pharmaceutical assistance) to the very viability of the National Health System as a whole, the financial budget programming and the tripartite division of powers. In closing, with the focus on the difference between judicial activism and judicialization, it will be presented dialogic models recognized by the doctrine as "institutional dialogues".

**Keywords:** Health. Judicialization. Activism. Social rights. Equality. Access. SUS (National Health System). Public policy. Separation of Powers. Institutional dialogues.

## Sumário

Introdução .....	1
1. O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988 e seu caráter programático. Princípio da integralidade e do acesso universal e igualitário à saúde.	3
2. Limites à atuação do Judiciário na concretização do direito à saúde especialmente no fornecimento de medicamentos. ....	12
3. Posição do Supremo Tribunal Federal e Enunciados do CNJ na Jornada Nacional de Saúde sobre o tema .....	20
4. Efeitos negativos do ativismo judicial na saúde e novos modelos de atuação.....	31
Conclusão. ....	41
Referências . ....	43

## Introdução

O direito à saúde é elencado na Constituição Federal como direito social de todos e dever do Estado, acentuando-se seu caráter de norma programática, sua regência pelo princípio do acesso universal e igualitário e pelo princípio do atendimento integral (artigos 196 e 198).

A crescente judicialização desse tema é reflexo de uma crise democrática marcada pelo descompasso entre o direito à saúde em tese assegurado e o seu exercício, institucionalmente, na prática, muitas vezes negado<sup>1</sup>.

Porém, sob a justificativa de assegurar a proteção qualificada constitucionalmente prevista, não se pode ignorar que a efetivação do direito à saúde não equivale ao acesso a todas as tecnologias disponíveis no mercado (porque essas não necessariamente possuem eficiência comprovada ou custo adequado). Ao contrário, seu conteúdo é balizado, justamente, pela disponibilidade de recursos estatais e pelas políticas públicas já existentes (as, quais, na ocasião, de sua formulação, passam pela análise técnica da eficácia e do custo-efetividade da tecnologia). Porém, o fenômeno do ativismo judicial em saúde não vem observando tal limitação.

Diante disso, delinea-se o problema de pesquisa a ser estudado como a insegurança jurídica trazida pelo fenômeno do ativismo judicial<sup>2</sup> em saúde (o qual desvirtua a própria lógica do sistema de saúde estabelecido, pois o abastecimento de todo o coletivo fica prejudicado pelo impacto econômico dos cumprimentos das decisões judiciais individuais) e a ausência de uma uniformização de limites para a atuação do Poder Judiciário na concretização desse direito social.

---

<sup>1</sup> FLEURY, Sonia *et* FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir *et* TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 104.

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 246-247.

Assim, o presente trabalho tem com objetivo estudar quais seriam os limites para a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde, especialmente nas ações judiciais individuais voltadas ao fornecimento de medicamentos.

Quanto à metodologia a ser empregada, utilizar-se-á a técnica da pesquisa bibliográfica e documental – devido ao caráter eminentemente argumentativo da tese a ser desenvolvida – e a abordagem corresponderá à pesquisa sócio-jurídica.

Para tanto, trabalhar-se-ão os conceitos de direito social à saúde, de princípio da integralidade e de acesso universal, de normas programáticas e de judicialização da saúde, contrapondo este último ao conceito de ativismo. Ainda, por meio de uma compilação de julgados, especialmente do Supremo Tribunal Federal, buscar-se-á demonstrar a posição da jurisprudência sobre o tema. Por fim, será possível relacionar as limitações à atuação do julgador com os impactos negativos do ativismo judicial, a fim de se proporem novos modelos de atuação.

A princípio, como hipótese, vislumbra-se como limitação à atuação do julgador na judicialização da saúde: a legislação infraconstitucional vigente sobre o tema (e a vedação da atuação do judiciário como legislador positivo), o caráter programático do direito social à saúde (do qual decorre a adequada interpretação do princípio da integralidade e da universalidade do acesso), a escolha técnica do gestor (Poder Executivo) na formulação das políticas públicas (especialmente da política de assistência farmacêutica) para a própria viabilidade do Sistema Único de Saúde como um todo, a programação financeiro orçamentária e o princípio da separação de poderes.



## **1. O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988 e seu caráter programático. Princípio da Integralidade e do Acesso Universal e Iguatário à Saúde.**

O presente capítulo pretende trazer a origem da positivação do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro, bem como delimitar o conteúdo de sua normatividade, levando em conta, principalmente, as características e os princípios constitucionais da integralidade e do acesso universal e igualitário que regem o Sistema Único de Saúde.

O direito à saúde é elencado na Constituição Federal, no Título VIII – “Da Ordem Social”, como direito social de todos e dever do Estado, acentuando-se seu caráter de norma programática – haja vista que sua garantia se dá “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros gravames” (artigo 196) –, sua regência pelo “princípio do acesso universal e igualitário” (artigo 196) e pelo princípio do atendimento integral (artigo 198, inciso II).

Tradicionalmente, insere-se na classificação dos direitos fundamentais de segunda geração, que, conforme ensina Sampaio:

aparece com os direitos sociais, econômicos e culturais. Surgem, primeiramente, como ‘deveres’ impostos ao estado já na Constituição Francesa de 1791. A subjetivação ou a definição mais clara desses direitos esperará a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, sem nos esquecermos da Declaração dos Direitos do povo Trabalhador e Explorado de 1918. No Brasil, surgirá com o Texto Constitucional de 1934<sup>3</sup>.

Destaca-se o esclarecimento de Bobbio que, diferenciando-os dos direitos de liberdade (que têm o objetivo de limitar o poder do Estado), define-os como aqueles que exigem “para sua realização prática, ou seja, para a passagem da

---

<sup>3</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 568.

declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, justo o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado”<sup>4</sup>.

Foi apenas na Constituição de 1988 que o direito social à saúde foi alçado a direito fundamental como prestação estatal de acesso universal, pois, antes dela, era garantido apenas a trabalhadores inseridos no mercado formal:

Esse foi o marco desde o qual se desenhou a institucionalidade do Sistema Único de Saúde – SUS, que considerou necessário, para assegurar a universalidade, contar com uma estrutura de sistema participativo e descentralizado, dando início à formulação e uma nova lógica da política pública de saúde no Brasil. Diferentemente dos documentos anteriores, que reduziam a extensão do conceito de direito à saúde à prestação de assistência médica e a cobertura a uma minoria de trabalhadores inseridos no mercado formal, o novo conceito de saúde revelado pela Constituição Federal de 1988 é amplo e abrangente<sup>5</sup>.

A fim de delimitar o conteúdo do direito fundamental à saúde por meio dos princípios regentes do sistema, vale trazer o registro sobre como se deu a influência histórica do movimento sanitário da década de 1970 na sua positivação constitucional:

No caso específico da assistência à saúde, os princípios dispostos no artigo 196 e 198 da CRF-88 não são extraídos do gênio do legislador constituinte, mas de um processo histórico deflagrado no Brasil pelo já referido movimento sanitário brasileiro (...)

Depois de implantado o AIS, em 1987, seguiu-se a todo vapor com a transição democrática, e a implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) às vésperas da promulgação da CRF-88, que vaticinava a necessidade de redefinir as atribuições dos três níveis de governo com delimitação precisa de funções. Nesse período efervescente é convocada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, a Constituinte da Saúde no Brasil, para discutir a nova proposta de estrutura e políticas de saúde para o país. (...)

Os princípios que encontraram acolhida constitucional foram os finalísticos da reforma: a) participação, b) equidade, c) descentralização, d) integralidade, e) universalidade<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.35.

<sup>5</sup> FLEURY, Sonia et FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 37.

<sup>6</sup> BLIACHERIENE, Ana Carla et al. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. In:

Na Constituição de 1988, esse direito foi incorporado no artigo 6º como direito social fundamental e repisado, no Título VIII – “Da Ordem Social”, como dever do Estado, acentuando-se seu caráter de norma programática, na medida em que sua garantia se dá “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros gravames” (artigo 196).

Segundo José Afonso da Silva, as normas programáticas “estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”<sup>7</sup>.

Assim, indo ao encontro dessa definição de que a norma programática requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados, Canutinho explica que essa dependência não significa que tais normas não tenham eficácia, “ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos”, concluindo:

as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas.

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

---

SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 338.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem<sup>8</sup>.

Os efeitos imediatos que irradiam do peculiar caráter programático da norma constitucional que garante o direito à saúde foram destacados pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do RE-AGR nº 393175-RS:

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado<sup>9</sup>.

No mesmo sentido de que as normas constitucionais que preveem direitos sociais têm efeitos imediatos, sob pena de se tornarem uma promessa vã, posiciona-se Barroso, ao trazer o movimento da efetividade das normas constitucionais:

O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. (...) Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos<sup>10</sup>.

Essa eficácia da norma programática visa a preservar o núcleo do direito envolvido, garantindo-se o seu mínimo essencial, que, quando violado por uma

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Almedina, 2003, p. 122.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 816696/SP. Relator Min. Carmén Lúcia. Decisão monocrática, publicada em DJe em 12.06.2014. Disponível em: <file:///C:/Users/alessandra.castro/Downloads/texto\_233662792.pdf>. Acesso em junho de 2016.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

omissão ou insuficiência estatal, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas relacionadas.

É tendo em vista essa peculiaridade da eficácia da norma constitucional programática, classificação na qual se insere o direito social à saúde, que os princípios constitucionais regentes do “acesso universal e igualitário” (artigo 196) e do “atendimento integral” (artigo 198, inciso II) devem ser interpretados.

O princípio do acesso universal e igualitário refere-se ao alcance subjetivo do direito à saúde, no sentido de que é garantido a todos os seres humanos, indistintamente e independentemente de nacionalidade, classe social, cor etc., “com isonomia no tratamento e no acesso, sem preconceito ou privilégio de qualquer espécie, inclusive financeiro”<sup>11</sup>.

Estabelecendo as portas de entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde, bem como os requisitos a serem observados para o acesso, tem-se o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 (especialmente artigos 9º e 28), que regulamenta a Lei nº 8.080/90, que, por sua vez, regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Nesses termos, em que pese o acesso seja garantido a todos indistintamente, para que seja concedido a um usuário, esse deve observar integralmente as regras do sistema, que foram ordenadas de acordo com a racionalidade administrativa e com vistas a garantir a isonomia entre os usuários. Em outras palavras, não é porque o SUS é de livre acesso a todos, que todos podem acessá-lo da forma como bem quiserem.

A ressalva é relevante, uma vez que se observa frequente judicialização de casos que acabam por violar o acesso universal e igualitário. Por exemplo, no âmbito da Política Oncológica do Sistema Único de Saúde, o usuário deve se submeter a todo o procedimento oferecido pelo SUS por meio de CACONS e UNACONS. Porém, são

---

<sup>11</sup>DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 37.

comuns liminares concedendo um determinado medicamento de alto custo para pacientes com neoplasia que realizam seus tratamentos em caríssimos hospitais privados, prejudicando, assim, aqueles que realizam seu tratamento integralmente no SUS e conforme a política oncológica vigente. Nesse sentido, fazem-se elucidativas as palavras de Santos:

O SUS destina-se a todos, mas a todos que optaram pelo sistema público com seus regramentos administrativos, técnicos e sanitários. A universalidade não é uma porta aberta, mas sim uma porta ordenada e por si só não pode transformar o SUS num balcão de mercadorias e procedimentos concedidos a qualquer tempo, de qualquer modo à pessoa que não entrou no SUS pelas suas regras.

O cidadão pode manter-se vinculado aos serviços privados e optar pelos serviços públicos, mas neste caso deve observar seus regramentos técnicos sanitários. O que se veda é o cidadão pretender que o seu itinerário seja especial, criando uma porta própria a qual lhe permita escolher o que, quando e como deve ser o seu tratamento, que deixará, então, de ser ordenado pela atenção primária pública, passando a sê-lo pelo serviço privado que assim transformará o público em complementar do setor privado, sujeitando-o a este último.

(...)

A titularidade do direito, na judicialização não tem sido bem compreendida. Liminares que garantem serviços de saúde ao cidadão que não está em tratamento no SUS, mas sim em outros serviços privados, ferem o princípio da igualdade de atendimento e o disposto nos arts. 9º e 28 do Decreto 7508, que ordena o acesso. Quem não optou em se tratar no SUS pode integrá-lo a qualquer tempo, desde que respeite as suas regras e a ela adira de modo integral. Não se pode estudar numa escola privada e fazer a prova na escola pública<sup>12</sup>.

Assim, o princípio da universalidade garante o direito da prestação de saúde a todos, indiscriminadamente, mas desde que sejam observadas as regras e as portas de acesso do SUS, sob pena de se desvirtuar completamente a lógica do sistema e transformá-lo em uma complementação aos planos de saúde privados para alguns.

Já o princípio da integralidade tem relação com o alcance objetivo do conteúdo da norma, ou seja, com quais serviços e tecnologias o sistema de saúde deve garantir aos seus usuários. Nesse ponto, considerando a finitude dos recursos

---

<sup>12</sup> SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 149.

estatais e o princípio do equilíbrio orçamentário, deflui como consectário lógico que o princípio da integralidade não confere ao cidadão o direito de exigir do Estado uma prestação infinita de serviços:

O Estado brasileiro optou pela saúde baseada em evidência, de modo que, sob o fundamento da integralidade, não se pode exigir do poder público o financiamento de ações e serviços de saúde para procedimentos ou medicamentos experimentais, que não estejam baseados em evidência científica, razão pela qual o tratamento deve ser realizado de acordo com o estágio atual da ciência médica<sup>13</sup>.

Sobre a necessária delimitação do conceito de integralidade esclarecedor é o exemplo trazido por Santos, que ilustra as consequências da não limitação com uma demanda de judicialização da saúde pautada apenas na qualidade de vida:

Se o direito à saúde é tão alargado assim se poderia judicializar a qualidade de vida em nome da saúde. Imaginemos o infinito campo de reivindicação desse direito se não houver métricas para seu enquadramento. Por isso a saúde considera de um lado os fatores socioeconômicos que condicionam e determinam a saúde *latu sensu* e de outro, os serviços para sua proteção e recuperação<sup>14</sup>.

Nesse sentido – considerando a delegação constitucional ao legislador ordinário para regulamentar o direito à saúde (art. 197) –, o conteúdo do princípio do atendimento integral (que pressupõe duas categorias de atividades, as ações preventivas e as curativas, conforme art. 198 da CF, foi especificado pela Lei n. 12.401/2011, nos artigos 19-M e 19-P (inseridos na Lei n. 8.080/90), que definem que a assistência integral importa na disponibilização de medicamentos de acordo com protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e em conformidade com relações oficiais de medicamentos. Em outras palavras, por imperativo legal, o fornecimento deve ser regido pelas listas oficiais do SUS, cujas tecnologias, antes de serem incorporadas, passam por um rigoroso processo de incorporação, orientado pela “medicina baseada em evidências” (art. 19-Q, §2º da mesma Lei) e regulamentado pelo art. 19-Q da mesma Lei e pelos artigos 15 a 20 do Decreto n. 7.646/2011.

---

<sup>13</sup>DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 40

<sup>14</sup>SANTOS, Lenir. *Direito à Saúde e Sistema Único de Saúde*. Conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. Campinas: Saberes, 2010, p. 22.

O sentido da integralidade ainda é trazido pelo art. 7º da Lei nº 8.080/90, segundo o qual a integralidade da assistência é entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos em cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema.

Com o advento da encimada positivação, a maioria doutrinária e a jurisprudência, inclusive orientada por enunciados de orientações do Conselho Nacional de Saúde (como se demonstrará no próximo capítulo), passaram a relacionar o conteúdo da integralidade com as prestações de saúde constantes nas listas oficiais do SUS, sem prejuízo, no entanto, de, excepcionalmente, ser demonstrada a insuficiência no caso concreto da alternativa disponível e a necessidade de garantia de outro tratamento alheio aos incorporados no sistema:

Portanto, atualmente, a expressão 'atendimento integral', referida como diretriz do SUS na Constituição da República, é definida em lei e tem como norte as diretrizes dos protocolos clínicos. Naturalmente não se descarta a existência de situações em que indivíduos necessitam e comprovam que os critérios das listas do SUS e seus protocolos são insuficientes, mas isso não pode se tornar prática costumeira<sup>15</sup>.

Disso decorre que a simples inexistência no Sistema Único de Saúde de determinada prestação postulada judicialmente não significa a omissão (ou deficiência) da política pública vigente, mas sim uma escolha técnica e legítima do Executivo que analisa o uso racional da tecnologia incorporada, testada para a devida indicação clínica sob os aspectos da eficácia, segurança e custo-efetividade<sup>16</sup>.

Nesse sentido, ensina Dresch:

como já acentuado, é importante ponderar que o acesso à saúde está orientado pela medicina baseada em evidência, de modo que ao usuário não está assegurado o acesso a qualquer medicamento ou procedimento, sobretudo em relação àqueles que ainda estejam em fase experimental, sem comprovação científica. Portanto, o usuário somente terá interesse jurídico para agir, postulando em juízo, quando o sistema único de saúde não disponibilize medicamentos ou

---

<sup>15</sup> FREITAS, Cristina Leitão Teixeira. Judicialização da Saúde, solidariedade e ressarcimento: destaques da posição dos estados frente à polarização de entendimentos. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 79.

<sup>16</sup> SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 29.



tratamento com eficácia terapêutica similar àquele pretendido (...) cabe ao Judiciário reparar qualquer lesão ou ameaça a direitos. Entretanto, o julgador deve ficar atento para que o acesso às ações e serviços de saúde se dê, preferencialmente, dentro das políticas públicas instituídas, justificando-se, como já afirmado, assegurar o acesso a medicamentos e procedimento fora daqueles oferecidos apenas quando estes forem ineficazes e aqueles pretendidos estejam fundados em evidência científica<sup>17</sup>.

Alinhado a esse conteúdo do princípio da integralidade, na STA nº 175-CE, Gilmar Mendes delimitou que “em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política”<sup>18</sup>.

O balizamento da saúde pelos princípios da integralidade e do acesso universal, no sentido desenvolvido, evidencia a dualidade do direito fundamental: seu caráter, além de individual (direito de exigir a prestação de saúde do Estado), também coletivo<sup>19</sup>, representado pela própria sustentabilidade da estruturação do sistema único de saúde com base nas políticas públicas delineadas e nos princípios orçamentários – caráter último esse que não pode ser ignorado pelo julgador da ocasião.

---

<sup>17</sup>DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 25.

<sup>18</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom>>. Acesso em junho de 2016.

<sup>19</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

## **2. Limites à atuação do Judiciário na concretização do direito à saúde, especialmente no fornecimento de medicamentos.**

O presente capítulo destina-se a desenvolver os limites para a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde, especialmente nas ações judiciais individuais voltadas ao fornecimento de medicamentos.

A princípio, vislumbra-se como limitação à atuação do julgador na judicialização da saúde: a legislação infraconstitucional vigente sobre o tema, o caráter programático do direito social à saúde (do qual decorre a adequada interpretação do princípio da integralidade e da universalidade e igualdade do acesso, exposta no capítulo anterior), a escolha técnica do gestor (Poder Executivo) na formulação das políticas públicas (especialmente da política de assistência farmacêutica) para a própria viabilidade do Sistema Único de Saúde como um todo, a programação financeiro orçamentária e a tripartição de poderes.

No tocante ao primeiro limite apontado, a legislação infraconstitucional a qual o julgador deve se atentar no tocante a demandas que envolvem prestações de saúde, especialmente as relativas a medicamentos, é elencada por Dresch:

Entre as normas mais importantes que regulam a saúde pública no Brasil destacam-se a Constituição Federal (especialmente os arts. 6º, 23, II, e do art. 196 ao art. 200), Lei Complementar nº 141/2012, Lei nº 8.080/2000, Lei 8.142/2000, Decreto 7.508/2011, o Pacto pela Saúde (Portaria GM/MS 399/2006) e as Portarias GM/MS nº 1554/2013 e nº 155/2013, que regulam, respectivamente, o financiamento e a execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica e Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS<sup>20</sup>.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME – e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES – compreendem a seleção e a padronização de medicamentos e ações e serviços de saúde

---

<sup>20</sup>DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p.30.

incorporados e indicados para doenças e agravos no âmbito do SUS. Foram criadas pelo Decreto 7.508/2011, nos artigos 21 e 29.

A RENAME está dividida em cinco blocos (os quais esse estudo não irá desenvolver porque adentraria no tema da repartição de competências entre os entes federativos para financiamento e execução da política de cada bloco). Apesar de esse tema também ser de suma importância para limitar a atuação do julgador nas condenações de prestações de saúde (por estar diretamente relacionado com o orçamento de cada ente), fato é que exigiria um trabalho único pela complexidade da interpretação do princípio constitucional da solidariedade entre os entes no âmbito do SUS no contexto no princípio federativo. Destina-se o presente, pois, a abordar a judicialização apenas sob o corte inicialmente indicado (a legislação infraconstitucional vigente sobre o tema, o caráter programático do direito social à saúde, do qual decorre a adequada interpretação do princípio da integralidade e da universalidade do acesso – exposta no capítulo anterior –, a escolha técnica do gestor na formulação das políticas públicas para a própria viabilidade do Sistema Único de Saúde como um todo, a programação financeiro orçamentária e a tripartição de poderes).

Pois bem, na abordagem que interessa ao presente estudo, a RENAME e as demais listas oficiais do SUS representam o parâmetro legal e técnico a ser observado pelo julgador do ponto de vista do princípio constitucional da integralidade.

É o parâmetro tanto legal quanto técnico porque, como já explicitado no capítulo anterior, considerando a delegação constitucional ao legislador ordinário para regulamentar o direito à saúde (art. 197), o conteúdo do princípio do atendimento integral (que pressupõe duas categorias de atividades, as ações preventivas e as curativas, conforme art. 198 da CF) foi especificado pela Lei n. 12.401/2011, nos artigos 19-M e 19-P (inseridos na Lei n. 8.080/90), que definem que a assistência integral importa na disponibilização de medicamentos de acordo com protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e em conformidade com relações oficiais de medicamentos. Em outras palavras, por imperativo legal, o fornecimento deve ser regido pelas listas oficiais do SUS, cujas tecnologias, antes de serem incorporadas, passam por uma rigorosa análise técnica de incorporação no âmbito

da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias - CONITEC, orientada pela “medicina baseada em evidências” (art. 19-Q, §2º da mesma Lei) e regulamentada pelo art. 19-Q da mesma Lei e pelos arts. 15 a 20 do Decreto n. 7.646/2011.

O julgador não pode ignorar essa ordem legal, especialmente as imposições trazidas pela Lei n. 12.401/2011, que institui a CONITEC como o foro competente para a incorporação de medicamentos e tecnologias de saúde, bem como os requisitos técnicos para essa análise (observância de evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento objeto da incorporação).

A CONITEC, indo ao encontro do artigo 198 da Constituição, que dispõe que uma das diretrizes do sistema público de saúde é a comunidade, tem sua composição legalmente estabelecida como sendo de treze membros integrantes do poder público e da sociedade civil. Por mais esse motivo, a decisão técnica da Comissão sobre a política a ser oferecida pelo SUS não pode ser substituída pela decisão de um único o juiz.

Contudo, são frequentes as decisões que, baseadas na genérica abordagem do direito à saúde e em uma equivocada (porque não legal) interpretação do princípio da integralidade, ignoram a não incorporação de determinada tecnologia pela CONITEC (e, às vezes, até a ausência de registro na ANVISA) e não afastam, no caso concreto, a insuficiência do tratamento alternativo disponível no SUS para a doença do requerente.

Além disso, a postura judicial de simplesmente ignorar o arcabouço normativo que estrutura o SUS, especialmente os ditames da Lei n. 12.401/2011, sem, ao menos, afastar expressamente sua constitucionalidade, viola frontalmente o artigo 97 da CF e o enunciado da súmula vinculante nº 10<sup>21</sup>.

Ou seja, considerando que o Judiciário tem criado políticas públicas de saúde, proferindo decisões judiciais de concessão de medicamentos e tratamentos não previstos no âmbito do SUS, é inegável que a decisão deverá cumprir as

---

<sup>21</sup> Súmula Vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

exigências da Lei 12.401/11, já que sua atividade é exercida – ainda que inadequadamente – em substituição ao órgão técnico (CONITEC). No entanto, conforme relatado por Shulze:

Em breve consulta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, não se verificou, ainda, a análise das decisões proferidas pela CONITEC, muito menos os requisitos fixados na Lei 12.401/11. (...)

A judicialização da saúde relativa a medicamentos tem por base duas hipóteses. A primeira delas é aquela na qual o fármaco tem previsão na lista do SUS, mas não está disponível ou não foi dispensada administrativamente pelo ente público. Aqui, tem-se um problema de gestão – e não jurídico – razão pela qual é muito alto o índice de sucesso nas demandas desta natureza. E assim deve ser. Este é o nítido exemplo de questão que deveria ser resolvida no plano extrajudicial, sem a judicialização.

A outra hipótese – e esta é a causa das maiores discussões – diz respeito a postulações de medicamentos, tratamentos ou tecnologias não previstos no SUS e não há previsão legal para sua concessão pelo administrador. Trata-se, assim, de situação que o judiciário tem analisado com maior frequência.

Nestes casos, para a prolação de decisão, o juiz deve ser criterioso e deve: (a) observar a decisão da CONITEC ou do NAT (núcleo de apoio técnico); (b) analisar a existência de existências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento; (c) fazer a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (observar a relação custo-benefício); e (d) observar se o pedido judicial está em conformidade com as Recomendações 31 e 36 do Conselho Nacional de Justiça<sup>22</sup>.

Ignorando o caráter programático do direito social à saúde, a adequada dimensão conferida constitucionalmente ao princípio da integralidade e ao da universalidade, bem como a legislação infraconstitucional correspondente, o Poder Judiciário, atuando como legislador positivo e ao arrepio da programação orçamentária do Estado e das políticas públicas existentes, vem, progressivamente, “concretizando” esse direito social por meio do fenômeno do ativismo judicial (desenvolvido no capítulo 4 do presente).

---

<sup>22</sup>SHULZE, Jair Clenio. Direito à Saúde – novas perspectivas. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 176.

Além da gravidade do gasto atécnico (uma vez que não emanado de uma decisão técnica do gestor em saúde voltada para a viabilização de todo o sistema único, mas sim de uma decisão isolada no caso individual), esse fenômeno desvirtua a própria lógica do Sistema de saúde estabelecido pelas políticas públicas programadas (pois o abastecimento de todo o coletivo fica prejudicado pelo impacto econômico dos cumprimentos das decisões judiciais individuais), elevando a desigualdade e maculando, também, o princípio da separação de poderes.

Antes de adentrar propriamente no ativismo judicial na saúde, é interessante relatar que a atuação do Judiciário para o fornecimento de medicamentos, iniciou-se na década de 1990, no âmbito das demandas de medicamento retrovirais – ocasião em que a judicialização foi considerada modelar porque amparada nos marcos do sistema universal de proteção ao direito à saúde. Porém, vinte anos depois, essa herança cultural da judicialização das demandas de medicamentos retrovirais da década de 1990 reflete hoje a postura de muitos julgados que encaram a saúde com um direito ilimitado, ou seja, que implica o poder público fornecer todo e qualquer medicamento<sup>23</sup>.

Além da RENAME, referencial para a interpretação do princípio da integralidade, ser critério técnico legalmente imposto ao julgador como de observância obrigatória na judicialização da saúde, destaca-se também o respeito à previsão legal dos três níveis de complexidade de serviços (atenção primária, secundária e terciária), dispostos em regiões de saúde. O artigo 200 da Constituição Federal prevê que a lei poderá definir outras atribuições do SUS. No caso, a Lei é a 8.080/90, cujo artigo 6º, d, prevê a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, nas ações de execução de saúde:

O art. 6º, I, d, combinado com o já citado art. 19-M compõem as atribuições do SUS nos campos da assistência terapêutica integral. Importa ainda associar tal dispositivo às normas da LC 141, de 2012, para que o conteúdo da assistência terapêutica integral não venha delas desbordar. As atribuições dos órgãos e entes que compõem o SUS devem estar de acordo aos preceitos do art. 200 da Constituição, art. 6º da Lei 8080, com as modificações da Lei 12.401, e arts. 3º e 4º da LC 141.

---

<sup>23</sup>FLEURY, Sonia et FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 109.

Em resumo, cabe ao SUS garantir à coletividade ações e serviços que visem proteger e recuperar a saúde. A primeira objeto da vigilância em saúde, distribuída entre os entes federativos (lei 9782, 1999); a segunda, mediante a integração de serviços dos entes federativos de maneira regionalizada (região de saúde), em rede com três níveis de complexidade tecnológica (atenção primária, secundária e terciária), sem descuidar da ciência e tecnologia em saúde e formação de pessoal.

As responsabilidades executivas dos entes devem fundar-se na complexidade dos serviços em compatibilidade com o nível socioeconômico, demográfico e geográfico (LC 141, 2012). O rol dos serviços tem que ser capaz de garantir o cuidado nesses três patamares, cabendo aos entes federativos, em conjunto com a sociedade, definir diretrizes que orientem as escolhas entre determinadas terapias, insumos, medicamentos, procedimentos de efeitos iguais e custos desiguais. Como o SUS deve atender 200 milhões de habitantes dentro de determinado orçamento, o princípio da igualdade deve pautar as escolhas, uma vez que não há dinheiro para tudo.

(...)

Além do mais, em razão de as tecnologias mudarem frequentemente, bem como a conduta terapêutica, a lei prevê que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde (CONITEC). Desse modo, os medicamentos e produtos que integram o SUS são avaliados quanto à sua eficácia, segurança e custo efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde, nos termos da Lei 12.401. Para então serem incorporados no rol de ações e serviços de medicamentos. (...)

O SUS não pode ser um balcão de concessão e procedimentos descolados de diretrizes essenciais à sua organização sistêmica e segurança sanitária. A vedação de utilização de medicamento, produto e procedimentos experimentais ou não autorizados ou sem registro na ANVISA visam a essa proteção, e a escolha de um e não de outro de eficácia comprovada, tem a ver com a racionalidade de seus custos, imperativo na Administração Pública<sup>24</sup>.

Assim, diante do surgimento de diuturnas novas tecnologias no mercado, a análise das novidades – sob o critério da qualidade de vida, da dignidade humana pessoa humana, da eficácia curativa e de seu custo-efetividade (principalmente a comparação técnica com as tecnologias já incorporadas) – não pode estar sob o

---

<sup>24</sup>SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 137-139.

crivo isolado de um médico ou de uma decisão judicial, mas sim sob o crivo de quem tem competência legal para tanto, a CONITEC.

Outro limite à judicialização é a formulação de políticas públicas, campo de atuação típico do gestor público conforme o princípio constitucional da separação dos poderes e que acaba por refletir também na igualdade do acesso. Nessa seara, o Poder Público ouve os Conselhos de Saúde na elaboração dos Planos de Saúde, a fim de evitar o distanciamento entre formuladores, executores e beneficiários da Política e, assim, em última análise, garantir a própria sustentabilidade do SUS:

A formulação de política pública de saúde, como ato de governo que modula sua ação mediante planos, programas, projetos e objetivos a serem desenvolvidos não pode sofrer interferência do judiciário a quem não é conferido poderes para determinar ou discordar da política pública traçada pelo governo, até porque na saúde é feita em conjunto com a população, por força da Constituição e da Lei 8141, de 1990.

(...)

A questão que deve ser levada em conta é que a interferência do Judiciário nas políticas de saúde pode se constituir em medidas de desajuste do sistema de saúde e de desrespeito ao papel do Poder Executivo e Legislativo. Interpretar a política pública de maneira elástica ou determinar a sua construção (...), de modo a aprofundar as desigualdades (...), são atos que podem suplantar os limites da atuação judicial e colocar em risco valores da democracia. (...) A política pública de saúde deve estar a cargo do Executivo e do Legislativo. Os efeitos sistêmicos de uma decisão singular podem ser deletérios ao sistema de saúde e prejudicar toda uma população. Afora o fato de muitas vezes decisões judiciais desrespeitarem a legislação sanitária vigente. É preciso, pois, olhar a saúde de maneira sistêmica, sob pena de as decisões serem nefastas às políticas públicas e de sua execução<sup>25</sup>.

Outro limite que urge ser apontado é a inafastável limitação orçamentária. O financiamento da saúde no Brasil, por envolver receitas e gastos públicos, deve atender a um planejamento voltado à observância dos ditames das leis orçamentárias e da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000). Esse limite não visa a proteger o interesse financeiro do Estado em si, mas, antes, relaciona-se, inevitavelmente, com a própria garantia da dimensão coletiva do direito à saúde. A escassez financeira e o planejamento orçamentário dos gastos não

---

<sup>25</sup>SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 151-154.



podem ser ignorados pelo julgador, sob pena de a decisão implicar reflexos negativos a todos os usuários do SUS, porque impactante na própria sustentabilidade do sistema:

Dado que o fornecimento de bens e serviços de saúde, assim como de todos os demais direitos constitucionais, depende de recursos limitados, não há aqui um conflito real entre a vida e os interesses financeiros do Estado. Ao invés disso, existe um problema de difícil alocação de recursos limitados entre inúmeras necessidades individuais entre diversas vidas igualmente valiosas. O interesse financeiro secundário do Estado é, de fato, o interesse de toda a população (...). Ao ignorar esta dimensão distributiva e policêntrica de suas decisões, o Judiciário está na verdade simplesmente desviando recursos de programas de saúde escolhidos pelos órgãos políticos e técnicos do Estado para a satisfação das necessidades de alguns indivíduos que conseguem chegar ao Judiciário (necessariamente uma minoria dado que o acesso às Cortes é também um recurso limitado)<sup>26</sup>.

Nas palavras de Barroso, o que está em jogo não é o direito à vida e à saúde de um lado, e a separação de poderes e o limite orçamentário do Estado de outro; o que está em jogo “é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”<sup>27</sup>.

A desconsideração desses limites transborda a judicialização da política pública de saúde (entendida como a postura do Judiciário de conferir a adequada tutela judicial no caso de omissão ou insuficiência da política pública existente) e adentra no nocivo fenômeno do ativismo judicial, o qual desorganiza as políticas públicas vigentes, compromete o orçamento da saúde e representa, de forma desmedida, a invasão do Poder Judiciário nas atribuições do Executivo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup>FERRAZ, Octavio Luiz Mota. Entre a usurpação e a abdicação. O direito à saúde no Brasil e na África do Sul. In: WANG, Daniel WeyLiang (org.). *Constituição e política na democracia: aproximação entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 124.

<sup>27</sup>BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

<sup>28</sup>BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

### **3. Posição do Supremo Tribunal Federal e Enunciados do CNJ na Jornada Nacional de Saúde sobre o tema.**

Nesse capítulo, apresentar-se-á o atual cenário da judicialização da saúde no Brasil, a fim de verificar sua observância aos limites constitucionais para a atuação do julgador na efetivação do direito social.

Inicialmente, cabe apontar os eventos que se destacaram no cenário da judicialização da saúde nos últimos anos.

O primeiro deles foi a Audiência Pública nº 04 do Supremo Tribunal Federal, que decidiu as variáveis a serem analisadas nos processos envolvendo direito à saúde – sendo que o resultado do trabalho pode ser resumido na decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº175-CE.

Nessa STA, o STF decidiu que as ponderações a serem feitas em uma lide envolvendo a prestação de saúde são, em síntese:

1) Existe política estatal que abranja a prestação pleiteada? Se sim, então o direito subjetivo à saúde é evidente. Se não, passa-se à segunda etapa; 2) A inexistência da política decorre da: a) omissão legal ou administrativa; b) decisão de não fornecer a prestação pleiteada; c) vedação legal. Em caso de vedação legal, não há direito. Em caso de decisão de não fornecer, passa-se à terceira etapa; 3) Se há decisão de não fornecer, avaliar duas situações distintas: a) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; b) o SUS não tem nenhum tratamento para determinada patologia. Na hipótese “a”: o Juiz tem de privilegiar os protocolos clínicos, contudo isso não significa que o Poder Judiciário e a própria Administração não possam decidir de modo diferente ao do protocolo se ‘por razões específicas do seu organismo’, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Na hipótese “b”, passa-se para a quarta etapa; 4) Se o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia, há duas situações: a) tratamentos puramente experimentais b) novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS. Na hipótese “a”, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Na hipótese “b”, a omissão administrativa pode ser objeto de

impugnação judicial, tanto por ações judiciais, quanto por ações coletivas, com ampla produção de provas<sup>29</sup>.

Segue trecho da decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento de AgRg na STA 175/CE:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. (...) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS<sup>30</sup>.

Posteriormente a essa decisão paradigma, as decisões do STF passaram a se orientar por essas ponderações.

No julgamento da ADPF n. 45-9, relatado pelo Ministro Celso de Mello, adotou-se o entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas é sempre excepcional, e somente como tal se justifica, frente a uma deliberada omissão estatal.

Outra relevante decisão para o tema, datada de 28 de fevereiro de 2014, foi a do Ministro Joaquim Barbosa, na Medida Cautelar na suspensão de tutela antecipada STA 748 MC/AL:

(...) o procedimento judicialmente requerido não se insere nos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde (SUS).

(...) Nesta senda, seria por demais injusto com os demais cidadãos necessitados relativizar o princípio da reserva do possível para conceder em tratamento alternativo (...), notadamente porque este valor causaria abalos injustificáveis às finanças municipais, o que certamente refletiria no fornecimento de tratamentos específicos a outros administrados mais necessitados (...)

Portanto, em se tratando de tratamento a ser custeado pelos cofres públicos, este deve ser feito nos moldes previstos pelo Sistema Único de Saúde, porquanto não há nos autos a prova inequívoca a atestar a verossimilhanças das alegações, de que o medicamento

---

<sup>29</sup> TERRAZAS, Fernanda. Novos elementos no cenário da judicialização da saúde: análise das decisões dos tribunais superiores. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 314-315.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom>>. Acesso em junho de 2016.

requerido privilegia a saúde (e não a “melhor saúde”), imprescindível à vida do paciente. Não é razoável, subentender-se que todo e qualquer tratamento/recomendação médica deve ser atribuído ao Estado, sendo necessário que o Poder Judiciário apenas intervenha nas políticas públicas de saúde quando estas inexisterem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população, em caráter geral, e, excepcionalmente, por uma questão de ponderação entre princípios, quando ocorrer o iminente risco de vida ou de dano irreversível à saúde do paciente<sup>31</sup>.

Também cabe colacionar trecho da decisão do STF no RE 816696/SP, datada de 06 de junho de 2014, relatado pela Ministra Carmen Lucia, que expõe os efeitos nefastos da judicialização indiscriminada da política de saúde:

(...) para que forneça os remédios, os interessados terão que exibir requisição firmada por médico da rede oficial de saúde, que prescreverá os produtos e a dosagem adequada para os pacientes, desde que aprovados pelo Ministério da Saúde e que estejam disponíveis no país. Há de se ter em mente que causas como a presente, versando sobre a distribuição gratuita de medicamentos possuem implicações muito mais amplas e complexas do que se poderia inicialmente imaginar. A proliferação indiscriminada de ordens judiciais determinando a aquisição de medicamentos caríssimos e não devidamente incorporados às listas e programas oficiais acaba, em última instância, comprometendo totalmente o planejamento realizado pelo Poder Executivo para a já combatida área da saúde pública no país. (...) pesquisas recentes indicam que no Estado de São Paulo quase um terço da verba para a compra de medicamentos é consumida no cumprimento de decisões judiciais que beneficiam menos de um décimo da população que recebe gratuitamente remédios da rede pública. É fácil perceber que tal quadro torna quase que inviável a concretização de políticas públicas visando à redução das desigualdades e à realização da tão aclamada justiça social. Como se não bastasse, a ingênua idéia de que a Constituição Federal garante a todos, incondicionalmente, o direito à saúde e ao recebimento gratuito de medicamentos e tratamentos de última geração desfigura toda a estrutura de tripartição dos Poderes consagrada na Constituição<sup>32</sup>.

O segundo evento foi a edição da Recomendação nº 31, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que traz orientações aos magistrados sobre as

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 748, Relator Min. Presidente, Decisão proferida pelo Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15.03.2016, publicado em DJe-051 em 18.03.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+748%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/kw4fgmv>> Acesso em junho de 2016.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 816696/SP. Relator Min. Carmén Lúcia. Decisão monocrática, publicada em DJe em 12.06.2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/alessandra.castro/Downloads/texto\\_233662792.pdf](file:///C:/Users/alessandra.castro/Downloads/texto_233662792.pdf)>. Acesso em junho de 2016.

medidas a serem adotadas com vistas a subsidiar o processo decisório nesse tipo de lide, a seguir transcrita na parte em que interessa ao presente estudo:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:(...)

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas<sup>33</sup>.

O terceiro evento foi a edição da Lei nº 12.401/2011, que traz os parâmetros de como deve ser compreendido o princípio do atendimento integral no SUS, delineados no capítulo 2 supra, no sentido de que a integralidade coincide com o fornecimento das tecnologias constantes nos protocolos e listas oficiais do SUS, que, para aprovação, passam por um rigoroso processo de incorporação pela CONITEC com respaldo na medicina baseada em evidências.

Outros eventos mais recentes de suma relevância para o tema são as duas Jornadas de Saúde que se realizaram no âmbito do CNJ, em 2014 e 2015, das quais resultaram enunciados recomendatórios a serem observados pelos atores da comunidade jurídica envolvida nas demandas de saúde.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em junho de 2016.

Imperioso registrar que o próprio CNJ, na ocasião da Plenária da I Jornada de Direito da Saúde, em 15 de maio de 2014, aprovou os enunciados nº 12, 13, 14, 16, os que interessam ao objeto deste trabalho:

12 - A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

14 – Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

16 - Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

13 – Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas<sup>34</sup>.

Em continuidade, como fruto da II Jornada, destacam-se os seguintes enunciados:

50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso offlabel. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

57 – Saúde Pública - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a

---

<sup>34</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados da I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em junho de 2016.

notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

59 - Saúde Pública - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

61- Saúde Pública - Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado<sup>35</sup>.

E, por fim, o evento mais recente foi a decisão que deferiu a liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 5501, em que o Supremo Tribunal Federal, ao suspender a eficácia da Lei 13.269/2016 (que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna), repisou parâmetros limitadores ao Poder Judiciário na judicialização da Saúde.

Em análise do voto do Ministro Relator e dos que o acompanharam, evidencia-se que o STF, por maioria, repisou a impossibilidade de concessão de medicamentos não aprovados pela ANVISA, em função da previsão do artigo 12 da Lei 6.360/1976<sup>36</sup>, do princípio da separação de poderes (uma vez que o Congresso Nacional não detém a competência e a expertise para a análise de segurança e viabilidade técnica de determinada tecnologia em saúde, mas sim a agência sanitária), e do dever constitucional do Estado de Proteção à saúde<sup>37</sup>.

Nesse ponto, destaca-se o seguinte trecho do voto do relator:

---

<sup>35</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados da II Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em junho de 2016.

<sup>36</sup> Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde

<sup>37</sup>STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina. *STF Notícias*, 19 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>>. Acesso em junho de 2016.

O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano.

(...)

Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida.

(...)

É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora<sup>38</sup>.

Destaque-se que, até mesmo os votos vencidos não afastaram a ratificação do referido parâmetro para o fornecimento de medicamentos (necessidade de registro na ANVISA com a prévia dos respectivos testes clínicos). Em verdade, os Ministros signatários dos referidos votos assumiram tal regra e a excepcionalizaram para uma interpretação permissiva do fornecimento da “pílula do câncer” apenas a pacientes terminais, em uma proposta de conferir interpretação conforme ao dispositivo impugnado<sup>39</sup>.

Em conclusão, a motivação trazida na referida decisão liminar da ADI n 5501 evidencia que o STF assume a impossibilidade de concessão de tecnologias experimentais, ou seja, aquelas sem a comprovação de sua eficácia e segurança por meio de registro na ANVISA e da medicina baseada em evidências.

Inobstante essa parametrização imposta pela lei, reconhecida pela jurisprudência do STF e recomendada pelo CNJ, verifica-se na rotina da judicialização da saúde, especialmente nas ações que envolvem pedidos individuais

---

<sup>38</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501 MC/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Relator, em 19 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>> . Acesso em junho de 2016.

<sup>39</sup>STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina. *STF Notícias*, 19 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>>. Acesso em junho de 2016.



de medicamentos, que tais limites não são considerados por muitas decisões judiciais, sobretudo quando a parte autora alega o recorrente “risco de morte”.

Abaixo, passa-se a colacionar alguns exemplos de tutela judicial que poderiam ser questionadas sob a ótica da parametrização exposta acerca da judicialização da saúde.

Cita-se o caso, no final de 2015, na ação civil pública nº 3601-55.2015.4.01.3902, em trâmite na Justiça Federal de Santarém-Pará, de caráter individual, proposta pelo Ministério Público Federal com vistas a garantir à parte autora, portadora de Ataxia de Friedreich (doença rara), tratamento com células tronco em Bangkok-Tailândia. Inicialmente, o juízo de primeiro grau indeferiu a liminar. Porém, em sede de antecipação da tutela recursal em agravo de instrumento, esta foi deferida monocraticamente<sup>40</sup>.

Outro exemplo gravíssimo é o fornecimento de medicamento de alto custo sem registro na ANVISA, via ação judicial. Vide, por exemplo, a decisão prolatada no processo de nº 59643-42.2015.401.3800, em trâmite na 16ª Vara Federal de Belo Horizonte, que, em sede de antecipação de tutela, determinou o fornecimento do medicamento SOLIRIS (Eculizimab)<sup>41</sup> pela União, tão somente com base em jurisprudências colacionadas, sem adentrar em qualquer prova de evidência médica científica da necessidade do autor e de insuficiência do tratamento disponibilizado pelo SUS para a doença do caso concreto em questão.

A nocividade dessa judicialização se agrava porque os gastos para aquisição de referido medicamento repercutem no orçamento da saúde de forma avassaladora.

Nessa linha, o que se tem é um aumento progressivo e escandaloso dos gastos diretos da União com a chamada judicialização da saúde, cuja nocividade é

---

<sup>40</sup>BRASIL. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém-Pará. Decisão na Ação Civil Pública nº 3601-55.2015.4.01.3902. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/decisao-de-bloqueio-de-bens-da-uniao-para-tratamento-de-ataxia-de-friedreich-no-exterior/>>. Acesso em junho de 2016.

<sup>41</sup>BRASIL. 16ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte. Decisão na Ação nº 59643-42.2015.401.3800. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=13feece2f493c3c520cbfed73fcd4e1b&trf1\\_captcha=qyjn&enviar=Pesquisar&proc=596434220154013800&secao=MG](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=13feece2f493c3c520cbfed73fcd4e1b&trf1_captcha=qyjn&enviar=Pesquisar&proc=596434220154013800&secao=MG)>. Acesso em junho de 2016.

agravada quando os valores são voltados a tecnologias de altíssimo custo que não estão inseridos nas políticas públicas do SUS ou mesmo sem registro na ANVISA. Sobre esse cenário destaca-se a publicação do portal UOL, aos 25 de novembro de 2015<sup>42</sup>, a seguir colacionada:

Os gastos do Ministério da Saúde com decisões judiciais aumentaram 744% (em valores reais, isto é, corrigidos pela inflação) de 2005 a 2015 (...). Em 2005, a pasta gastou R\$ 62,6 milhões (valor da época) para cumprir determinações da Justiça relativas a tratamentos e medicamentos. Em 2015, até agora, o valor é de pelo menos R\$ 922,4 milhões.

O cálculo do próprio Ministério é de que o valor já superou R\$ 1 bilhão de reais em 2015. (...)

Uma única decisão judicial custou aos cofres públicos, em 2015, R\$ 3,6 milhões. É o maior caso do tipo. Neste ano, 38 brasileiros já conseguiram, por meio do SUS, tratamentos cujo valor supera R\$ 1 milhão. Juntas, essas 38 pessoas tiveram tratamentos de R\$ 56,2 milhões só em 2015.

O aumento dos gastos ocorre num momento em que o SUS e o Ministério da Saúde enfrentam dificuldades financeiras, agravadas pela crise econômica e pelo ajuste fiscal.

(...)

As decisões judiciais dizem respeito a medicamentos novos e de alto custo. Por essa razão, a maior parte dos valores acaba sendo liberada para as poucas empresas que detêm a patente dos produtos. Em 2015, uma única empresa, a americana UnoHealthcare, recebeu pelo menos R\$ 495 milhões. Outra companhia, a Multicare, levou R\$ 296,09 milhões.

Dados do Ministério da Saúde indicam que dos 20 tratamentos de maior custo abrangidos pelas decisões, 10 não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

(...)

O secretário explica que a falta de registro na ANVISA impede a determinação de um preço máximo para os medicamentos.

A situação, segundo ele, tende a se agravar. Massuda informa que o Ministério já foi derrotado em pelo menos 15 ações judiciais nas

---

<sup>42</sup>RODRIGUES, Fernando. Em 10 anos, gastos do SUS com decisões judiciais cresce 744%. *Portal UOL*, 25 nov. 2015. Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>. Acesso em junho de 2016.

quais os pacientes pedem acesso a tratamento para uma síndrome rara, cujo custo individual é de R\$ 2 milhões.

“Com esse valor (R\$ 30 milhões), é possível montar 20 postos de saúde. Dá para estruturar a rede de atenção básica em uma cidade de 50 mil habitantes”, lamenta Massuda.

Segundo ele, há casos em que as decisões judiciais são proferidas sem uma simples consulta ao prontuário dos pacientes, e sem que os juízes tenham ciência dos custos envolvidos.

Em 2014, segundo o Ministério, os valores consumidos com decisões judiciais teriam sido suficientes para comprar 5,8 mil ambulâncias, construir 327 UPAs de pequeno porte ou 12 hospitais.

Outra recente decisão questionável do ponto de vista da parametrização existente da judicialização da saúde, foi a proferida em sede de liminar, na ação nº 1003791-33.2016.8.26.0637, pela 1ª Vara Cível da Comarca de Tupã, para determinar ao Município de Tupã que proceda á vacinação contra vírus da gripe influenza A-H1N1 de todas as pessoas residentes no município que se encaminharem aos postos de vacinação independentemente de eventual desabastecimento para atendimento dos grupos de risco<sup>43</sup>.

Sendo assim, embora louvável a intenção do Ministério Público de incluir outros grupos populacionais na vacinação contra a influenza, diante da situação epidemiológica da doença no país, não foi sequer considerada e escassez do insumo que enfrenta o gestor público e os impactos no planejamento da política pública para atender tal pretensão.

Por fim, o presente trabalho realizou uma pesquisa na jurisprudência constante no sítio eletrônico do STF e do STJ, com a finalidade específica de verificar como o recurso das decisões judiciais que não observam a parametrização exposta (pela Lei, fixada na jurisprudência do STF e recomendada pelo CNJ) são julgados, em controle difuso de constitucionalidade e em controle de legalidade (respectivamente no STF e no STJ). Conclui-se que, predominantemente, as Cortes

---

<sup>43</sup>JUSTIÇA de Tupã determina que todos sejam vacinados contra gripe. *Tupã Notícias*, 19 abril de 2016. Disponível em <<http://www.tupanoticias.com.br/site/noticias/ver/noticia/6966/justica-de-tupa-determina-que-todos-sejam-vacinados-contragripe>>. Acesso em junho de 2016.

não os apreciam por considerarem que esbarram na vedação do enunciado sumulado nº 07<sup>44</sup> no STJ e nº 279<sup>45</sup> no STF e na falta de prequestionamento.

Assim, configura-se um verdadeiro desafio às Advocacias Públicas dos entes demandados conseguirem demonstrar nas instâncias ordinárias a ausência de prova cabal do autor sobre i.) a insuficiência da política pública estatal para seu tratamento específico e sobre ii.) a necessidade, adequação e custo-efetividade da pleiteada - a fim de que a questão consiga ser apreciada pelo STF e o STJ estritamente sob a ótica de que a decisão recorrida viola a imposição legal e a adequada interpretação dos princípios constitucionais que regem o SUS, tudo com base na parametrização já reconhecida pelo STF e recomendada pelo CNJ.

Afinal, o Poder Judiciário não pode, simplesmente, ignorar a parametrização reconhecida pelo STF, recomenda pelo CNJ, bem como o regramento legal que legitima a escolha técnica do gestor de saúde, sob pena de suas decisões nos casos individuais, além de gerarem desigualdade e inviabilizarem o SUS do ponto de vista coletivo e orçamentário, violarem a tripartição de poderes, em prol da atuação do juiz como legislador positivo e formulador de políticas.

---

<sup>44</sup>Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial

<sup>45</sup>Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

#### 4. Efeitos negativos do ativismo judicial na saúde e novos modelos de atuação

A crescente judicialização é reflexo do descompasso entre o direito à saúde em tese assegurado e o seu exercício, institucionalmente, na prática, negado:

Diferentes fatores levaram a uma nova forma de ativismo judicial, motivando o cidadão comum a fazer valer suas reivindicações e assegurar seus direitos através da justiça. Entre eles destacam-se a crescente consciência em relação aos direitos da cidadania e a proliferação de mecanismos judiciais em um contexto em que restrições econômicas, gerenciais e políticas implicam a falta de efetiva provisão de serviços e na denegação de direitos<sup>46</sup>.

No mesmo sentido, Schulze:

A judicialização da saúde decorre do déficit de democracia pela qual passa o Estado brasileiro, transferindo-se o *locus* do debate dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) para a autoridade judiciária.

A recente ascensão institucional do poder Judiciário brasileiro é a marca de um modelo de omissões estatais no cumprimento das promessas de modernidade estampadas no texto da Constituição.(...)

Esta é a real fotografia da crise do estado (pós) social, decorrente de uma exagerada expectativa quanto à capacidade do Estado-juiz de resolução de todos os problemas da sociedade<sup>47</sup>.

O protagonismo do Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, área eminentemente ocupada pelo espaço de formulação e execução de políticas públicas e legislativas, tem se apresentado como saída para uma sociedade que busca alternativa às instâncias políticas para concretizar seus direitos, como ilustra Vianna:

A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do WelfareState,

---

<sup>46</sup>FLEURY, Sonia et FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 104.

<sup>47</sup>SHULZE, Jair Clenio. Direito à Saúde - novas perspectivas. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 163.

fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social (...) O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público<sup>48</sup>.

A infiltração do Judiciário na área da saúde, no entanto, tem se revelado nociva, quando atua não em uma lacuna ou insuficiência da política para a efetivação do direito. Nesse aspecto, cabe diferenciar duas formas de atuação do judiciário nessa seara: a judicialização propriamente dita e o ativismo judicial. A primeira evidencia de forma legítima e inevitável o diálogo entre o direito e a política, ao passo em que o segundo revela o exagero irresponsável no exercício da função jurisdicional. Nas palavras de Barroso:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva<sup>49</sup>.

Na busca de concretizar a Constituição o julgador acaba por sufocar o SUS e comprometer a própria efetividade do direito à saúde em seu aspecto coletivo e também no individual em relação àqueles que não têm acesso ao Judiciário e ou não são beneficiários das decisões, como elucida Barroso:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da

---

<sup>48</sup>VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 25.

<sup>49</sup>BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 246-247.

generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo<sup>50</sup>.

Oportuno faz-se apresentar uma lista de apontamentos de efeitos nocivos da judicialização da saúde da forma como hoje se apresenta no Brasil, com provimentos jurisdicionais desatentos aos parâmetros da judicialização da saúde, à revelia das políticas públicas programadas dentro de um planejamento orçamentário, prejudicando toda a coletividade a pretexto de atender uma necessidade individual, afetando o equilíbrio financeiro e logístico do SUS, ou seja, violando, em uma escala maior, o próprio direito à saúde que visava a garantir com a decisão isolada:

Excesso de ações judiciais com liminares, sequestros de dinheiro de fundo de saúde, multas pessoais para os secretários da saúde, serviços públicos de saúde insuficientes, subfinanciamento, lobbies corporativos e empresariais, organização administrativo-sanitária deficiente e desencontro de realidades são fatos relevantes na judicialização da saúde que tem gerado insegurança jurídica, temor aos gestores públicos e desorganização sanitária<sup>51</sup>.

Conforme relatado por Fleury e Faria, estudos do Ministério da Saúde e da Advocacia-Geral da União indicam que, entre 2005 e julho de 2008, houve uma evolução de quase 300% de decisões judiciais que obrigam a União a fornecer medicamentos; e que há Municípios, como o de Campinas-SP, que acabam tendo que usar toda a sua verba destinada à saúde para o atendimento de uma única ação judicial<sup>52</sup>.

Ainda, a desigualdade de acesso à jurisdição, que traz como reflexo decisões isoladas, acaba reverberando na própria desigualdade de acesso ao direito à saúde. Aqueles que não têm informação sobre a possibilidade de propor demandas de saúde aguardam o tratamento nas filas do SUS, enquanto alguns usuários que gozam de tratamentos custeados por planos de saúde conseguem, via

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

<sup>51</sup> SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 127.

<sup>52</sup> FLEURY, Sonia et FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 110-113

judiciário, que o SUS seja, por exemplo, obrigado a lhes fornecer determinado medicamento<sup>53</sup>.

Conclui-se, pois, que o efeito mais nocivo do ativismo judicial, ao adentrar na seara da formulação de políticas públicas de saúde sem qualquer parametrização, é tornar o direito coletivo à saúde refém do direito individual, o que não pode ser ignorado pelo Judiciário, nas palavras de Barroso:

Uma corte constitucional não pode ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico<sup>54</sup>.

Assim, as decisões judiciais devem, antes de mais nada, olhar a saúde de forma sistêmica, pois a interferência do Judiciário nas políticas de saúde, ignorando-as ou ampliando-as sem critério, pode se constituir em medida de desajuste do sistema e direcionar a efetivação do direito apenas para titulares privilegiados – suplantando os limites da atuação judicial, inclusive sob o ponto de vista democrático:

Nem se pode dizer que a judicialização da saúde melhorou os serviços de saúde. Pelo contrário. As decisões judiciais podem até muitas vezes serem acertadas por combater o mau funcionamento do serviço de saúde, mas, em sua maioria, têm ajudado a desorganizar o sistema, não alcançando a necessária justiça. Não tenho conhecimento de decisão judicial ter alterado substancialmente o serviço de saúde de maneira coletiva, para todos; no mais das vezes pode ter atendido o interesse individual, mas prejudicado o interesse coletivo (...).

Não há como um gestor público gerir um sistema de saúde que tem duas portas: a das liminares judiciais, diárias, constantes e a do cidadão que pelega na fila para ter sua necessidade de saúde atendida<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> FREITAS, Cristina Leitão Teixeira. Judicialização da Saúde, solidariedade e ressarcimento: destaques da posição dos estados frente à polarização de entendimentos. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 64.

<sup>54</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

<sup>55</sup> SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 156.



No âmbito do cumprimento das decisões judiciais individuais, destaque-se, ainda, que o custo para aquisição dos medicamentos de forma isolada é muito maior do que se fossem adquiridos em escala, como o são no âmbito da execução e políticas públicas<sup>56</sup>.

Em relação ao cumprimento das obrigações que impõem o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, o gestor se depara com a necessidade de viabilizar uma aquisição de produto sem registro sanitário, de forma que a ausência do respaldo técnico compromete o poder de polícia na vigilância de produtos que podem ser lesivos à saúde<sup>57</sup>.

Ainda quanto ao cumprimento, no que se refere às obrigações de fornecimento contínuo, verificam-se grandes quantidades de processos em que os medicamentos fornecidos por força de decisão judicial acabam sendo descartados, em função da não retirada pelo autor. Tem-se como exemplo o caso do estado de São Paulo:

Em 2013, a média de retirada regular era de somente 65% dos medicamentos disponíveis em estoque, causa estranheza o produto judicializado ser posteriormente descartado. Raramente a SES-SP é comunicada na ocasião da suspensão do tratamento ou óbito. Desta forma, foi necessário instituir uma rotina de cancelamento destas demandas com a devida comunicação no processo judicial, evitando uma perda de aproximadamente 2,5 milhões de reais no ano de 2013<sup>58</sup>.

O fato de, somente após a entrega, o paciente perceber que não precisava do produto ou de determinada quantidade implica, pelo desconhecimento das regras para seu armazenamento com segurança, o desperdício dos medicamentos e, por conseguinte, do dinheiro público que seria destinado à manutenção do sistema.

Também, destaca-se a desproporcional atitude do Judiciário na aplicação de medidas coercitivas à parte ré e penalidades ao gestor (como fixação de multa pessoal e até ordem de prisão) que, em regra, não está volitivamente negando-se à execução das obrigações de fornecimento de medicamentos, mas apenas

---

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Luciana da Veiga. Comitês Executivos da Saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 189.

<sup>57</sup> CHIEFFI, Ana Luiza e SIQUEIRA, Paula Sue Facundo. Judicialização da Saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 288.

<sup>58</sup> Idem, p. 290.

observando os dispositivos legais para as compras públicas, especialmente quando a tecnologia não é encontrada no Brasil, mas somente no exterior<sup>59</sup>.

De forma mais gravosa, destaque-se que a atuação do Judiciário movida pelo apelo emocional dos princípios no tema da judicialização da saúde contribui para que este Poder seja usado como meio de perpetração de fraudes pela indústria farmacêutica. O judiciário acaba sendo solo fértil de concretização dos interesses econômicos dos laboratórios, indústria farmacêutica, advogados, médicos e hospitais – que utilizam a judicialização como meio de introduzir e de fomentar a comercialização dos medicamentos no mercado. Nesse ponto, como exemplo, menciona-se o recente escândalo relatado pela reportagem da revista *Época*, intitulada “Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões: Os bastidores de uma das maiores fraudes já descobertas no Brasil envolvendo ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo”<sup>60</sup>, a cujos trechos a seguir se confere destaque:

O volume crescente de ações judiciais para fornecimento de medicamentos de alto custo (um fenômeno conhecido como judicialização) desorganiza o planejamento orçamentário das secretarias de Saúde nas três esferas de poder. É um problema para a União, os Estados e, principalmente, para os pequenos municípios. Não há milagre. Para atender às demandas urgentes de poucos pacientes que exigem tratamentos caríssimos (muitas vezes, sem benefício e com riscos inaceitáveis), os gestores deslocam verbas destinadas ao cuidado de milhares ou milhões de outros cidadãos. Assim como a corrupção e a má gestão, a judicialização da saúde é uma das importantes causas de desperdício de dinheiro público. Ela não pode mais ser ignorada, principalmente no momento em que se discute a redução de gastos sociais. Quando os médicos e a indústria farmacêutica estabelecem relações indevidas, quem perde é a população. Desta vez, elas viraram caso de polícia.

(...)

Não é de hoje que parte da indústria farmacêutica faz um jogo triplo: estimula os médicos a prescrever drogas de alto custo ainda não disponíveis no SUS; financia associações de pacientes para que elas ofereçam apoio jurídico gratuito aos interessados em processar o

<sup>59</sup>CHIEFFI, Ana Luiza e SIQUEIRA, Paula Sue Facundo. Judicialização da Saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 290

<sup>60</sup>SEGATTO, Cristiane. Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões: Os bastidores de uma das maiores fraudes já descobertas no Brasil envolvendo ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo. *Revista Época*, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>> Acesso em junho de 2016.

Estado; e, por fim, determina livremente o preço dos produtos (quase sempre importados) ao gestor pressionado pelo tempo e pela ameaça de prisão. Essa prática eticamente questionável drena os recursos do SUS, mas não é ilegal. O caso Juxtapid é um escândalo de outra natureza. Depois de dois anos de inquérito policial, o esquema pode levar ao inédito indiciamento de 13 médicos de sete municípios, de representantes da empresa Aegerion e demais envolvidos. É o resultado da Operação Asclépio, batizada com o nome do deus grego da medicina.

(...)

Esse roteiro nonsense poderia ter consumido cerca de R\$ 40 milhões sem que as autoridades percebessem o disparate. O que despertou desconfiança foi o grande número de laudos assinados pelo mesmo médico: o cardiologista José Eduardo Guimarães. Se a doença rara acomete uma pessoa a cada 1 milhão, como um único profissional teria alcançado a proeza de localizar 19 portadores em São José dos Campos, uma cidade de apenas 680 mil habitantes?

(...)

O Juxtapid é só uma parte do problema. São Paulo destina R\$ 1 bilhão por ano para cumprir 47 mil demandas judiciais para fornecimento de medicamentos. É quase o dobro do que o Estado gasta (R\$ 600 milhões) com a distribuição regular de remédios para 700 mil cidadãos. A maioria das ações é ingressada por advogados particulares e se baseia em laudos e prescrições de médicos privados. Apenas 13% dos processos têm origem na Defensoria Pública, que atende pessoas com renda familiar mensal de até três salários mínimos. O mau uso do dinheiro público é explícito. Em cerca de 30% dos casos, os medicamentos fornecidos por ordem judicial não são retirados pelos pacientes. Na esfera federal, os gastos cresceram sete vezes entre 2010 e 2015 e consumiram R\$ 3 bilhões. No ano passado, o Ministério da Saúde recebeu 3.900 demandas. O Juxtapid, exigido por 59 pessoas, custou R\$ 51,8 milhões.

Diante desse cenário, a proposta que ora se sugere a esse descompasso (entre o direito fundamental em tese e sua efetivação), em alternativa ao ativismo judicial, é o instituto denominado “diálogos institucionais”, que viabiliza a interação entre os entes envolvidos na problemática de uma política pública submetida ao Estado-Juiz, legitimando, pois, uma atuação equilibrada deste último no fenômeno da judicialização da política:

Um Estado de Direito não pode se pautar pela preponderância de uma função estatal em relação às demais. É preciso que se busque o equilíbrio institucional, em que haja responsabilização conjunta e diálogo entre juiz e legislador para a proteção dos direitos fundamentais. Essa harmonização, que permite o exercício da

atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação do Legislativo, consubstancia o que se convencionou chamar de modelo dialógico, caracterizado pelos permanentes diálogos institucionais entre Judiciário e Parlamento<sup>61</sup>.

No âmbito da judicialização da saúde, os diálogos institucionais podem ser assim propostos:

A crescente judicialização observada em vários países da América Latina é um sinal de que há um progressivo reconhecimento do direito à saúde, mas, ao mesmo tempo, indica a incapacidade governamental de prover os serviços necessários para que os cidadãos possam usufruir esse direito. Ao invés de observar a judicialização como uma ameaça aos esforços governamentais para construir sistemas de saúde universais, é preciso vê-la como uma manifestação democrática da contradição entre o direito legalmente assegurado e o seu exercício, institucionalmente negado.

Nesse sentido, propomos que ao invés da separação de poderes idealizada pela teoria política, ou do predomínio de um deles sobre os demais, seria necessário buscar uma relação dialógica entre Poder Executivo e Judiciário, para que as formulações legais assegurando o direito à saúde, mesmo em contextos com restrições de recursos, permitissem mudanças nas relações entre os poderes e no modo de funcionamento de cada um deles, direcionadas para viabilizar o gozo desse direito que é tanto individual como coletivo<sup>62</sup>.

Propostas para essa solução dialógica podem se apresentar em diversas fases do processo judicial que envolve a prestação de serviço de saúde.

Uma que se destaca é o cumprimento da decisão judicial que impõe a obrigação de o Estado fornecer um determinado medicamento de forma contínua. Nesse caso, é essencial que o Judiciário imponha ao jurisdicionado a renovação periódica da demonstração cabal da necessidade do fornecimento ao gestor, a fim de que esse possa apreciá-la e manter o cumprimento da obrigação de forma razoável. Nesse sentido, Schulze:

Na hipótese de procedência do pedido, é comum a fixação de parâmetros do cumprimento da decisão judicial, pois, em princípio, caberia ao próprio agente do órgão fornecedor ou, em especial, ao médico vinculado ao SUS, promover, regular e periodicamente, uma

---

<sup>61</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). *Judicialização da Política e Democracia*. Brasília: IDP, 2014, p. 32.

<sup>62</sup>FLEURY, Sonia et FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 102.

consulta para análise do real estado de saúde do paciente, a fim de constatar, no transcurso de certo espaço de tempo, se ainda persistem os sintomas que ensejam o uso da medicação cuja entrega foi determinada judicialmente<sup>63</sup>.

Outra hipótese em que se demonstra extremamente necessário o diálogo institucional é o cumprimento de obrigação fixada em processo de caráter coletivo, cujas decisões, em função de seu alcance mais amplo, não delimitam precisamente o modo de sua efetivação – implicando o risco de manietar o gestor e esvaziar a própria efetividade do conteúdo decisório.

Além disso, a solução dialógica pode se fazer presente de forma extraprocessual, como forma, inclusive, de evitar a judicialização ou de, abstratamente, criar parâmetros para ela. Eis como exemplos: a mencionada (capítulo 3 supra) audiência pública convocada pelo ministro Gilmar Mendes para ouvir especialistas com experiência na saúde; os Comitês instituídos pela resolução nº 07 do CNJ, no âmbito do Fórum Nacional, para o monitoramento das demandas de assistência à saúde; as Jornadas de Direito à Saúde promovidas pelo CNJ, da qual resultam enunciados de orientação aos magistrados na judicialização da saúde; e os Núcleos de Apoios Técnicos – NATs, que devem ser criados por força da Recomendação nº 31 de 2010 e 36 de 2011 do CNJ, compostos por médicos e farmacêuticos para fornecer aos magistrados as informações técnicas para análise do caso.

Como exemplo desses diálogos em fase pré judicial, cita-se a experiência dos referidos NATs, relatada por Oliveira, em alguns Estados, como interlocutores com as Secretarias de Saúde, a fim de se evitar a judicialização:

Em alguns estados, há iniciativa, dentro dos NATs, de criação de uma conciliação pré-judicial, além de viabilizar uma aproximação com os órgãos de saúde visando a evitar a judicialização. Em Araguaína-TO, por exemplo, há atuação conjunta do NAT local com a ouvidoria do SUS, passando do papel meramente consultivo ao Judiciário, atuando como interlocutor junto à Secretaria de Saúde e identificando a maior incidência das demandas para contribuir no planejamento das ações de saúde, com o objetivo de aperfeiçoar o atendimento prestado aos usuários. O resultado foi a redução e 45% no total de demandas apresentadas pela Defensoria Pública e de

---

<sup>63</sup>SHULZE, Jair Clenio. Direito à Saúde – novas perspectivas. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 178.

56% nas apresentadas pelo Ministério Público (dados apurados entre 2011 e 2013)<sup>64</sup>.

Outro ponto em que se apresentam os diálogos como um instrumento necessário é no combate às fraudes perpetradas pela judicialização para atender a interesses de agentes de mercado. O diálogo entre os poderes deve ser orientado para um:

olhar estratégico sobre objeto e atores das várias ações judiciais, identificando a chamada fidelização entre produtos reclamados, médicos prescritores, advogados e indústria farmacêutica, de forma a coibir abusos e ilícitos cometidos contra o Poder Público<sup>65</sup>.

Finalmente, a atenção aos parâmetros reconhecidos pelo STF, recomendados pelo CNJ e regulados pela Lei - especialmente no que atine à prova da demonstração cabal da adequação e necessidade do tratamento pleiteado no caso concreto em detrimento do fornecido pelo SUS - é essencial para que o Judiciário não seja mero instrumento de concretização de interesses econômicos, enquanto pensa estar efetivando o direito à saúde.

Um provimento jurisdicional desatento aos parâmetros da Judicialização da Saúde expostos – construídos na experiência brasileira de forma dialógica – e à revelia das políticas públicas programadas dentro de um planejamento orçamentário prejudica toda a coletividade, a pretexto de atender uma necessidade individual, afetando o equilíbrio financeiro e logístico do SUS, ou seja, violando, em uma escala maior, o próprio direito à saúde que visava a garantir com a decisão isolada.

---

<sup>64</sup>OLIVEIRA, Luciana da Veiga. Comitês Executivos da Saúde. in: Judicialização da Saúde no Brasil. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 178.

<sup>65</sup>CHIEFFI, Ana Luiza e SIQUEIRA, Paula Sue Facundo. Judicialização da Saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 291.

## Conclusão

A limitação à atuação do Estado-juiz na judicialização da saúde encontra reconhecimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nos enunciados oriundos da Jornada de Saúde promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Como limites destacam-se a legislação infraconstitucional vigente sobre o tema (especialmente a Lei n. 12.401/2011, no tocante às listas oficiais do SUS e à CONITEC, e a Lei n. 6.360/1976, no tocante ao registro na ANVISA), o caráter programático do direito social à saúde (do qual decorre a adequada interpretação dos princípios constitucionais da integralidade e da universalidade e igualdade do acesso, exposta no capítulo 1), a escolha técnica do gestor (Poder Executivo) na formulação das políticas públicas, a programação financeiro orçamentária e a tripartição de poderes.

Inobstante à parametrização imposta pela lei, reconhecida pela jurisprudência do STF e recomendada pelo CNJ, verifica-se na rotina da judicialização da saúde, especialmente nas ações que envolvem pedidos individuais de medicamentos, que tais limites não são considerados por muitas decisões judiciais, sobretudo quando a parte autora alega o recorrente “risco de morte”.

Configura-se um verdadeiro desafio às Advocacias Públicas dos entes demandados conseguirem demonstrar nas instâncias ordinárias a ausência de prova cabal do autor sobre i.) a insuficiência da política pública estatal para seu tratamento específico e sobre ii.) a necessidade, adequação e custo-efetividade da pleiteada - a fim de que a questão consiga ser apreciada pelo STF e o STJ estritamente sob a ótica de que a decisão recorrida viola a imposição legal e a adequada interpretação dos princípios constitucionais que regem o SUS (sem esbarrar nas súmulas 7 do STJ e 279 do STF e na falta de prequestionamento), tudo com base na parametrização já reconhecida pelo STF e recomendada pelo CNJ.

Afinal, o Poder Judiciário não pode, simplesmente, ignorar os limites reconhecidos à judicialização da saúde, sob pena de suas decisões configurarem o fenômeno nocivo do ativismo judicial – por gerarem desigualdades nos casos

individuais, inviabilizarem o SUS do ponto de vista coletivo e orçamentário, violarem a tripartição de poderes (em prol da atuação do juiz como legislador positivo e formulador de políticas públicas).

Finalmente, a observância desses limites é essencial para que o Judiciário não seja mero instrumento de concretização de interesses econômicos, enquanto pensa estar efetivando o direito à saúde.

Um provimento jurisdicional desatento aos parâmetros da Judicialização da Saúde expostos (construídos na experiência brasileira de forma dialógica) e à revelia das políticas públicas programadas dentro de um planejamento orçamentário, prejudica toda a coletividade a pretexto de atender uma necessidade individual, afetando o equilíbrio financeiro e logístico do SUS, ou seja, violando, em uma escala maior, o próprio direito à saúde que visava a garantir com a decisão isolada.

Diante desse cenário, a proposta que ora se sugere a esse descompasso (entre o direito fundamental em tese e sua efetivação), em alternativa ao ativismo judicial, é o instituto denominado “diálogos institucionais”, que viabiliza a interação entre os entes envolvidos na problemática de uma política pública submetida ao Estado-Juiz, legitimando, assim, uma atuação equilibrada deste no fenômeno da judicialização da política.



## Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em maio de 2016.

BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. In: SANTOS, Lenir *et* TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm)>. Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em julho de 2016.

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

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm). Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm). Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Decreto 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm). Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>. Acesso em junho de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados da I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em junho de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados da II Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300). Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+1>

75%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom>. Acesso em junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 816696/SP. Relator Min. Carmén Lúcia. Decisão monocrática, publicada em DJe em 12.06.2014. Disponível em: <file:///C:/Users/alessandra.castro/Downloads/texto\_233662792.pdf>. Acesso em junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 748. Relator Min. Presidente, Decisão proferida pelo Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15.03.2016, publicado em DJe-051 em 18.03.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+748%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/kw4fgmv>. Acesso em junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501 MC/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Voto do Relator, em 19 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em junho de 2016.

BRASIL. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém-Pará. Decisão na Ação Civil Pública nº 3601-55.2015.4.01.3902. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/decisao-de-bloqueio-de-bens-da-uniao-para-tratamento-de-ataxia-de-friedreich-no-exterior/>. Acesso em junho de 2016.

BRASIL. 16ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte. Decisão na Ação nº 59643-42.2015.401.3800. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\_captcha\_id=13fe ece2f493c3c520cbfed73fcd4e1b&trf1\_captcha=qyjn&enviar=Pesquisar&proc=596434220154013800&secao=MG>. Acesso em junho de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). *Judicialização da Política e Democracia*. Brasília: IDP, 2014.

CHIEFFI, Ana Luiza et SIQUEIRA, Paula Sue Facundo. Judicialização da Saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

FERRAZ, Octavio Luiz Mota. Entre a usurpação e a abdicação. O direito à saúde no Brasil e na África do Sul. In: WANG, Daniel WeyLiang (org.). *Constituição e política na democracia: aproximação entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

FLEURY, Sonia et FARIA, Marina. A judicialização da saúde e seus efeitos na consolidação do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

FREITAS, Cristina Leitão Teixeira. Judicialização da Saúde, solidariedade e ressarcimento: destaques da posição dos estados frente à polarização de entendimentos. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

JUSTIÇA de Tupã determina que todos sejam vacinados contra gripe. *Tupã Notícias*, 19 abril 2016. Disponível em <<http://www.tupanoticias.com.br/site/noticias/ver/noticia/6966/justica-de-tupa-determina-que-todos-sejam-vacinados-contra-gripe>>. Acesso em junho de 2016.

OLIVEIRA, Luciana da Veiga. Comitês Executivos da Saúde. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

RODRIGUES, Fernando. Em 10 anos, gastos do SUS com decisões judiciais cresce 744%. *Portal UOL*, 25 nov. 2015. Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>. Acesso em junho de 2016

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Lenir. A judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir et TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito à Saúde e Sistema Único de Saúde*. Conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEGATTO, Cristiane. Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões: Os bastidores de uma das maiores fraudes já descobertas no Brasil envolvendo ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo. *Revista Época*, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>>. Acesso em junho de 2016.

SHULZE, Jair Clenio. Direito à Saúde – novas perspectivas. In: SANTOS, Lenir *et* TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina. *STF Notícias*, 19 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>>. Acesso em junho de 2016.

TERRAZAS, Fernanda. Novos elementos no cenário da judicialização da saúde: análise das decisões dos tribunais superiores. In: SANTOS, Lenir *et* TERRAZAS (orgs.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.