

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

CAMILA SANTOS CURY

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO: A
QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

**São Paulo
2020**

CAMILA SANTOS CURY

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO: A
QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito na área de Justiça, Empresa e Sustentabilidade da Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge.

São Paulo

2020

Cury, Camila Santos.

A efetivação do direito à saúde pelo poder judiciário: a questão do fornecimento de medicamentos. / Camila Santos Cury. 2020. 147 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge.

Constituição. 2. Direitos Fundamentais Sociais. 3. Separação de Poderes. 4. Judicialização. 5. Igualdade. Jorge, André Guilherme Lemos. II. Título.

CDU 34


CAMILA SANTOS CURY

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO: A QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

São Paulo, 3 de abril de 2020.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge
Presidente
UNINOVE

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Examinador Interno
UNINOVE

Prof. Dr. Georges Abboud
Examinador Externo
IDP

CAMILA SANTOS CURY

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO: A
QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.**

Dissertação de mestrado apresentada à
Universidade Nove de Julho, Programa de
Pós-Graduação em Direito, área de Justiça,
Empresa e Sustentabilidade, como obtenção do
título de Mestre em Direito, pela Banca
Examinadora, formada por:

São Paulo, 03 de abril de 2020.

Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge – Orientador

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

Prof. Dr. Georges Abboud

São Paulo
2020

Aos meus pais que sempre acreditaram em mim e me deram forças para estar aqui. À minha irmã, minha parceira de vida que me incentiva e inspira com sua força de vontade.

AGRADECIMENTOS

Quero, neste momento, agradecer a todos que contribuíram neste meu caminho durante o mestrado e elaboração do trabalho de pesquisa. Embora seja um momento solitário, cada pessoa com quem convivi neste período colaborou para que eu tivesse forças para finalizá-lo.

Em especial, ao meu orientador, Professor Doutor André Guilherme Lemos Jorge por, desde o primeiro dia em que iniciei no mestrado, acreditar em meu trabalho e em minha possibilidade de desenvolvê-lo. Pelas orientações e pelos caminhos apontados para sua realização.

À Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug que me prestou orientações formais indispensáveis na elaboração deste trabalho. À Professora Doutora Luciana de Toledo Temer Lulia, cujas aulas no crédito: A Judicialização das Políticas Públicas contribuiu sobremaneira para o caminho trilhado no desenvolvimento do tema.

Ao Professor Doutor Wilson Levy que me deu importantes conselhos para a construção do trabalho científico e para aprofundamento de meus conhecimentos.

Ao Juiz de Direito Henrique Kaster que contribuiu para a minha pesquisa, enviando generosamente materiais que foram essenciais para elaboração deste trabalho.

Aos amigos do mestrado que tanto contribuíram dividindo os momentos de dúvidas e partilhando de todas as dificuldades que enfrentei nesta fase.

Aos meus pais, Emílio e Daisy, à minha irmã Bárbara e a todos os amigos que me acompanharam nesta trajetória, trazendo uma palavra amiga, um incentivo e apoio nos momentos de maiores dúvidas e insegurança.

“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos”.

(Norberto Bobbio)

RESUMO

A Constituição é o documento de maior importância para estabelecimento dos direitos e garantias, bem como para determinar os caminhos que devem ser trilhados pelos poderes na condução do Estado. Porém, é a partir do Constitucionalismo que a efetividade do Texto Constitucional ganha destaque. No Brasil, grandes alterações decorreram a partir da Constituição Federal de 1988. Esta pesquisa procurou demonstrar a busca pela efetividade das disposições constitucionais a partir de 1988, especialmente em relação aos direitos de esfera social. Diante deste panorama, decorrente da previsão constitucional do direito fundamental social à saúde, cuja prestação é universal, operaram-se transformações de impacto na sociedade, como a busca pelo Poder Judiciário para efetivação dos direitos. A judicialização, porém, tem consequências, sendo que não pode ser o meio adotado irrestritamente sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito. Conclui-se, assim, que novos caminhos devem ser adotados para a efetividade do Texto Constitucional. O trabalho enquadra-se na área de concentração do Programa de Mestrado: Justiça, Empresa e Sustentabilidade, com ênfase na linha de pesquisa Justiça e o Paradigma da Eficiência.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Fundamentais Sociais. Separação de Poderes. Judicialização. Igualdade.

ABSTRACT

The Constitution is the most important document for the establishment of rights and guarantees, as well as for determining the paths that must be followed by the powers in conducting the State. However, it is from Constitutionalism that the effectiveness of the Constitutional Text is highlighted. In Brazil, major changes occurred since the Federal Constitution of 1988. This research sought to demonstrate the search for the effectiveness of constitutional provisions from 1988, especially in relation to social sphere rights. In view of this panorama, resulting from the constitutional provision of the social fundamental right to health, whose provision is universal, transformations of impact on society took place, such as the search for the Judiciary to enforce the right. Judicialization, however, has consequences, and it cannot be the path unrestrictedly under penalty of injuring the Democratic Rule of Law. It is concluded, therefore, that new paths must be adopted for the effectiveness of the Constitutional Text. The work falls within the concentration area of the Master's Program: Justice, Business and Sustainability, with emphasis on the line of research Justice and the Efficiency Paradigm.

Key-words: Constitution; Fundamental Social Rights. Separation of Powers. Judicialization. Equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 CONSTITUCIONALISMO	14
1.2 ESTADO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE	23
1.3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
1.3.1 Direitos Fundamentais Sociais	31
1.4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	39
2.1 DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	39
2.1.1 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988	49
2.2 A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER JUDICIÁRIO	57
2.2.1 Medicamentos de alto custo	61
2.2.2 Medicamentos sem registro na ANVISA e medicamentos <i>off label</i>	62
2.2.3 As ações decorrentes de influência dos laboratórios médicos.....	66
2.3 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO.....	68
2.4 POSIÇÃO ADOTADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA ÚLTIMA DÉCADA	70
3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	76
3.1 IMPLEMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL	76
3.2 RESERVA DO POSSÍVEL: DIFICULDADES PARA IMPLEMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	84
3.3 DIREITO À IGUALDADE, <i>TRAGIC CHOICES</i> E A OFENSA À EQUIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	88
3.4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO ÚLTIMA MEDIDA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	96
3.4.1 O papel do Conselho Nacional de Justiça para efetivação do direito à saúde por meio da judicialização	99
3.5 O CAMINHO PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO	102
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	107
ANEXO A – RECOMENDAÇÃO Nº 31 DE 30 DE MARÇO DE 2010	119

ANEXO B – ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	122
--	------------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática a análise da efetivação do direito social fundamental à saúde a partir do fenômeno da judicialização. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, com a adoção de premissas gerais para se chegar à conclusão sobre o assunto.

A questão da efetivação do direito à saúde por meio de medidas judiciais gera necessária reflexão e debate, especialmente após a divulgação de pesquisa realizada pelo Insper¹ em que se constatou que a judicialização na área da saúde aumentou 130% (cento e trinta por cento) no período compreendido entre 2008 a 2017, no Brasil.

Diante disso, inicialmente será feita a abordagem das mudanças em relação ao papel do Texto Constitucional ao longo do tempo.

Assim, no primeiro capítulo será abordado o Constitucionalismo, que se trata de um movimento político em que a Constituição passa a definir as normas de atuação dos poderes do Estado, inclusive limitando-os, bem como estabelece direitos e deveres das pessoas. Para tanto, será abordado o contexto do Constitucionalismo e sua importância em cada período histórico.

Será explicitado no primeiro capítulo que é a partir do Constitucionalismo que foram promovidas importantes mudanças de paradigmas no tocante à efetivação das disposições constantes no Texto Constitucional.

Enquanto a Constituição tinha uma função direcionadora do funcionamento do Estado, com o passar do tempo, o conteúdo constitucional ganhou ainda maior destaque.

A partir do Constitucionalismo, direitos e deveres previstos no Texto Constitucional ganharam papel de protagonismo, fazendo com que o Estado tivesse que se comprometer com o bem-estar do cidadão.

Outra função que decorreu do movimento constitucionalista foi também a limitação dos poderes. Conseqüentemente, cada um dos poderes do Estado passou a ter suas funções delimitadas e para que fosse mantido o perfeito equilíbrio, deveriam exercê-las sem interferir no papel do outro.

Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, as disposições constitucionais ganham a força e efetividade que devem ser cumpridas com total prioridade. Uma norma constitucional é a diretriz que definirá que as demais normas se encontram em consonância com o ordenamento jurídico.

¹¹Pesquisa realizada sob encomenda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e divulgada em 18/03/2019, publicada pelo Jornal Folha de S. Paulo em 19.03.2019.

Ademais, os princípios ganham papel de grande relevância, pois, passam a ser o parâmetro necessário para a interpretação de todas as demais normas promulgadas.

Por sua vez, os direitos trazidos pela Constituição não são apenas meras sugestões de como o Estado deve agir em relação ao povo, mas sim, compromissos assumidos pelos governantes, cuja efetivação é necessária.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, há um importante marco no tocante à efetividade do texto constitucional.

Referida norma, longa e detalhista, traz em seu bojo a especificação de direitos que devem ser cumpridos em favor de quem quer que seja, havendo inclusive, direitos previstos em favor de estrangeiros.

Nesta ideia, surge o Estado Social que traz em seu ideal, o objetivo de que os direitos fundamentais sociais da pessoa sejam efetivados, sem qualquer limitação. O Estado, antes abstencionista, deveria agir garantindo à pessoa que condições de vida digna lhe sejam asseguradas.

Dentro da abordagem do Estado Social também será tratada a Constituição dirigente, que tem por objetivo a determinação de tarefas que devem vincular o Estado em relação à pessoa.

Posteriormente, a previsão nos Textos Constitucionais dos direitos fundamentais sociais, ganha ainda maior importância, pois, além de se tratarem de direitos necessários para uma vida humana com dignidade, a sua presença na Constituição dos Estados os vincula e permite a busca pela implementação destes direitos. Esta possibilidade, mais tarde, ocorrerá de forma bem acentuada por meio da judicialização.

No segundo capítulo, será analisado o direito à saúde no Brasil. Estabelecido no art. 6º da Constituição Federal, trata-se de um direito social de caráter universal. Assim, a partir da previsão constitucional, cabe ao Estado oferecer à pessoa medidas que garantam a saúde, seja de forma preventiva, seja por meio das medidas de recuperação.

A universalidade do direito à saúde, conforme será analisado no decorrer do trabalho determina que qualquer pessoa, independentemente de sua condição socioeconômica, tenha acesso às medidas preventivas e reparadoras de que necessite ao longo de sua vida.

Desse modo, como consequência, a questão da judicialização, foco central deste trabalho, torna-se ainda mais complexa, pois, a partir da busca pela tutela judicial, qualquer pessoa poderá pleitear que o ente público seja compelido a lhe oferecer medicamentos ou tratamentos. Porém, a limitação de recursos financeiros ocasiona inércia do Estado na prestação do direito à saúde.

Com isso, o que se vê, é que a busca pela efetivação deste direito social junto ao Poder Judiciário, se desdobra em outras questões que devem ser examinadas com cautela. Neste tocante, serão analisadas as questões dos medicamentos de alto custo; dos medicamentos *off label* (utilizados de forma diversa daquela para qual foram criados) e daqueles que não possuem registro na ANVISA.

Cada uma destas situações tem implicações peculiares, razão pela qual será feita uma análise cuidadosa de suas causas e consequências.

Finalmente, o último capítulo enfrentará a questão da judicialização dos direitos fundamentais sociais de forma ampla.

De início, será analisada a implementação de direitos fundamentais sociais, como a saúde, perante o Poder Judiciário, bem como quanto esta atuação ativa poderá ser compreendida como ativismo judicial.

A postura ativista do Poder Judiciário pode ser tida como negativa, tendo em vista a possibilidade de ofender o princípio da separação dos poderes. Com isso, a judicialização pode encontrar um grande óbice, que poderá enfraquecer o acesso à Justiça daqueles que, de fato, necessitam da tutela judicial para obter uma providência necessária para a vida com dignidade.

Em consequência da judicialização, o trabalho analisará a reserva do possível, que, em breves linhas, se refere à impossibilidade do gestor público em cumprir uma providência judicial diante da inexistência de recursos financeiros para tanto.

Ainda que a reserva do possível seja, por vezes, vista como um argumento utilizado pelo Estado em sua defesa para se eximir de sua obrigação de efetivação das políticas públicas necessárias para a efetuação de direitos, o fato é que se trata de uma hipótese válida, de um argumento que merece ser ponderado com a devida cautela, pois, de fato, os recursos financeiros são finitos.

Em decorrência da reserva do possível, há que se ponderar a questão das *tragic choices* (escolhas trágicas) e da possível ofensa ao princípio da igualdade que poderá decorrer da judicialização de um direito fundamental social.

Isto porque, há que se ponderar, a situação brasileira é de grandes desigualdades sociais, econômicas e culturais. Diante disso, o acesso à Justiça é restrito, ficando de fato, mais próximo daqueles que tem educação em direitos e consciência de poder buscá-los mediante o processo judicial.

Outrossim, a obtenção de uma tutela judicial em busca da efetivação de um direito, como a concessão de um medicamento, poderá ter como grave consequência, a escolha

trágica. Ou seja, o direito de um será lesado para que o direito de outro, judicializado, seja implementado.

A situação, portanto, é bastante complexa e precisa ser estudada com atenção, pois, tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários à judicialização são bastante relevantes. Ademais, em razão da judicialização, poderão ser ocasionadas ofensas ao princípio da equidade da prestação do direito à saúde.

Por fim, o trabalho abordará como a judicialização poderá ser utilizada, mas como último meio para implementação dos direitos fundamentais sociais e por último, como tais direitos podem ser concretizados independentemente da judicialização.

Conforme se vê, o trabalho pretende apresentar uma pesquisa atual sobre um tema de extrema relevância e que se mostra sensível para a sociedade, com base na área de concentração do Programa de Mestrado: Justiça, Empresa e Sustentabilidade e ênfase na linha de pesquisa Justiça e o Paradigma da Eficiência.

1 CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONSTITUCIONALISMO

A Constituição é o ponto de partida para definição de todo o funcionamento do Estado.

Ao longo da história da humanidade, a Constituição exerceu diferentes funções. De início, tratava-se de um documento que representava a vontade política da sociedade. Mais tarde, seu valor foi reconhecido, de forma que se tornou um documento indispensável para a regulação de todo o funcionamento do Estado.

Consequentemente, no tocante à previsão e efetivação de direitos e garantias, especialmente em relação ao direito social fundamental à saúde, é necessário entender em que momento a Constituição assumiu papel de protagonismo, permitindo que seu conteúdo não representasse apenas uma carta de intenções do Estado sem, contudo, vinculá-lo.

Diante disso, é importante analisar o papel da Constituição dentro de cada período e de seu respectivo contexto histórico, de forma que seja possível a compreensão da transformação do Texto Constitucional até se chegar ao momento atual. Isto é, há que se entender o processo de transformação relativo à Constituição que permitiu que os direitos e garantias ali previstos deixassem de ser apenas uma carta de intenções e passassem a ser um compromisso do Estado em relação ao cidadão, prevendo direitos e garantias.

É necessário, então, falar sobre o Constitucionalismo, que trouxe uma divisão de águas no tocante à valoração do texto constitucional e a vinculação do Estado ao seu conteúdo.

O Constitucionalismo é o movimento político por meio do qual a Constituição assumiu papel de protagonismo, deixando de ser apenas uma carta de intenções em que o governante teria ali diretrizes para orientar sua função. Tem também importante papel na limitação do poder estatal, que até então era exercido de forma ilimitada.

Trata-se de uma definição relativamente recente. Para Luís Roberto Barroso “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei” (BARROSO, 2019, p. 32).

Para Clever Vasconcelos “é um movimento político e jurídico que tem por escopo instituir o regime constitucional em determinado país” (VASCONCELOS, 2019, não paginado).

Já na visão de Peter Häberle, no âmbito do continente europeu, o Constitucionalismo significou “na Alemanha, um movimento constitucional dirigido contra o absolutismo monárquico.” (HÄBERLE, 2006, p. 101).

É a partir do movimento constitucionalista que as disposições constitucionais ganham destaque e seu texto, efetividade. Com isso, os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição devem ser assegurados. Ou seja, o Texto Constitucional terá supremacia e seu conteúdo, deverá ser observado sem qualquer exceção.

Verifica-se que a partir do Constitucionalismo é que se consolida o princípio da separação dos poderes, pois seu objetivo é também a limitação da atuação dos governantes, superando a ideia do papel supremo daquele que lidera o Estado. Isto é, por meio da Constituição, os líderes viram seus poderes serem cerceados em relação aos demais cidadãos.

Até o século XX, o movimento Constitucionalista estava relacionado aos pactos de poder firmados pelos governantes, diverso do que hoje se tem ideia a respeito de uma Constituição.

Com o Constitucionalismo há o surgimento de novas concepções quanto ao papel do Texto Constitucional. Isto porque está embasado na ideia de delimitação de cada um dos poderes, estabelecendo suas funções. Determina ainda a supremacia das disposições constitucionais sobre as demais leis que compõe o ordenamento jurídico de um determinado Estado. Referido movimento é considerado a superação aos governos absolutistas.

Ademais, para um Estado Constitucional, existem valores que devem ser preservados. Apenas à título ilustrativo, há que se mencionar a Constituição Federal brasileira, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, Luís Roberto Barroso afirma que:

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações *materiais*: há valores básicos e direitos fundamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura *orgânica* exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, [...] se controlem reciprocamente [...]. Por fim, há as limitações *processuais*[...] (BARROSO, 2019, p. 33).

Torna-se necessário, neste momento, fazer uma pequena digressão para compreensão da evolução do Constitucionalismo e de sua relevância para os Estados atualmente. Ainda, em relação à sua importância no tocante à busca por efetividade dos direitos e garantias previstos no Texto Constitucional.

No século XVIII, período reconhecido como Modernidade, as Constituições escritas passam a vigorar nos Estados. Dentre aquelas que marcaram o período estão a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791. Como mencionado acima, nestes períodos, referidos documentos podem ser definidos como pactos de poder assumidos pelos Estados.

Porém, o Constitucionalismo não está vinculado necessariamente a uma constituição escrita, como no caso do Reino Unido, que será melhor explicitado a seguir.

É cediço que as constituições desempenharam diferentes papéis ao longo da história mundial.

Segue alteração: Na Antiguidade Clássica, Luís Roberto Barroso afirma que teriam surgido as ideias relacionadas ao Constitucionalismo, “notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C”. (BARROSO, 2019, p. 32).

Segundo referido autor, Atenas traz o “primeiro grande precedente de limitação do poder político (governo de leis, e não de homens) e de participação dos cidadãos nos assuntos políticos” (BARROSO, 2019, p. 33).

André Ramos Tavares afirma que:

A Cidade-Estado grega representou o início de uma racionalização do poder, e até hoje constitui o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de uma democracia direta. (TAVARES, 2019, não paginado).

Ainda neste período, as ideias do Constitucionalismo teriam sido compartilhadas por Roma, ao implantar a República em 529 a.C.

Segundo Luís Roberto Barroso, “A despeito de seu caráter aristocrático, o poder na República era repartido por instituições que se controlavam e temiam reciprocamente.” Prossegue afirmando que o Constitucionalismo acabou sendo superado pelo fim da República e coroação do imperador (BARROSO, 2019, p. 34).

Em seguida, transcorreu um longo período do poder concentrado nas mãos de uma única pessoa, do monarca, restando os princípios constitucionalistas como lembrança, já que os ideais do Constitucionalismo deixaram de prevalecer.

Já na Idade Média, é possível citar a Magna Carta de 1215 que tem como objetivo a proteção de direitos individuais como um exemplo de prevalência dos ideais do Constitucionalismo.

Segundo André Puccinelli Júnior, a *Magna Charta Libertatum*, foi “outorgada na Inglaterra em 1215 pelo Rei João Sem Terra”. Prossegue dizendo que constituiu uma

“vigorosa manifestação do constitucionalismo medieval, posto tratar-se de clássico instrumento de contenção jurídica do poder monárquico” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, não paginado).

André Ramos Tavares pontua que:

Contudo, é ainda na Idade Média que o constitucionalismo reaparece como movimento de conquista de liberdades individuais, como bem demonstra a aparição de uma Magna Carta. Não se limitou a impor balizas para a atuação soberana, mas também representou o resgate de certos valores, como garantir direitos individuais em contraposição à opressão estatal (TAVARES, 2019, não paginado).

O que se verifica é que na Idade Média os direitos individuais foram previstos, constituindo importante garantia dos cidadãos em relação ao monarca, podendo ser visto como um instrumento de limitação do poder, característico do movimento constitucionalista.

Porém, neste período, não há que se falar efetivamente no Constitucionalismo, que veio a surgir posteriormente, pois, a Magna Carta estabelecia direitos para grupos específicos de pessoas, os senhores feudais. Neste período, portanto, embora houvesse certos ideais comuns ao Constitucionalismo, os direitos não eram assegurados a todos os cidadãos.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. (SARLET, 2012, posição 850).

Assim, ainda que a Magna Carta constituísse um documento que previu direitos fundamentais a favor de determinadas pessoas, como dito, serviu como parâmetro para os documentos vindos posteriormente e que tiveram importância determinante para as Constituições dos Estados.

Mais tarde, surge o *Petititon of Rigths* (1628). Trata-se de documento que trouxe em seu conteúdo limitações ao poder do rei.

Posteriormente, vieram o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). Referidos documentos, formalmente definidos como pactos, também tinham importante função de preceituar direitos individuais. Porém, ainda muito restritos a determinados grupos que detinham o poder, embora tenham exercido importante papel em relação à limitação do poder dos monarcas e da atuação do parlamento.

Conforme se vê, alguns dos pactos mais importantes para o Constitucionalismo se originaram na Inglaterra, sendo documentos que num primeiro momento limitavam o poder do Estado e mais tarde, serviram de inspiração para as declarações de direitos humanos.

André Ramos Tavares afirma que a *Petititon of Righths*, “caracterizava-se como documento engajado com as liberdades públicas (TAVARES, 2019, não paginado).

Porém, é a partir da Idade Moderna que o Constitucionalismo atinge seu ápice, pois, as constituições passam a prever as regras para delimitação e separação dos poderes, bem como estabelecem direitos fundamentais, fazendo com que os Estados a partir de então, tivessem que assumir o compromisso de garantir efetividade ao conteúdo das suas Constituições.

Há que se mencionar, como de grande importância para esta fase, a Constituição norte-americana de 1787 e a Revolução Francesa em 1789. Estes dois marcos são considerados como os momentos de maior relevância para o Constitucionalismo Moderno.

No caso norte-americano, houve grande influência dos ingleses para o início do movimento constitucionalista na América.

André Puccinelli Júnior afirma que “após o estabelecimento de imposições tributárias e restrições econômicas que abalaram a fidelidade à coroa britânica, culminaram as revoluções armadas até 1781” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, não paginado).

A Constituição Americana aprovada em 17 de setembro de 1787 é apontada como a primeira constituição escrita do mundo, sendo documento de extrema relevância para a consolidação do Constitucionalismo.

André Ramos Tavares afirma que “o instrumento idealizado para a realização das modernas concepções do constitucionalismo foi traduzido na consubstanciação escrita das normas constitucionais (TAVARES, 2019, não paginado).

O texto mencionado compreendia a forma federativa do Estado, a abolição da monarquia e a independência das colônias. Ademais, de extrema importância para o avanço da Constituição, foram estabelecidas: a separação dos poderes, a igualdade e a supremacia da lei.

A Constituição norte-americana previu regras que influenciaram diretamente a elaboração de textos constitucionais em vigor até hoje, como no caso brasileiro.

Já em relação ao continente europeu, os franceses atuaram de forma essencial para o Constitucionalismo. A partir de 1789, com a Revolução Francesa, importante movimento social que levou à quebra de paradigmas do papel do Estado em relação ao povo,

modificações importantes se operaram na sociedade francesa com reflexos naquele continente.

André Ramos Tavares afirma que a Revolução Francesa “derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar amplamente seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.” (TAVARES, 2019, não paginado).

Como resultante da Revolução, foi então implementada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento de extrema relevância para os direitos humanos que mais tarde seriam definidos na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

Dessarte, o que se vê é que esta Declaração exerceu papel de extrema importância para a definição do Constitucionalismo, pois trouxe de forma expressa os direitos do cidadão que deveriam ser respeitados pelo Estado.

O que se denota é que a partir de então, não havia mais espaço para que os governantes enxergassem a Constituição apenas e tão somente como um documento político, de meras intenções, inclusive porque, seus poderes também estão delimitados e expressamente previstos no texto constitucional.

A Constituição, a partir daí, além de definir as regras para funcionamento do Estado, determina também a separação e limitação dos poderes, bem como os direitos e garantias do cidadão.

Mais do que isso, a Constituição de um Estado estabelece um limite para a atuação estatal e uma base de segurança para os cidadãos, que podem então exigir que seus direitos sejam efetivamente entregues e não constem apenas no papel.

Vinícius Castro menciona que:

O constitucionalismo moderno é uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Essa ordenação dá-se através de procedimento sistemático de racionalização das vontades políticas preponderantes da sociedade, concretizado, em regra, por documento escrito que apresenta em seu conteúdo as garantias, os direitos e as liberdades, bem como estabelece os limites de intervenção dos poderes políticos. (CASTRO, 2018, p. 12).

Desse modo, o que se verifica, é que a Constituição, em cada período histórico, assumiu uma função de proteção de direitos ou interesses de grupos determinados, com grande enfoque na limitação do poder dos governantes, bem como a definição de direitos individuais.

Neste sentido, Mércia Miranda Vasconcellos Cunha e Amanda Querino dos Santos Barbosa afirmam que:

O constitucionalismo consolidou-se na luta pela limitação do exercício do poder pelo soberano, em busca da construção de um Estado que reconhecesse os direitos das pessoas/cidadãos. A salvaguarda dos indivíduos contra o arbítrio do Estado foi a positivação dos direitos individuais, que, aos poucos, foram consolidados nos documentos jurídicos máximos dos Estados (CUNHA e BARBOSA, 2015, p. 84).

Estes documentos jurídicos máximos referem-se às já mencionadas Constituições norte-americanas e francesas que, além de extrema relevância para o Constitucionalismo, como dito, tiveram importante e fundamental papel no reconhecimento de direitos do indivíduo.

Assim, o que se verifica é que o Constitucionalismo permitiu que hoje, a previsão constitucional de um direito, permita a busca por sua efetividade.

Com isso, a previsão de um direito no Texto Constitucional permite que a pessoa, amparada na lei escrita, busque a sua efetividade.

Neste sentido, há que ser mencionada a força normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir com fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 15).

Por sua vez, essa busca pela efetividade das disposições constitucionais terá extrema relevância a seguir, especialmente no tocante ao fenômeno da judicialização para implementação do direito social fundamental à saúde.

Após a Segunda Guerra Mundial, as disposições constitucionais ganham ainda maior relevância, tendo em vista a necessidade de os Estados estabelecerem medidas que garantissem maior proteção à pessoa como resultante do horror advindo pelas duas guerras mundiais que causaram atrocidades para a humanidade.

Alguns doutrinadores, dos quais se destaca Luís Roberto Barroso, defendem que este movimento decorrido do momento pós-guerra seria o Neoconstitucionalismo.

A partir de então, o foco seria a proteção aos direitos individuais por meio do estabelecimento de garantias no Texto Constitucional. Não bastava apenas que as

Constituições estabelecessem medidas de limitação do poder estatal. Era necessária a previsão de direitos e garantias que deveriam ser assegurados pelo Estado em favor do cidadão, trazendo-lhe alguma segurança.

Com o pós-guerra, o objetivo era que os Estados, além de respeitarem o cidadão, assegurando-lhe a liberdade para a vida em sociedade, deveriam garantir a igualdade. Ou seja, teriam que assumir compromissos para garantir que todos os cidadãos tivessem direitos mínimos para viver de forma digna.

Como dito acima, a preocupação em vincular o Estado aos direitos e garantias constitucionais estabelecidos no Texto Constitucional decorre da necessidade de proteção às pessoas que se encontravam fragilizadas após terem vivenciado duas guerras mundiais.

A partir deste período, a Constituição dos Estados, que antes se destinava a estabelecer regras de limitação do poder e previsão de direitos de liberdade, passa a ser relevante para que os Estados assumam o compromisso de zelar pelo bem-estar do cidadão, oferecendo condições de vida que garantissem a vida em condições de igualdade da população. Trata-se do momento pós-positivismo.

O pós-positivismo se refere ao Constitucionalismo do período Pós-Segunda Guerra Mundial, quando a força normativa da Constituição e a prevalência dos direitos fundamentais ganham destaque. A efetivação dos direitos necessários para a vida com dignidade assumiu grande relevância neste período.

Há doutrina minoritária que denomina este momento como Neoconstitucionalismo como uma espécie de superação do movimento constitucionalista.

A existência do Neoconstitucionalismo, porém, é questionada, razão pela qual optou-se neste trabalho em se fazer menção a este período, optando, porém, por utilizar a denominação deste como Constitucionalismo Pós-Segunda Guerra Mundial.

É exatamente a partir deste ideal que a efetivação das disposições constitucionais passa a ser um objetivo a ser alcançado pelo Estado.

Luís Roberto Barroso afirma que:

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (BARROSO, 2005, p. 06).

O Constitucionalismo Pós-Segunda Guerra Mundial tem relevância, portanto, para a busca pelo implemento dos direitos fundamentais. Dessarte, há que se enfatizar que o movimento fortalece também a democracia, pois, permite à pessoa ter meios de buscar que seus direitos sejam entregues pelos governantes.

Assim, pelo regime democrático, se o poder pertence ao povo, é certo que a primazia e efetividade do Texto Constitucional garantem ao indivíduo que o Estado terá uma postura ativa em seu favor, o que permite que seus direitos saiam do plano abstrato para o plano concreto.

Ou seja, é a partir do Constitucionalismo que o cidadão, de fato, percebe que pode ser protagonista deste poder e que, se há uma Constituição que lhe garanta direitos, então eles devem ser concretizados e não apenas objetos de um texto normativo.

Desse modo, é a partir do advento das Constituições advindas do período Pós-Segunda Guerra, que o Texto Constitucional assumiu, além do papel central na regulação do Estado, a preocupação com os direitos fundamentais que constituíram importante garantia do cidadão em relação ao Estado.

Neste período também, há menção que as Constituições estariam embasadas em princípios que deveriam prevalecer na interpretação do Texto Constitucional.

Há grande discussão quanto a isso, especialmente em relação à Constituição brasileira de 1988. Como dito inicialmente, o Neoconstitucionalismo não é uma unanimidade, pois há opiniões de constitucionalistas que são contrários à existência do referido movimento.

Neste sentido, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A força normativa estava reconhecida desde as primeiras constituições. Faltava, na maior parte da Europa, não nos Estados Unidos, nem no Brasil, o meio jurídico de efetivação dessa força normativa – o controle de constitucionalidade. (FERREIRA FILHO, 2009, p. 02).

Parte da doutrina defende que se trata apenas de um modismo ou mesmo de uma nova nomenclatura em relação ao que já existia anteriormente, a supremacia constitucional.

Neste sentido, Carlos Batisde Horbach afirma que:

Hoje, por outro lado, vários juristas brasileiros enxergam a existência de um novo direito constitucional, de um “neo-constitucionalismo”, que a partir de um novo “marco teórico pós-positivista”, abriria espaço para uma igualmente “nova hermenêutica” constitucional. Trata-se da roupa nova do direito constitucional brasileiro. (HORBACH, 2007, p. 02).

Ainda em relação às críticas ao chamado Neoconstitucionalismo, sob a alegação de primazia e efetividade do texto constitucional, o movimento pretenderia que os princípios e a interpretação do teor das disposições constitucionais deveriam se sobrepor à regra escrita.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

Isso não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei – na lei expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso. (FERREIRA FILHO, 2009, p. 10).

Também neste sentido sobre esta suposta prevalência dos princípios em relação às regras, Humberto Ávila afirma que:

[...] o enunciado de que a Constituição Brasileira de 1988 é uma “Constituição principiológica”, além de tomar a parte pelo todo e baralhar preponderância com funcionalidade, revela uma sobreposição de enunciados doutrinários ao próprio ordenamento jurídico que eles pretendem descrever e explicar. Ele revela, em suma, aquilo que a “Ciência”, equivocadamente, vê ou quer ver no “Direito”, mas que, em verdade, nele não encontra corroboração. Nessa hipótese, em vez de “Ciência do Direito”, tem-se o “Direito da Ciência”. O “neoconstitucionalismo”, nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira. (ÁVILA, 2009, p. 06).

Fato é que, embora existam posições divergentes, foi a partir da supremacia das normas constitucionais que se enxergou a possibilidade de efetivação dos direitos previstos na Constituição.

Independentemente do nome atribuído àquele momento, houve, de fato, uma mudança significativa na valoração do Texto Constitucional com o fim da Segunda Guerra Mundial, o que permitiu um novo paradigma em relação a efetividade dos direitos em favor dos cidadãos.

Assim, se antes a Constituição se destinava a limitar os poderes, agora teria como papel, o compromisso do Estado no tocante a garantir que a pessoa viva com dignidade.

1.2 ESTADO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

O advento do Estado social assume grande importância para a efetivação dos direitos fundamentais, cujo objetivo é a garantia da igualdade entre os cidadãos.

O contexto histórico de surgimento do Estado social decorre do final da Primeira Guerra Mundial. Trata-se de um modelo de Estado que objetiva concretizar medidas para assegurar a igualdade. Seu surgimento é atribuído à superação do modelo liberal, em que o

Estado deveria se abster de praticar qualquer medida que pudesse interferir na vida do indivíduo.

Nesta toada, o Estado social, se preocupa em adotar medidas concretas que sejam necessárias para atender as necessidades da pessoa, especialmente daquela que apresenta condições econômicas mais restritas.

Como mencionado, com a superação do modelo de Estado liberal, surge a necessidade de que o Estado assuma uma postura ativa perante o cidadão, em decorrência de todas as perdas sofridas pelos povos em razão do período de guerra. Assim, a partir de então, se espera que o Estado tome medidas concretas para salvaguardar a pessoa, para garantir condições mínimas de vida.

Há que se mencionar que os direitos fundamentais se relacionam à forma de Estado e sistema de governo adotados. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. (SARLET, 2012, posição 1267).

Com isso, com o final da Primeira Guerra Mundial, o Estado deixa a postura abstencionista para tornar-se sujeito ativo na garantia de direitos, inclusive intervindo de forma a garantir a igualdade dos cidadãos.

Ou seja, este Estado de postura ativa, garantidor de direitos passa a ser definido como Estado social em substituição ao modelo de Estado liberal, que agia de forma a intervir minimamente na vida da sociedade.

O Estado liberal tem sua natureza no abstencionismo, enquanto o Estado social tem o compromisso de atuar em prol da garantia de direitos necessários para a vida da população.

Porém, há que se esclarecer que o Estado social não se trata de um estado socialista, pois poderá ter sua base no regime capitalista. Inclusive, ao longo da história, o Estado social se fez presente na Europa, na América do Norte e também aqui, na América do Sul.

Em âmbito europeu, o Estado social foi implantado nos regimes totalitários da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal e também na Inglaterra. Nos Estados Unidos, o regime se fez presente no governo de Franklin Roosevelt e no Brasil, a partir de 1930 com o governo de Getúlio Vargas.

O Estado social tem como preocupação a regulação das questões econômicas do Estado, bem como garantia de direitos fundamentais sociais, como aqueles relacionados ao trabalho, para a busca pela igualdade entre os indivíduos.

Paulo Bonavides afirma que:

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. (BONAVIDES, 2001, p. 158).

O advento desta forma de Estado teria como objetivo atender aos anseios dos cidadãos, garantindo-lhe a prestação de direitos para a vida em igualdade de condições com aqueles que gozavam de meios de garantir uma vida digna.

Trata-se de um Estado conhecido como de prestações, exatamente porque a partir de então, os textos constitucionais passam a trazer em seu conteúdo, a previsão de direitos de cunho social.

Conforme se verifica, o fato do Estado ter se constituído na década de 30 com o objetivo de prestação de direitos fundamentais sociais, não significa, porém, que se trate de uma democracia ou de um governo em que havia ampla participação popular. Como dito, o Estado social não é um Estado socialista.

Embora a busca pelo bem-estar da pessoa tenha sido norteadora em alguns governos ocidentais desta época, isso não significava exatamente um regime com ampla participação popular, estando em alguns casos, governados por regimes absolutistas.

O Estado social, assim, tem extrema relevância para a situação que hoje se vivencia, ainda que não tenha prevalecido à época, a ampla participação popular. Isso porque, foi a partir desta organização do Estado que os textos constitucionais trouxeram previsões amplas de direitos e garantias fundamentais, especialmente no caso do Brasil.

Como já mencionado, o advento do Estado social tem por objetivo, portanto, uma postura ativa com o objetivo de garantir a igualdade entre as pessoas, mas embora provedor, continua mantendo as bases capitalistas.

Dessarte, é a partir do Estado social que as constituições que preveem direitos fundamentais e coletivos em favor da pessoa ganham destaque.

Com isso, saúde, educação, moradia, que mais tarde serão definidos como direitos fundamentais sociais, ganharam importância no sentido de garantir a igualdade e o estado de bem-estar social do indivíduo.

Sobre esta transição do modelo de Estado liberal para Estado social, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. (SARLET, 2012, posição 998).

Necessário ponderar que ao ter que garantir a igualdade, o Estado Social enfrentará óbices para a efetivação dos ditos direitos fundamentais sociais fundamentais, o que será melhor abordado adiante, inclusive permanecendo por longo período a ideia de que estes direitos deveriam ser prestados de forma progressiva, à medida que houvesse condições materiais para tanto.

A efetivação dos objetivos do Estado Social depende da disponibilidade de recursos financeiros, razão pela qual a concretização dos objetivos não se deu de forma simples.

Neste sentido, Gilberto Bercovici afirma que:

[...] as constituições sociais vão, desde o início, enfrentar vários obstáculos para sua concretização, sendo apenas parcialmente cumpridas. O núcleo emancipatório das constituições sociais, na prática, foi suspenso. A suspensão da constituição social, no entanto, vai se tornar evidente com a nova crise econômica, a partir da década de 1970 [...] (BERCOVICI, 2013, p. 321).

Assim, diante do cenário econômico encontrado nos Estados, verifica-se a dificuldade para efetivação dos direitos prestacionais que caracterizam o Estado social.

Há que se mencionar ainda que o Estado social mantém relação direta com a democracia. Neste sentido, Paulo Bonavides afirma que:

Foi esse Estado o degrau decisivo que fez da democracia direito positivo do povo e do cidadão. Concretizou ele uma doutrina constitucional onde a democracia é colocada primeiro na dimensão de *jus naturalis* e, em seguida, legitimada na esfera da positividade por imperativo da justiça e da razão humana (BONAVIDES, 2001, p. 163).

Este período de transição reflete o que mais tarde fora classificado como Dimensões dos Direitos Fundamentais. Num primeiro momento em que se tinha um Estado abstencionista, o valor que norteava a atuação estatal era a liberdade. Na sequência, quando do advento do Estado Social, o valor a ser resguardado é a igualdade, sendo a partir daí definida a Segunda Dimensão de Direitos Fundamentais.

Neste sentido, há que se trazer o contexto histórico esboçado por Paulo Bonavides:

Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram durante as últimas décadas. [...] [...], o atraso, a fome, a doença, o desemprego, a indigência, o analfabetismo, o medo, a insegurança e o sofrimento acometem milhões de pessoas, vítimas da violência social e das opressões do neocolonialismo capitalista, bem como da corrupção dos poderes públicos. [...] Cada revolução daquelas tentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal; a seguir, o Estado socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos (BONAVIDES, 2001, p. 149).

Nesta toada do advento do Estado social é que surgem as Constituições dirigentes, cuja abordagem tem relevância também para este trabalho, já que passaram a trazer em seu conteúdo, compromissos que deveriam ser adotados pelo Estado em favor da pessoa.

Gilberto Bercovici conceitua a Constituição dirigente da seguinte forma: “[...] a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade [...]” (BERCOVICI, 1999, p. 35).

Assim, é que Constituição dirigente traz em seu conteúdo, direitos, inclusive de âmbito social que devem ser efetivados pelo Estado em favor do cidadão.

Sobre a Constituição dirigente, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

A Teoria da Constituição se pergunta em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e da sociedade. Mais concretamente: como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômico-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica? (CANOTILHO, 1994, p. 166).

O que se verifica é que as constituições dirigentes, embora tenham como objetivo a previsão de direitos que deveriam ser adotados pelo Estado como um compromisso gerou como consequência a dificuldade de cumprimento das disposições constitucionais.

Em razão disso, esse conceito de constituição dirigente perdeu espaço, tendo em vista tratar-se de uma visão idealizada que, ao longo do tempo, mostrou-se de inviável cumprimento pelos Estados.

Embora tenha como objetivo preceituar compromissos a serem adotados pelo Estado, sua concretização depende de diversos fatores, inclusive de ordem financeira, que impediram o atingimento de seus ideais.

Em virtude desta dificuldade associada a outros fatores que serão melhor abordados no Capítulo III, inclusive, tornou-se um fator que impulsionou a busca pelo Poder Judiciário para concretização de direitos previstos no Texto Constitucional.

Há que se mencionar que a Constituição dirigente também é associada à Constituição social, conforme ensina Pedro Lomba:

Na verdade, a questão da Constituição social – ou do nosso Estado social – está incrustada naquele que tem sido o projeto constitutivo do Direito Constitucional português das últimas décadas: a formação de uma democracia social e de um Estado administrativo de prestações, tendo em vista, como afirma a Constituição, um ambicioso programa de “efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais [...]”. (LOMBA, 2015, p. 31).

Porém, a constituição dirigente ou social, ao impor prestações que devem ser concretizadas pelo Estado em favor do cidadão, nem sempre alcançará o êxito pretendido, como já dito, o que vai gerar mais tarde, a intervenção judicial e a discussão a respeito de um possível conflito na separação dos poderes.

Gilberto Bercovici pondera:

Uma das críticas mais comuns feitas à concepção de constituição dirigente é a de o texto constitucional promover de tamanha forma o dirigismo estatal que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política. (BERCOVICI, Gilberto, 1999, p. 40).

Assim, no caso brasileiro, o que se verifica é que a Constituição Federal de 1988 é considerada como dirigente e seu intuito quando de sua elaboração era, de fato, o de prever direitos e garantias que deveriam vincular o Estado à sua prestação.

Ocorre que a Constituição dirigente não estabelece exatamente de que forma os direitos ali previstos poderão ser implementados, ou melhor dizendo, não detalha o caminho que deverá ser percorrido pelo Estado para prestação das demandas sociais.

Desta forma, como será abordado adiante, a questão é de grande complexidade, pois, o fato de haver previsão constitucional, não necessariamente garantirá a entrega do direito ao cidadão.

1.3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o advento do Constitucionalismo, especialmente no período Pós-Segunda Guerra Mundial e do surgimento do Estado social, há que se falar sobre os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são aqueles necessários para que a vida se desenvolva com dignidade. Sua previsão nos textos constitucionais ganha relevância a partir das Constituições advindas do período Pós-Segunda Guerra Mundial, que devastou diversos locais e interrompeu vidas.

É a partir de então que, em decorrência da preocupação em oferecer proteção ao ser humano, que as Constituições, especialmente do Ocidente, passaram a prever direitos e garantias fundamentais, como aqueles necessários para garantir as mínimas condições de vida humana.

Há que se fazer um breve esclarecimento sobre a nomenclatura, pois, em verdade, há situações em que se utiliza a expressão “direitos humanos” para definir estes que são tidos como fundamentais.

A diferença decorrente desta nomenclatura se dá pelo seguinte: enquanto os direitos fundamentais estão previstos nas normas de âmbito interno dos Estados (nos textos constitucionais), os direitos humanos encontram-se definidos nas normas de âmbito internacional. Porém, quando se fala em direitos fundamentais e Direitos Humanos, estar-se-á a mencionar os direitos inerentes ao ser humano.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar dos movimentos revolucionários que sacudiram especialmente a Europa e a América do Norte, nos Séculos XVII e XVIII, bem como do pensamento liberal-burguês que marcou tal período, identificando com a noção de que a finalidade do Estado consiste na realização da liberdade individual (SARLET, 2016, p. 391).

Denota-se que já havia previsão dos direitos fundamentais em momento anterior às guerras mundiais. Tratava-se, porém, naquele momento, de uma tentativa de proteção e de previsão de garantias em favor do cidadão em relação aos Estados absolutistas em que apenas determinadas pessoas que gozassem de posses e poder é que tinham, de fato, condições de viver de forma digna.

Os direitos fundamentais são universais exatamente porque devem ser garantidos a qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição econômica ou social. Estão associados aos direitos naturais, decorrentes da condição humana, portanto.

Paulo Bonavides afirma:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado da

universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. (BONAVIDES, 2019, p. 576).

Há que se pontuar que a doutrina classifica os direitos fundamentais de diferentes formas: concepção unitária; concepção dualista e concepção trialista.

A primeira defende que os direitos fundamentais fazem parte de um todo e não podem ser divididos em categorias diversas. A segunda, concepção dualista, por sua vez, entende que os direitos fundamentais seriam divididos em direitos de defesa, nos quais estariam incluídos os direitos políticos e aqueles necessários para garantir a liberdade da pessoa em relação ao Estado.

Finalmente, há que se fazer menção à concepção trialista, criada a partir da teoria dos *status*, desenvolvida Georg Jellinek. Pela teoria do *status*, os direitos fundamentais seriam divididos em quatro espécies: *status* passivo; *status* ativo; *status* positivo e *status* negativo.

Assim, o *status* passivo, se refere à situação do sujeito em relação ao Estado. Ou seja, em decorrência do cidadão ter que respeitar as normas previstas pelo ente estatal, estaria nesta posição de passividade.

O *status* ativo, por outro lado, decorreria dos direitos previstos no ordenamento jurídico que permitem ao indivíduo participar dos rumos do Estado, como por exemplo, o direito ao voto. Já o *status* negativo, decorreria dos direitos e garantias do indivíduo em relação ao Estado, ou seja, da não interferência do ente público na vida da pessoa.

Finalmente, os direitos de *status* positivo, são os direitos previstos e que devem ser implementados pelo Estado em favor da pessoa, como por exemplo, o direito à saúde.

A partir desta teoria supramencionada, desenvolvida no século XIX, desenvolveu-se, como dito, a concepção trialista. Assim, os direitos fundamentais estariam subdivididos em: direitos de defesa, de participação e direitos a prestação.

Nos direitos de defesa estariam incluídos os direitos fundamentais que garantem a proteção do indivíduo em relação a ingerências do Estado em sua vida privada. Nos direitos de participação, por sua vez, estariam incluídos os direitos fundamentais que permitem a participação do indivíduo na condução do Estado, podendo manifestar sua vontade quanto à eleição de representantes (direito ao voto) e também seu posicionamento quanto a questões de interesse geral (plebiscitos e referendos).

Finalmente, os direitos de prestação a que se refere o presente trabalho, decorreriam dos direitos que devem ser garantidos pelo Estado em favor do cidadão, como garantia de uma vida digna.

Os direitos de prestação têm por objetivo a efetivação da igualdade entre as pessoas. Para isso, o Estado Social assume importante papel ao ter que prestar medidas concretas necessárias para garantir uma vida digna e em igualdade de condições entre todas as pessoas que vivem sob seu território.

Sobre o princípio da igualdade, Paulo Bonavides afirma que:

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma do Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. (BONAVIDES, 2019, p. 385)

Desse modo, no âmbito dos direitos fundamentais, há que se abordar aqueles definidos como sociais, justamente por sua importância para a vida em sociedade e para a superação de desigualdades entre os seres humanos.

1.3.1 Direitos Fundamentais Sociais

O direito à saúde, foco do presente trabalho é um direito classificado doutrinariamente como fundamental social. Fundamental porque é necessário para que qualquer pessoa possa viver de forma digna e social porque se trata de um direito que foi previsto com o objetivo de vincular o Estado à obrigação de prestar as medidas preventivas e reparadoras necessárias para o bem-estar do cidadão.

André Luiz dos Santos Nakamura afirma que:

Durante o século XVIII, em razão dos ideais liberais burgueses, a saúde é vista como um assunto de interesse dos particulares, cabendo ao Estado agir somente na insuficiência ou ausência de atuação dos privados na área da saúde. (NAKAMURA, 2016, p. 13).

Os direitos fundamentais sociais são aqueles que compõem o rol de direitos que exigem a atuação do ente estatal para garantir a igualdade entre os indivíduos. Fazem parte da chamada Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais.

Robert Alexy afirma que os direitos fundamentais sociais seriam aqueles que:

Na maioria das vezes a expressão "direito a prestações" é associada à idéia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se

dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente. (ALEXY, 2008, p. 442).

O reconhecimento dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional decorre, portanto, deste momento em que se consolidou como objetivo mundial, a garantia da igualdade. Diante disso, o Estado, antes visto como um ente abstencionista passou a ser enxergado como um ente que deveria ter uma postura ativa em relação àqueles que vivessem sob seu território.

Conforme acima abordado, os direitos fundamentais inicialmente previstos tinham como objetivo garantir a liberdade da pessoa em relação ao Estado. Assim, atendiam ao valor da liberdade, de permitir que o cidadão pudesse conduzir sua vida sem qualquer interferência indevida do ente estatal. Naquele momento, tratava-se de uma necessidade, tendo em vista que se vinha de um histórico de governos em que o rei tinha autoridade sobre seus súditos.

Porém, em decorrência de movimentos sociais de grande impacto, as pessoas passam a se reunir pleiteando uma postura estatal ativa, de forma a garantir a igualdade. A partir de então, não basta apenas um Estado que não interfira na vida privada. Torna-se necessário que o ente estatal garanta efetivamente que todos que vivem sob seu território tenham uma vida digna, com o atendimento de suas necessidades principais.

Assim, a igualdade ganha destaque. Isto decorre de um contexto histórico de pós-guerra mundial, em que este valor se tornou necessário para a busca de uma qualidade de vida digna para as pessoas. Seu reconhecimento remonta às Constituição mexicana e Constituição de Weimar, respectivamente datadas de 1917 e 1919.

Luís Roberto Barroso afirma:

A consagração dos direitos fundamentais sociais marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal do Estado. As sociedades ocidentais, quer pelo avanço da consciência social, quer pelo ímpeto de conter o apelo das ideias socialistas, passaram a incorporar à sua agenda política e institucional compromissos com a melhoria das condições de vida das pessoas, sobretudo as menos favorecidas. (BARROSO, 2019, p. 497).

Os direitos fundamentais sociais surgem a partir do modelo de Estado social, abordado em tópico anterior. Paulo Bonavides ensina que é neste momento em que se busca implementar a igualdade fática, consoante citação abaixo transcrita:

O Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga-se o Estado, se for o caso, a

prestações positivas; a prover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia. (BONAVIDES, 2019, p. 386).

Desta forma, é neste contexto de garantia de igualdade que os direitos fundamentais sociais fundamentais passam a ser previstos. Em razão disto, direitos econômicos, sociais e culturais ganharam grande destaque, pois, passou-se a enxergar que cabia ao Estado trazer a igualdade para o cidadão, de forma que, pudesse ter garantida a sua saúde, educação, segurança e moradia, dentre outros direitos.

Há que se considerar ter havido uma importante transformação social que conduziu à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, a partir da previsão no Texto Constitucional.

Norberto Bobbio afirma que:

Enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, (...), a relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos fundamentais sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro é inteiramente evidente. (BOBBIO, 2004, p. 70).

No Brasil, embora nas Constituições anteriores houvesse a previsão de direitos de esfera social, como educação, por exemplo é a partir da Constituição Federal de 1988 que se define como o marco para que os direitos fundamentais sociais fossem alçados ao grau de importância que fazem jus, o que trouxe a possibilidade de o cidadão buscar sua implementação.

Neste sentido, Paulo Bonavides afirma que esta possibilidade de se buscar pela intervenção na prestação de direitos decorre exatamente da democracia. Assim menciona que:

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado [...] (BONAVIDES, 2001, p. 157).

Com o estabelecimento de um regime democrático em que há prevalência do Estado Social, os direitos fundamentais sociais que até então eram vistos como normas programáticas, ganham previsão de efetividade.

Ademais, com o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Texto Constitucional, se estabelece uma relação direta entre o alcance deste objetivo e a garantia de direitos fundamentais sociais, tais quais: a educação e a saúde.

Importa ainda dizer, que referidos direitos exigem uma prestação positiva do Estado, à medida que são entendidos como direitos pertencentes à Segunda Dimensão dos Direitos Humanos, cujo foco é a busca pela igualdade entre os indivíduos.

Neste sentido, Norberto Bobbio afirma:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em '*liberdades*', também os chamados direitos fundamentais sociais, que consistem em '*poderes*'. (BOBBIO, 2004, p.21).

Também neste sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove uma alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade de primeira geração, assim como dos novos direitos. (GRINOVER, 2010, p. 11).

Assim, o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais teve como importante consequência a intervenção do Estado, de forma que, antes abstencionista, agora deveria ter papel de protagonismo ao proporcionar, por meio de ações concretas, a superação da desigualdade entre as pessoas.

A partir de então, os direitos fundamentais sociais ganham relevância e passam a ser inseridos nos textos constitucionais que foram influenciados pela Constituição mexicana e pela Constituição de Weimar.

A previsão dos direitos fundamentais sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988, como será melhor abordado adiante, fora feita em um contexto de universalidade, embora tenham por objetivo a prestação àqueles mais desassistidos socialmente. Ou seja, é garantido a todos os cidadãos o direito à saúde, educação, segurança, dentre outros de cunho social.

Seu objetivo, portanto, é garantir a igualdade concreta, material, sendo, portanto, exatamente por isso, necessária a efetivação do Texto Constitucional. Em razão disso, são previstos universalmente.

André Ramos Tavares afirma que “O oferecimento de direitos de cunho social tem como destinatários todos os indivíduos, mas pretendem, em especial, alcançar aqueles que necessitam de um amparo maior do Estado” (TAVARES, 2019, não paginado).

A questão, porém, é bastante complexa, pois, a prestação de direitos fundamentais de cunho social exige do Estado, a disponibilidade de recursos. Assim, Norberto Bobbio afirma que:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos fundamentais sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 67).

Desta forma, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais não basta a sua previsão no Texto Constitucional, é necessário que existam meios materiais para sua concretização.

Neste sentido, Janáina Machad Sturza, Aline Michele Pedron Leves e Andressa Simmi Cavalheiro ponderam:

[...] um dos principais entraves da atualidade reside justamente na efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, em relação aos direitos fundamentais sociais que detém uma dimensão prestacional por parte do Estado e, por esse motivo, necessitam muitas vezes da intervenção do Poder Judiciário para que sejam socialmente assegurados e implementados. (STURZA, LEVES, CAVALHEIRO, 2019, p. 569).

Denota-se assim que a previsão dos direitos fundamentais sociais nas constituições foi importante em alguns Estados, como no caso do Brasil, para que houvesse a obrigação da máquina pública em ser programada para prestação destes direitos.

A questão é que ao longo do tempo se constatou que apenas a previsão no Texto Constitucional não tinha força suficiente para que o Estado, de fato, pudesse oferecer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade. Isto decorre da finitude de recursos financeiros.

Diante disso, é que surge a questão que será abordada nos próximos capítulos, que ocasiona à judicialização dos direitos fundamentais sociais para seu implemento, tendo em vista que, não conseguindo o Poder Executivo arcar com a obrigação imposta constitucionalmente, restou ao Poder Judiciário responder às demandas que lhes são apresentadas para efetivação do conteúdo constitucional.

1.4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base nos lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, os direitos fundamentais foram inseridos nas antes chamadas gerações de direitos fundamentais.

Há que se esclarecer desde logo que se adota neste trabalho o termo “dimensões” em virtude de o termo gerações transparecer a ideia de superação de uma época por outra. Contudo, por se tratar, em verdade, da progressividade do reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo dos períodos históricos, sem considerar a exclusão de um período pelo outro, será utilizado o termo “dimensões”.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos humanos e fundamentais têm o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso de “gerações” poderia ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra [...]. (SARLET, 2016, p. 388).

Feito tal esclarecimento, necessário dizer que, a partir dos ideais da Revolução Francesa, que marcava um objetivo em dado momento histórico, os direitos fundamentais passaram a ser divididos em dimensões, chamadas por Paulo Bonavides de gerações.

Paulo Bonavides afirma que:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contidos no jusnaturalismo do século XVIII. (BONAVIDES, 2019, p. 577).

Importa fazer uma pequena digressão sobre a classificação dos direitos fundamentais. Esta divisão fora apresentada por Karel Vasak, na aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1979².

Referido professor trouxe importante marco para os Direitos Humanos, ao propor que em cada período, certa gama de direitos ganha destaque de acordo com a necessidade maior do ser humano em determinado momento histórico, exatamente como mencionado acima, de acordo com o objetivo que se buscava alcançar em cada contexto.

²Menção feita por Paulo Bonavides na obra Curso de Direito Constitucional, 2019.

Diante disso, num primeiro momento, os direitos fundamentais tinham cunho individualista, com o objetivo de proteção do indivíduo em face das possíveis arbitrariedades do Estado. São os chamados direitos civis e políticos.

Assim, surgiu a chamada Primeira Dimensão de Direitos Humanos em que, o valor liberdade tem seu papel fundamental, sendo, portanto, os direitos civis e políticos aqueles de maior destaque, pois são justamente aqueles que garantem o valor de maior importância mundial naquele dado momento.

Com base na classificação dos *status* de Georg Jellinek, os direitos civis e políticos da Primeira Dimensão de Direitos Humanos, seriam aqueles de *status* negativo, já que têm como objetivo maior garantir a não intervenção do Estado na vida privada, com fundamento na liberdade.

A Segunda Dimensão dos direitos fundamentais é aquela que tem como ideal, a garantia da igualdade entre os indivíduos. Na teoria de Jellinek, seria o *status* positivo. Ou seja, neste momento, cabe ao Estado uma conduta ativa, pois, deve ele oferecer medidas para garantir a igualdade entre as pessoas. Assim, os direitos relacionados à Segunda Dimensão são aqueles de cunho social, cultural e econômico.

Paulo Bonavides afirma que tais direitos “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.” (BONAVIDES, 2019, p. 578).

Na Terceira Dimensão, os direitos estariam relacionados ao ideal da fraternidade.

Assim, a partir de então, acrescidos aos direitos de liberdade e de igualdade, os Estados devem atuar em conjunto em busca de um bem maior, trazendo uma proteção de âmbito coletivo.

Decorre de um contexto de globalização, em que se tornou necessário o aprofundamento das relações entre os Estados, pois, por manterem relações em âmbito político e econômico, devem preocupar-se agora uns com os outros.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2012, posição 1032).

Desta forma, é certo que os direitos atribuídos a cada uma das dimensões compõem o todo, um rol de direitos fundamentais indispensáveis para a vida humana.

Assim, é que a partir do Constitucionalismo, houve a instituição do Estado social que, por sua vez, foi de extrema importância para a previsão dos direitos fundamentais, dentre eles, os de cunho social.

Com o advento dos direitos fundamentais e sua inclusão nos textos constitucionais foi dado um importante passo para vincular os Estados a garantir o conteúdo mínimo necessário para o desenvolvimento da vida humana.

2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1 DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição brasileira de 1988 é de extrema importância para a consolidação da democracia no Brasil. Estabelece já no artigo 1º que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Ocorre, porém, que na história brasileira, houve diversas constituições, que mantinham relação direta com o contexto histórico vivenciado, tendo sido períodos de extrema importância para a consolidação do regime democrático.

No Brasil, sete constituições já estiveram em vigor. Foram as seguintes: Constituição de 1824; Constituição de 1891; Constituição de 1934; Constituição de 1937; Constituição de 1946; Constituição de 1967 e finalmente, a Constituição de 1988, atualmente em vigor, chamada de Constituição cidadã.

Cabe, neste momento, fazer uma breve digressão sobre as características de cada uma das constituições, especialmente analisando a previsão ou ausência de disposições relativas aos direitos fundamentais sociais.

A Constituição de 1824 foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro. Nesta época, foi instituído o Poder Moderador, de titularidade do Imperador, em quem se concentravam todos os poderes do Estado.

Paulo Bonavides afirma sobre o Poder Moderador que “Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial” (BONAVIDES, 2019, p. 372).

O Texto Constitucional, cuja influência direta decorreu da Constituição francesa vigorou por cerca de seis décadas. Importante mencionar que em seu conteúdo foram previstos direitos fundamentais relacionados à liberdade do indivíduo em relação ao Estado, tais quais: direito de ir e vir; direito de religião e direito de expressão.

Permaneceu em vigência por cerca de sessenta e sete anos, tendo sido substituída pela entrada em vigor da Constituição de 1891.

Já em 1891, fora então promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Tratou-se da primeira Constituição da República que havia sido proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca em 15 de novembro de 1889.

A primeira Constituição da República foi influenciada pela constituição norte-americana. Paulo Bonavides menciona o seguinte sobre este novo período constitucional brasileiro:

O novo Estado constitucional já não pretendia, pois, oscilar formalmente como um pêndulo entre as prerrogativas do absolutismo decadente e as franquias participativas do governo representativo. Converteu-se com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, trasladadas literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos. (BONAVIDES, 2019, p. 373).

A Constituição de 1891 destacou-se pela previsão de direitos fundamentais pautados na igualdade. Em consequência, foram excluídos privilégios relacionados ao nascimento ou à nobreza.

Os direitos fundamentais tinham um enfoque liberal, tendo sido previstos os seguintes: direito à liberdade de associação; direito de locomoção; direito de reunião; direito à manifestação do pensamento.

No aspecto social, a referida Constituição trata do direito à educação, mencionando que o ensino ministrado em estabelecimentos públicos seria leigo (CREUB/1891, art. 72, § 6º). Denota-se, até aqui, que o Texto Constitucional não traz qualquer menção à prestação de direitos de esfera social em favor do cidadão.

Já a Constituição de 1934 permaneceu pouco tempo em vigor, porém, trouxe importante conteúdo no tocante aos direitos fundamentais sociais. Isso porque fora prevista a obrigação do Estado de prestação do ensino primário.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco mencionam que:

Em 1933, reuniu-se, afinal, uma assembleia constituinte, que redundou no documento constitucional do ano seguinte. Nota-se nele a influência da Constituição de Weimar, de 1919, dando forma a preocupações com um Estado mais atuante no campo econômico e social. (MENDES; BRANCO, 2018, não paginado).

É possível perceber que esta Constituição de 1934 deu importante passo no aspecto dos direitos fundamentais sociais, pois passou a preocupar-se em prever aquilo que deveria ser prestado ao cidadão, já que previu o direito à educação, ainda que no ensino primário apenas, de forma gratuita aos brasileiros.

Neste sentido, Paulo Bonavides afirma:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro. (BONAVIDES, 2019, p. 374).

O que se vê, entretanto, é que a previsão de prestação de direitos fundamentais sociais ainda fora prevista de forma tímida, estabelecendo que o Estado ofereceria de forma gratuita o ensino primário.

Três anos depois do início de sua vigência, foi promulgada a Constituição de 1937. Conhecida como Constituição Polaca, em razão de ter sido influenciada pela Constituição polonesa, este documento constitucional marcou o início do chamado Estado Novo no Brasil.

Em relação aos direitos fundamentais, foram assegurados no Texto Constitucional aqueles relativos à liberdade, à segurança e à propriedade. No entanto, remédios constitucionais como o mandado de segurança e a ação popular não estiveram presentes na Constituição.

Quanto aos direitos fundamentais sociais, há que se ponderar que não foram previstos em favor de todos os cidadãos. Estavam restritos àqueles que pertenciam a categorias profissionais ou econômicas. Não havia qualquer previsão em relação ao dever do Estado de garantir a saúde.

Em relação à educação, importante mencionar o art. 130³ (CEUB/1937), em que estava previsto que o ensino primário seria gratuito com a ressalva, porém, que aqueles que não pudessem demonstrar ou não alegassem a escassez de recursos, deveriam prestar uma contribuição mensal em valor módico que comporia o caixa escolar.

O que se verifica é que, traçando um paralelo com a realidade atual, o ensino não seria prestado gratuitamente de forma universal, havendo a necessidade de se demonstrar as dificuldades financeiras para arcar com os custos decorrentes da educação.

A Constituição de 1937 foi então substituída pela Constituição de 1946.

Esta Constituição teve como contexto histórico o fim da Segunda Guerra Mundial e todas as consequências que decorreram deste momento. Em razão disto, o Texto

³ Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.

Constitucional então passou a preocupar-se com o aspecto de proteção à pessoa, sendo influenciada pelos direitos humanos que mundialmente vinham ganhando destaque.

Neste sentido, Janaína Machado Sturza, Aline Michele Pedron Leves e Andressa Simmi Cavalheiro ressaltam:

É verificável que a Carta Magna brasileira levou em consideração o primeiro conceito formulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em sua Constituição de 1946, a qual designou que a saúde consiste em “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. Daí, portanto, a sociedade do segundo pós-guerra passou a ter a noção de que além da necessidade de se curar enfermidades, dever-se-ia existir um cuidado especial em relação a todos os indivíduos a fim de evitar o adoecimento (...). (STURZA, LEVES, CAVALHEIRO, 2019, p. 571).

Embora a Constituição de 1946 tenha apresentado poucas mudanças no tocante à previsão efetiva de direitos fundamentais de cunho social, denota-se já a partir deste período de Pós-Guerra, a preocupação com a saúde e o bem-estar humano.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco pontuam o seguinte:

A Constituição de 1946 exprimiu o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável.

[...]

A Constituição ocupava-se da organização da vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e fazendo dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho as vigas principais da ordem econômica. (MENDES; BRANCO, 2018, não paginado).

Depreende-se do estudo dos textos constitucionais até 1946, que não havia, de fato, uma previsão estatal de prestação dos direitos fundamentais sociais, exceto como já mencionado, sobre o direito à educação no ensino primário.

A saúde, embora presente no âmbito de garantias, não era ainda tratada como um direito prestacional que vinculasse o Estado à sua efetiva entrega.

Já em 1967, em virtude de mudanças no exercício do poder, passou então a vigorar uma nova Constituição. Neste período, o Brasil vinha sendo governado pelos regimes militares. Em relação aos direitos fundamentais sociais, não houve grandes alterações. Contudo, não havia previsão de meios para se buscar a efetividade destes direitos.

A Constituição de 1967 perdurou até 1988 quando entrou em vigor, em 05 de outubro daquele ano, o texto constitucional que vigora até hoje. A referida Constituição, além de prever que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, pautou-se nos valores fundamentais para a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, princípio que fundamenta o

Texto Constitucional, sendo considerado um divisor de águas na previsão de prestação de direitos de cunho social.

A partir de 1988, os direitos fundamentais foram previstos num extenso rol constante no art. 5º. Os direitos de aspecto social, por sua vez, também foram contemplados a partir do art. 6º, sendo a saúde, um deles com previsão no art. 196 e seguintes em relação à sua prestação.

Como se pode verificar, os direitos fundamentais sociais ganharam papel de grande destaque a partir da Constituição Federal de 1988. Nas constituições brasileiras anteriores, respectivamente de 1934, 1946 e 1967, a saúde não é exatamente mencionada como um direito, embora mencionada como uma garantia na Constituição de 1946.

Assim, a Constituição de 1988 é definida como um marco da cidadania no país, inclusive em razão da previsão dos direitos fundamentais sociais, cuja prestação fora determinada a partir da entrada em vigor do Texto Constitucional.

A partir de então, considera-se que o Estado está vinculado a prestar as medidas preventivas e reparadoras necessárias para a efetivação do direito à saúde. Sobre esta importante modificação no texto constitucional, Paulo Bonavides afirma que:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e antiestado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder. (BONAVIDES, 2019, p. 379).

Assim, o direito à saúde, de fato, ganhou destaque a partir do Texto Constitucional de 1988, tendo em vista que foi previsto de forma objetiva, inclusive, como garantia universal às pessoas que vivam sob o território brasileiro.

Necessário mencionar que quando de sua promulgação, o país vivia a transição do período dos governos militares para o regime democrático. Com isso, a Constituição trouxe o compromisso do Estado em relação ao cidadão, atribuindo-lhe obrigações sociais que deveriam ser prestadas em favor dos indivíduos.

Flávia Piovesan afirma que:

A Constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964 e reflete o consenso democrático “pós-ditadura”. Após pouco mais de duas décadas

de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de direito, a separação dos poderes, a Federação, a democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. (PIOVESAN, 2015, p. 52).

Em decorrência desta transição, grandes alterações ocorreram no Brasil a partir da Constituição de 1988, o que mais tarde, culminou com a busca por meio do Poder Judiciário para o implemento de direitos, especialmente na área social.

Necessário também mencionar sobre a Constituição de 1988, que dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, foi prevista a dignidade da pessoa humana. Luís Roberto Barroso afirma:

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. (BARROSO, 2005, p. 20).

Resta claro que tal fato decorre da inclusão de normas de direitos fundamentais individuais e sociais. Ademais, foram estabelecidos mecanismos, que permitem à pessoa, a busca pela efetividade do texto constitucional, como por exemplo, os remédios constitucionais: mandado de segurança e a ação popular

Outra importante previsão decorrente do Texto Constitucional fora a garantia de acesso à Justiça, o que garantiu o caminho a se buscar em situações de ofensas ou violações de direitos.

Há que se ponderar que ao serem previstos os direitos de prestações, considera-se instituído no Brasil o Estado social. Referido Estado se caracteriza por fazer com que o gestor público tenha que se comprometer a oferecer ao indivíduo aquilo a que necessita para que possa viver com dignidade.

Neste sentido, Janaína Machado Sturza, Aline Michele Pedron Leves e Andressa Simmi Cavalheiro descrevem que:

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou, por seu teor e sem quaisquer precedentes no país, a promessa de um Estado Social, detendo entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e, apresentando uma grande inovação ao elencar no rol dos direitos fundamentais sociais, o direito à saúde. A própria formulação estrutural da nova Carta, enunciando os direitos fundamentais logo em seu início, anteriormente à organização estatal, já denota um pioneiro espírito de valorização da pessoa e de visualização do Estado como garantidor das políticas públicas. (STURZA; LEVES; CAVALHEIRO, 2019, p. 570).

Denota-se, assim, a importância da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois estabeleceu um Estado Democrático de Direito com direitos fundamentais sociais fundamentais expressamente previstos e que como já mencionado acima, passaram a vincular a máquina pública na prestação de condições adequadas para a vida da população.

Além disso, exalta-se sua importância por prever mecanismos a serem utilizados pelos cidadãos em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Há ainda que ser dito que o Texto Constitucional de 1988 em seu artigo art. 3º prevê a redução das desigualdades sociais e regionais, sendo este um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que demandam, portanto, um ente estatal atuante e comprometido com o alcance destes objetivos para que se torne efetiva a Lei Maior do Estado.

Paulo Bonavides, neste sentido, afirma que:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. (BONAVIDES, 2019, p. 387).

Com isso, o que se vê, é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está ligada à democracia, buscando garantir que a pessoa possa, de fato, ter sua existência assegurada com a previsão de prestação pelo Estado daqueles direitos a que necessite para viver em condições de igualdade com os demais.

Ainda neste sentido, Flávia Piovesan afirma que:

A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao prever, pela primeira vez, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o da prevalência dos direitos humanos. Trata-se da primeira Constituição brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos. (PIOVESAN, 2015, p. 52).

Destaca-se, portanto que os direitos fundamentais sociais têm por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana. Este princípio que é o fundamento de todo ordenamento jurídico, pretende oferecer meios à pessoa para conduzir sua vida, de forma que tenha assegurada a prestação do mínimo necessário para sua existência digna.

Fernando Luiz Ximenes Rocha menciona:

Esse princípio, juntamente com os demais, revela que não há Estado democrático de direito sem direitos fundamentais, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia, na qual sejam assegurados não só os direitos civis e políticos guiados pelo princípio básico da liberdade, mas também os chamados direitos fundamentais sociais, fundados no postulado da igualdade, sem os quais a dignidade da pessoa humana não passaria de mera retórica, razão pela qual é impossível separar a liberdade da igualdade e da solidariedade. (ROCHA, 2016, p. 308).

Contudo, embora expressamente previstos no Texto Constitucional, a prestação dos direitos fundamentais sociais enseja até hoje bastante discussão.

Primeiramente, porque defende parcela da doutrina constitucionalista, que os direitos fundamentais sociais previstos no Texto Constitucional constituiriam normas programáticas, cuja prestação ocorreria em consonância com as possibilidades do Estado. Diante disso, embora previstos, não haveria garantia de sua efetivação apenas por fazerem parte da Constituição Federal.

Estes argumentos estão embasados também no fato de que os tratados internacionais preveem, por exemplo, no tocante à saúde, que deverá ser garantido referido direito ao indivíduo no mais elevado nível, física ou mentalmente.

Ora, quando se fala em *mais elevado nível possível* resta claro que se estabelece uma margem para que o Estado alegue que presta o direito da maneira como pode, em consonância dos recursos materiais a que dispõe.

Neste momento, necessário que se faça menção ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos⁴. Referido tratado traz no art. 12 o seguinte: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”

Por sua vez, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o chamado Protocolo de São Salvador⁵, trata do direito à saúde no art. 10.

No parágrafo 1º determina que “Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”.

Menciona ainda que o direito à saúde é bem público e que os Estados-Partes do tratado se comprometem a adotar medidas para garantia do direito em relação à:

⁴O Brasil depositou a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da em 24 de janeiro de 1992. Sua entrada em vigor ocorreu por meio do Decreto n.º 591, publicado em 24.04.1992.

⁵O Brasil tornou-se signatário do Protocolo em 21.08.1996. Sua entrada em vigor no ordenamento jurídico ocorreu por força do Decreto n.º 3.321 publicado em 30.12.1999.

- a) assistência primária a saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
- f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Tendo em vista que o Brasil aderiu a ambos os tratados internacionais, as discussões sobre a prestação dos direitos fundamentais sociais ganharam novos argumentos a partir da menção “mais alto nível possível”. Inclusive, fortalece o debate, o fato de a Constituição Federal, ter previsto estes direitos, mas não especificado mecanismos concretos para sua prestação.

Neste sentido, pontua Gilberto Bercovici: “O grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional”. (BERCOVICI, 1999, p.46).

A questão da implementação das normas definidoras de direitos fundamentais sociais fundamentais é bastante complexa, assunto que será melhor abordado no próximo capítulo.

Há que se dizer também que a Constituição brasileira é definida como dirigente. As constituições dirigentes surgem a partir do contexto de Estado Social, como tratado no capítulo anterior, já que impõe ao ente público, a obrigação de garantia e prestação de inúmeros direitos fundamentais.

O fato de haver previsão não garante a concretização destes direitos, razão pela qual parcela da doutrina defende que o art. 6º trata-se de uma norma programática, cuja implementação não seria direta, mas progressiva, em consonância com as possibilidades do Estado, argumento este fortalecido também pela legislação internacional acima mencionada.

Entretanto, não se pode perder de vista que a partir do movimento constitucionalista, a Constituição não pode ser considerada apenas e tão somente como um pedaço de papel, mas sim, com um compromisso assumido pelo Estado, para o qual deve ser garantida a efetividade mediante a concretização de valores necessários para a vida humana digna.

Neste sentido, importante mencionar o que afirma Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...] se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízes de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 1991, p. 19).

Assim, é possível perceber que a Constituição Federal determinou tarefas para o Estado e a implementação delas deixou de ser uma escolha para o administrador público, transformando-se em um objetivo a ser atingido por este.

Para a garantia de efetivação de direitos, há que se mencionar que a Constituição Federal define o Brasil como um Estado Democrático de Direito e, em consequência, o Texto Constitucional prevê mecanismos a serem utilizados pelos cidadãos em situações de possível violação de direitos.

Assim, como importante garantia democrática, a Constituição Federal estabeleceu o acesso à Justiça ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV. Ao determinar que nenhuma lei pode restringir o acesso ao Poder Judiciário em situações de lesão ou ameaça à direito, abre-se um caminho importante para a judicialização.

Isto permitiu a busca de medidas concretas através do Poder Judiciário para a concretização de direitos de esfera social, pois, muito embora o Texto Constitucional seja claro quanto ao rol destes direitos, bem como sobre sua garantia ao cidadão, ele não traz a fórmula completa que deve ser seguida pelo Poder Executivo para a efetiva prestação.

Diante disto, o gestor público, a quem cabe a tomada de medidas para implementação de direitos, por meio da criação de políticas públicas, nem sempre consegue, com os recursos financeiros dos quais dispõe, garantir a prestação dos direitos fundamentais sociais a todos os cidadãos que dele necessitem.

Nesta linha de raciocínio, há que se destacar outro argumento a ser ponderado. O fato de os direitos fundamentais sociais serem de caráter universal. Assim, a qualquer pessoa que viva no Brasil, ainda que de forma provisória ou que se trate de estrangeiro, é garantida a prestação de direitos fundamentais sociais de educação e saúde, por exemplo.

Há que se destacar que desde o advento da Constituição Federal, em 1988, houve períodos de oscilação econômica no Brasil. Em razão disso, desde então, não foi alcançado um período de plena estabilidade que permita que os direitos fundamentais sociais sejam prestados na forma como todos dele necessitem.

Dessarte há cerca de dez anos verificou-se um aumento de medidas judiciais cujo objeto é justamente a efetivação de direitos fundamentais sociais. Este fato pode ser justificado pelo crescimento da crise econômica e também pela garantia do acesso à Justiça que foi se concretizando por meio da procura constante pelo Poder Judiciário em busca de medidas prestacionais em relação à saúde e outros direitos de cunho social.

Portanto, a previsão constitucional e a busca por sua efetividade foram causas importantes para que o Poder Judiciário fosse o caminho procurado para a concretização dos direitos fundamentais, ocasionado o fenômeno da judicialização.

Paulo Bonavides afirma que:

Afigura-se, nos, assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2001, p. 151).

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao prever direitos fundamentais sociais e vinculá-los ao cumprimento estatal, bem como ao trazer mecanismos que garantam o acesso à Justiça, permitiu ou, ao menos, facilitou a busca pelo Poder Judiciário para a obtenção de medidas relativas ao direito à saúde.

A questão da judicialização e suas consequências serão melhor abordadas no Capítulo III.

2.1.1 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988

O direito à saúde ganhou destaque a partir da Constituição Federal de 1988, como já mencionado. Ao lado da educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, o artigo 6º definiu a saúde como um direito fundamental social.

Também neste sentido afirma Luís Roberto Barroso:

“[...] que a Constituição de 1988 ocasionou o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira, mencionando como um dos argumentos, a redescoberta da cidadania e o despertar das pessoas de sua consciência em direitos” (BARROSO, 2005, p. 46).

Com a vigência da Constituição de 1988, denota-se uma mudança de paradigmas do papel da Constituição. Antes destinada à fixação de normas de regulação do Estado, o Texto Constitucional em vigor preceitua de forma detalhada direitos a que a pessoa faz jus.

A inserção dos direitos fundamentais individuais e sociais no Texto Constitucional decorre da influência do direito internacional, que já previam os direitos fundamentais sociais.

Há que se mencionar que na legislação estrangeira, a saúde fora mencionada pela primeira vez como direito, em 1946 na Constituição italiana. Pouco tempo mais tarde, em 1948, constou na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em 1966, no Pacto dos

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, a que o Brasil tornou-se signatário, conforme já abordado.

Apenas para traçar um breve paralelo entre a Constituição brasileira e as Constituições estrangeiras, importante mencionar, por exemplo, a Constituição espanhola, em seu artigo 43 determina o seguinte:

O direito à proteção da saúde é reconhecido. 2. É da responsabilidade das autoridades públicas organizar e proteger a saúde pública através de medidas preventivas e dos serviços e benefícios necessários. A lei estabelecerá os direitos e deveres de todos neste sentido.(tradução nossa).⁶

Referida Constituição também determina de forma bem ampla como deve ser a postura do Estado espanhol, com atuação preventiva, bem como com as prestações e serviços necessários para recuperação da saúde.

Ainda em âmbito europeu, a Constituição portuguesa preceitua no Artigo 64.º:

1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à proteção da saúde é realizado:
 - a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
 - b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
 - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
 - c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
 - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

Referido Texto Constitucional, conforme se vê, trata de forma bastante ampla e detalhada sobre a prestação de serviços para garantia da saúde pelo Estado.

⁶ “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”

Ademais, em âmbito internacional, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979 reconhece que a *mulher em situação de pobreza tem acesso mínimo à saúde*, sendo necessária a proteção e garantia deste direito, consoante artigo 11, “f”.

A Convenção sobre os Direitos da Criança que entrou em vigor no Brasil, por meio do Decreto n.º 99.710/90 preceitua no artigo 25:

Os Estados Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação.

Por sua vez, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007, prevê o seguinte sobre o direito à saúde:

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero.

Denota-se assim que a saúde é prevista como direito constitucionalmente garantido pelos Estados, bem como em Convenções internacionais de proteção universal e naquelas em que há previsão de direitos específicos a grupos vulneráveis.

Vale esclarecer que o direito à saúde tem um enfoque subjetivo, à medida que se refere ao direito do indivíduo de ter sua saúde preservada, bem como suas escolhas relacionadas à mesma, respeitadas, de forma que não haja qualquer influência estatal.

Por outro lado, goza também de enfoque social, que se relaciona ao papel ativo do Estado na garantia de prestação de medidas, sejam elas preventivas ou reparadoras, para preservação e reestabelecimento da saúde da pessoa.

No Texto Constitucional de 1988, a prestação do direito à saúde decorre do previsto no art. 196 a seguir transcrito:

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

Do artigo acima, o que se conclui é que o Estado tem o dever de prestar o direito à saúde a todos, sendo que deverá fazê-lo, como mencionado, de forma preventiva, como por

meio da aplicação de vacinas; adoção de medidas de vigilância sanitária; realização de exames e consultas de rotina para toda a população que esteja sob seu território, inclusive, estrangeiros.

No âmbito da recuperação, deverá oferecer tratamento e acompanhamento médico, bem como fornecer medicamentos os quais a pessoa necessite para seu reestabelecimento ou para garantir a qualidade de vida.

Como já dito, há que se destacar que o direito à saúde é universal, ponto que terá bastante relevância na análise que se fará a seguir.

Ainda de acordo com a Constituição Federal, o que se verifica no art. 198 é que a efetivação do direito à saúde ficará a cargo do Sistema Único de Saúde (SUS). São estabelecidos como princípios do referido sistema: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da comunidade.

Importa mencionar que antes da criação do SUS, a prestação da saúde era feita de forma diversa, não embasada na universalidade. Até 1988, as medidas preventivas, como campanhas de vacinação, eram prestadas pelo Ministério da Saúde.

As medidas para recuperação de doenças eram, porém, prestadas de forma restrita, destinada à parcela da população mais carente, por alguns Estados e Municípios, por meio das instituições de caráter filantrópico. Tratava-se da prestação de medidas relativas à saúde não como direitos, mas sim, como caridade.

Para a parcela da população que trabalhava com carteira assinada, o Estado, por meio do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que mais tarde veio a ser denominado Instituto Nacional de Assistência Médica de Previdência Social (INAMPS), fornecia a prestação de assistência à saúde.

Verifica-se que até a Constituição Federal de 1988, a saúde era um direito garantido àqueles que contribuía para a economia por meio do desenvolvimento de atividades laborativas formais ou à título caritativo para a população que era definida como indigente.

Elizabeth Nogueira de Andrade e Edson de Oliveira Andrade mencionam que:

A assistência à saúde desenvolvida pelo Inamps beneficiava apenas os trabalhadores da economia formal, com carteira assinada, e seus dependentes, ou seja, não tinha o caráter universal que passa a ser um dos princípios fundamentais do SUS. Dessa forma, o Inamps aplicava nos estados, por intermédio de suas superintendências regionais, recursos para a assistência à saúde de modo mais ou menos proporcional ao volume de beneficiários e recursos arrecadados. (ANDRADE; ANDRADE, 2010, p. 66).

Assim, é inegável que a criação do SUS foi uma evolução no tocante à previsão e garantia de prestação do direito à saúde em favor de toda a população.

Entretanto, embora o SUS seja estruturado, não consegue atender efetivamente a população na prestação do direito à saúde, tendo em vista que o Brasil é um país de dimensões continentais e com características peculiares em cada região.

Inclusive, na área preventiva, o Brasil, que era um dos países mais avançados no combate a moléstias em razão de vacinação de sua população, tem se deparado, nos últimos anos, com reaparecimento de diversas doenças que até então estavam erradicadas ou que eram consideradas controladas.

Ademais, ações necessárias para a recuperação de doenças também têm se mostrado frágeis, pois, o Estado não consegue, por meio dos seus entes federativos, atender às necessidades de todos os cidadãos que necessitam da prestação de saúde pública e oferecer medidas efetivas, como: vagas em hospitais para internações, fornecimento de medicamentos, realização de exames e consultas médicas.

Maria Paula Dallari Bucci afirma que o problema da prestação à saúde está justamente na ausência efetiva de implemento de políticas públicas pelo Poder Executivo:

Parte da tensão subjacente à massificação das ações judiciais reivindicando direitos ligados à saúde (assistência farmacêutica, mas não apenas isso) liga-se ao fato de que o Poder Público (União, Estados e Municípios), réu na maioria das ações, é responsável, constitucionalmente, pela formulação e execução dos programas que deveriam assegurar o direito à saúde da coletividade, ou seja, de todos os potenciais destinatários de cada um dos programas, voltados a doenças ou situações específicas. (BUCCI, 2017, p. 37).

Vinícius Castro, ao tratar da questão, afirma que:

Reforçando o entendimento conceitual de judicialização da saúde pela doutrina no Brasil, trata-se de fenômeno problemático de desorganização do sistema nacional de saúde em relação às políticas públicas. (CASTRO, 2018, p. 65).

É cediço que a prestação do direito à saúde depende do implemento de políticas públicas que permitam à pessoa a obtenção do que necessitem ou mesmo o acesso a medidas preventivas, sem que para isso, necessite propor uma ação judicial.

Ademais, há que se destacar que um outro problema que contribui para a dificuldade em tornar efetivo o direito à saúde no Brasil, é a inexistência de normas que regulamentem a prestação do direito de forma uníssona e que tenham o condão de vincular os demais poderes.

Nesta linha de raciocínio, há que se mencionar a Lei 8.080/90. Referido diploma normativo entrou em vigor em setembro de 1990, ou seja, menos de dois anos após a promulgação da Constituição Federal.

Seu objetivo, como mencionado na disposição preliminar é regular as ações e serviços da saúde que seriam executadas por pessoas naturais ou jurídicas em âmbito público e privado.

No art. 6^o da referida lei, é estabelecido que no campo de atuação do SUS está incluída a assistência terapêutica integral, dentre esta, a farmacêutica. Sobre a atuação do SUS, o dispositivo legal acima mencionado afirma que estão incluídas dentre as competências do sistema, a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.

No art. 19-M⁸ há previsão sobre a dispensação de medicamentos em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde, sendo esta uma das ações que compõe a assistência terapêutica integral.

Assim, à luz da referida lei, se vê que consta expressamente previsto que, no âmbito da prestação do direito à saúde, é assegurada a concessão de medicamentos necessários para o tratamento de doença ou agravo à saúde sofrido pela pessoa.

Em continuidade, necessário mencionar a Política Nacional de Medicamentos que foi estabelecida em 1998 pelo Ministério da Saúde, por meio da Portaria n.º 3.916/98.

No preâmbulo do Decreto é definido que o propósito da Política referida é: "garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais".

Deste modo, suas diretrizes teriam sido desenvolvidas no Programa com o objetivo de estabelecer uma relação de medicamentos essenciais, reorientar a assistência farmacêutica, bem como estimular a produção de medicamentos e a regulação sanitária.

Segundo afirma Maria Paula Dallari Bucci:

⁷Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

- I - a execução de ações:
 - a) de vigilância sanitária;
 - b) de vigilância epidemiológica;
 - c) de saúde do trabalhador; e
 - d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

⁸Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

[...]o escopo da política de medicamentos é mais amplo que a assistência farmacêutica, compreendendo também a produção de medicamentos, a regulamentação sanitária, o desenvolvimento científico e tecnológico, entre outros objetivos. (BUCCI, 2017, p. 43).

A Portaria acima mencionada estabelece a adoção de relação de medicamentos essenciais, prevendo o seguinte:

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. (Portaria n.º 3.916/98).

Destarte, a lista constitui um importante documento que define os medicamentos necessários para atendimento de grande parte dos problemas de saúde da população. Segundo consta no trecho destacado da Portaria, esta relação define os fármacos tidos como essenciais no âmbito dos Estados e Municípios, cujo fornecimento deveria ser garantido com o apoio da União.

Esta lista, denominada Relação Nacional de Mecanismos Essenciais (RENAME), deveria sofrer constante atualização de forma a acompanhar o desenvolvimento de novos fármacos e inovações tecnológicas para controle das doenças.

As diferenças entre a Política Nacional de Medicamentos e assistência farmacêutica decorrem de sua destinação, pois enquanto a primeira, busca implementar a política pública na questão dos medicamentos, a segunda tem um foco mais individualizado, cujo objetivo é garantir o direito ao usuário do SUS à obtenção do fármaco.

Ocorre que referidos diplomas normativos não têm se mostrado efetivos para garantir a prestação do direito à saúde. Em consequência da omissão estatal surge como consequência a judicialização.

Neste sentido, Ighor Rafael de Jorge afirma que:

[...] a falta de qualidade da produção normativa e a grande quantidade de atos normativos emanados do Poder Executivo – uma “poluição legislativa” –, reflexos da desarticulação governamental e da descontinuidade administrativa, geram a falta de coesão da base normativa do direito à saúde e uma pluralidade de interpretações, fatores que favorecem a excessiva judicialização da política de assistência farmacêutica.[...].

Com efeito, diante da incerteza ou desconhecimento da base normativa, os juízes tendem a optar pelo atendimento ao interesse individual do autor da ação, desconsiderando a organização administrativa e os aspectos globais de

implementação da política pública previstos em portarias e resoluções. (JORGE, 2017, p. 469).

Diante disso, a existência de disposições normativas esparsas e que não são constantemente atualizadas, é uma questão que agrava o problema da concessão de medicamentos a partir do Poder Judiciário. Isso porque os magistrados baseiam suas decisões nas disposições constitucionais, sem considerar, contudo, a legislação infraconstitucional que trata sobre o tema.

Como resultante, tais decisões poderão comprometer a política pública em vigência, desestruturando o sistema de fornecimento de medicamentos.

Dessarte há que se destacar também que em virtude da quantidade de normas e desta desarmonia entre elas, o cidadão se vê desassistido, razão pela qual se vale do Poder Judiciário, pois acredita que somente ali encontrará a solução para seu problema.

Neste sentido, Junia Coelho Lemos afirma que:

[...] o conjunto de normas e leis que regem uma política pública é a fonte de seu funcionamento para o cidadão, para os julgadores e para os administradores – portanto, se este não está harmônico e completo, ou se não está claro para o conjunto de seus destinatários, não há como a política ser implementada de maneira eficiente. (LEMONS, 2017, p. 416).

Desta forma, o que se pode verificar é que a efetivação do direito à saúde não depende da implementação de outras normas para regulamentá-la, tampouco deveria depender da judicialização para sua efetivação. A solução pode estar justamente na organização do sistema, inclusive das normas em vigor, bem como sua devida veiculação, inclusive para que a população pudesse ter acesso às informações relativas ao implemento do direito à saúde.

Ora, se as pessoas sequer têm conhecimento em direitos e de como obtê-los, restará ainda mais complexa a situação, resultando na propositura de mais demandas, pois, cria-se no imaginário popular a ideia de que o Poder Judiciário trará a solução para o problema individual.

Assim, é que a efetivação do direito à saúde tem falhado tanto no aspecto preventivo, incluindo aí a ausência de informações sobre as políticas públicas em vigência, quanto no aspecto de recuperação. A população, por sua vez, sente-se desamparada e vítima de diversos males, como mortes decorrentes de doenças incuráveis ou contagiosas; agravamento do quadro clínico em virtude da falta de atendimento ou mesmo do fornecimento de medicamentos.

Por outro lado, a justificativa apresentada pelo gestor público é a ausência de recursos financeiros do Estado para prestação das medidas pleiteadas. Contudo, o que nem sempre fica bem claro para a população é: por que os recursos materiais não são suficientes, tendo em vista que o Brasil é um dos países que mais cobram tributos dos cidadãos?

A conta, de fato, não fecha. Porém, a saúde é um direito reconhecido constitucionalmente que encontra guarida também nos pactos internacionais ratificados pelo Brasil.

A previsão de acesso universal às medidas relacionadas ao direito fundamental social à saúde vincula o Estado à sua prestação ampla e irrestrita. Este fato é determinante para a judicialização, assim como também tem como consequência os problemas relacionados à prestação do direito por meio de medidas judiciais.

Um destes problemas decorre da inviabilidade de recursos públicos para atendimento da demanda de todos aqueles que necessitem de medicamentos ou de tratamentos relacionados à saúde.

A universalidade da prestação do direito, porém, pode criar um paradoxo, à medida que se trata de um direito que deve ser garantido integralmente a todos, porém de impossível prestação integral em virtude da finitude dos recursos econômicos.

2.2 A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER JUDICIÁRIO

A concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário é o tema central deste trabalho e decorre da concretização do direito social fundamental à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Atualmente a questão é bastante discutida como já mencionado, tendo se chegado num momento em que são necessários caminhos alternativos à judicialização excessiva. Tal situação decorre do conseqüente desequilíbrio financeiro gerado pelo cumprimento das decisões judiciais, que, por sua vez, reflete na prestação da saúde aos cidadãos.

Ora, a imposição de uma obrigação ao ente estatal decorrente de um julgado, gera despesas ao órgão estatal que comprometem o orçamento destinado para as políticas públicas vigentes.

Por outro lado, a judicialização decorre exatamente da omissão do Estado em prestar a obrigação de atendimento das demandas da população em relação ao direito à saúde. A ausência de políticas públicas que se mostrem efetivas contribui para que a pessoa desassistida recorra ao Poder Judiciário.

Há que se considerar ainda que o Brasil, na condição de país em desenvolvimento, não goza de recursos financeiros para arcar com as prestações dos direitos fundamentais sociais fundamentais previstos no texto constitucional.

Embora o Texto Constitucional seja claro no tocante à obrigação do Estado na prestação de medidas necessárias para a reparação à saúde, onde se encaixa o fornecimento de medicamentos, não há previsão específica dos recursos que seriam utilizados para tanto.

A judicialização também decorre da Constituição Federal, que garante o acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV⁹), como já mencionado anteriormente. Diante disso, na ausência da prestação do direito, não resta outro caminho senão a propositura de demanda judicial.

Entretanto, quando a questão é judicializada, outros problemas surgirão. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário tem por função, analisar a questão que lhe é proposta, com base nos documentos e provas produzidas nos autos de cada processo. Estes elementos nem sempre serão suficientes para resolução do problema. Poderão resolver a demanda individual, mas criarão um problema social.

Isto porque, embora como mencionado acima, o direito à saúde esteja previsto no Texto Constitucional, bem como esteja regulamentado por legislação infraconstitucional que, em tese, determina como deve ser feita a distribuição de fármacos, nem sempre o Poder Judiciário levará em conta todos os atos normativos que definem a questão da política de medicamentos.

Em consequência, a decisão judicial que atenda a demanda em favor do litigante, pode ocasionar uma desestruturação em todo o sistema de saúde vigente no Estado ou Município demandado.

Ighor Rafael de Jorge pontua que:

A decisão judicial que desconsidera os critérios de financiamento, execução e dispensação de medicamentos corre o risco de agravar a desorganização da política pública existente. O efeito desse risco aumenta na proporção direta da multiplicação das decisões com as mesmas características. (JORGE, 2017, p. 479).

Inclusive, há que se considerar que a judicialização leva ao aumento do número de demandas, pois, cria-se na sociedade a ideia de que levar a questão ao Poder Judiciário é um caminho mais célere e efetivo, pois, ao final, o indivíduo consegue obter o medicamento que necessita.

Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci pontua que:

⁹Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

Se por um lado as demandas de massa realizam a derrubada, pelo menos parcial, de barreiras que impediam a reivindicação consequente do atendimento a direitos, por outro lado criaram um paradoxo, em que a judicialização gera mais judicialização. Banalizaram-se problemas e respostas. Diante da rotina de liminares garantindo a entrega de praticamente todo e qualquer medicamento e providência requerido, qualquer medida oferecida no âmbito do sistema de saúde, ainda que célere e razoável, tende a ser vista como emulação acanhada do verdadeiro direito subjetivo do interessado. Nada menos que a providência máxima será tido como aceitável. Seria como parafrasear o antigo ditado: aos que tiverem a sorte do caminho judicial, tudo; à coletividade, a lei. O direito à saúde de uns oposto ao direito à saúde de muitos. (BUCCI, 2017, p. 34).

Dessarte há que se ter bastante cuidado com o fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário, pois, embora imbuído de boa intenção no sentido de atendimento ao pleito jurisdicional, os magistrados poderão proferir decisões que se mostrem desproporcionais e que não levem em conta o bem comum, o aspecto coletivo da prestação do direito à saúde.

Neste sentido, Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata afirmam que:

As ações judiciais podem ser um canal legítimo de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos à medida que o Estado não implementa de maneira adequada as políticas públicas. Todavia, ao verificar que a maioria dos medicamentos solicitados nessas demandas não pertence aos programas de medicamentos preconizados pelo SUS, isto é, que não são padronizados pelos protocolos do sistema público de saúde, pode-se dizer que as ações judiciais ignoram o que a política de assistência farmacêutica normalizou. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.847).

Diante disso, é que a situação da judicialização do direito à saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos é ainda mais delicada. Embora seja inquestionável a previsão constitucional do direito, a busca de sua efetivação mediante a judicialização gera sérias consequências que prejudicam todo o sistema de saúde e ao final, a coletividade.

Ademais, por meio do Poder Judiciário, o gestor público é compelido ao fornecimento de medicamentos mediante consequências como multa e até mesmo prisão do responsável pelo órgão demandado diante do descumprimento de decisão pelo cometimento de crime de desobediência.

Para cumprir a decisão, porém, são utilizados recursos destinados à prestação coletiva do direito. Portanto, ao final, ocorre a quebra do princípio da equidade do Sistema Único de Saúde, gerando assim, uma ofensa ao princípio da igualdade preconizado na Constituição Federal.

Há que se destacar conclusão exarada por Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari após análise das ações judiciais movidas no Estado de São Paulo:

É claro que o Estado não pode ser negligente frente a indivíduos que correm risco de vida iminente. No entanto, como o direito à assistência farmacêutica depende de uma política pública para ser garantido, sob a perspectiva da justiça distributiva, é preciso que as necessidades individuais sejam contextualizadas dentro da política pública de medicamentos. Assim, a noção de justiça distributiva pode nortear a prestação coletiva e o próprio atendimento às necessidades terapêuticas individuais. (MARQUES; DALLARI, 2007, p. 106).

Assim, o que se pode concluir é que a judicialização não é exatamente o que desestrutura a política de concessão de medicamentos. O cerne da questão está na análise do pleito individual sem considerar a política pública de medicamentos vigente e sem ponderar o aspecto coletivo e a consequência do atendimento da pretensão de um indivíduo perante a sociedade.

Em razão deste cenário, o direito à saúde que é universal, passa a ser um direito garantido a poucos que possuem condições financeiras para buscar assistência judicial e que podem arcar com seus custos ou mesmo que tenham conhecimento da possibilidade de pleitear judicialmente aquilo que necessitam.

Por outro lado, necessário ponderar que em diversas situações, o que gera a judicialização não é nem mesmo a negativa do Estado em fornecer o medicamento a que o cidadão necessita. O que ocorre é que em razão da falta de informação e pela burocracia ao redor da questão, a pessoa simplesmente não sabe como proceder e recorre ao Poder Judiciário. Ou, mesmo sabendo os passos a percorrer, busca abreviar o caminho e se socorre da demanda judicial.

Há casos também em que os profissionais de saúde não têm conhecimento dos medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Acabam receitando remédios que possuem as mesmas substâncias daqueles que são fornecidos nas unidades de saúde. O cidadão, porém, não consegue obter o medicamento que lhe fora fornecido e ingressa com a demanda, quando, em verdade, teria acesso ao fármaco semelhante que poderia ser utilizado em seu tratamento.

Luiz Rascovski afirma que se trata da falta de interlocução entre os órgãos envolvidos na prestação do direito à saúde. Menciona que:

Quando mencionamos a falta de interlocução, significa dizer a falta de articulação da Secretaria de Saúde com seus próprios agentes, da Secretaria de Saúde com os agentes de saúde em geral que prestam atendimento ao público, e da Secretaria de Saúde com outras instituições, que poderiam trabalhar como parceiras no desenvolvimento da prestação de saúde, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Estritamente ligada à falta de articulação – e até como consequência desta – está a falta de informação. (RASCOVSKI, 2017, p. 298).

Esta ausência de informação pode ser considerada como causa ainda mais grave para a judicialização, pois, não decorre de uma omissão do poder competente em prestar o direito, mas sim, da falta de conhecimento da população que supõe que o Poder Judiciário é quem deve resolver todos os problemas sociais.

O autor mencionado prossegue afirmando que: “[...] ações judiciais são ajuizadas por conta dessa situação e que somente são resolvidas em sede de contestação, quando o Estado (em sentido amplo) finalmente esclarece o *imbróglio*”. (RASCOVSKI, 2017, p. 301).

Com isso, o número de demandas aumenta e o problema se agrava, tendo em vista que além da judicialização desnecessária, o resultado da demanda poderá agravar ainda mais a desestruturação do Poder Público na prestação do direito à saúde.

Assim, a melhoria do diálogo entre os poderes poderá contribuir para sanar esta situação de demandas injustificadas que poderiam ser resolvidas sem a participação do Poder Judiciário, apenas orientando adequadamente o cidadão que necessita do medicamento.

Além disso, há que se tratar de questões peculiares em relação aos medicamentos pleiteados judicialmente, as quais serão a seguir melhor abordadas.

2.2.1 Medicamentos de alto custo

Sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado, há ainda uma questão de contornos ainda mais complexos que diz respeito aos medicamentos de alto custo.

Existem casos de pessoas que enfrentam graves problemas de saúde e que necessitam de medicamentos cujo valor é bastante alto. A questão que se abre à discussão é: poderá o ente público ser compelido a arcar com o custo deste fármaco?

Isto porque a aquisição deste medicamento pelo ente estatal poderá comprometer seu orçamento de forma tão drástica que terá como consequência, a escassez de recursos para a implementação de políticas públicas em favor da coletividade.

Trata-se de situação de grande complexidade, pois, a pessoa que enfrenta grave doença é titular do direito subjetivo à saúde da mesma forma que aqueles que necessitam de medicamentos básicos, que oneram o ente público em menor proporção, mas que sejam capazes de garantir o direito à saúde de um maior número de cidadãos.

Estes medicamentos de alto custo têm como peculiaridade o fato de não estarem incorporados na lista do SUS. Com esta justificativa, o ente público nega seu fornecimento.

O ponto a se analisar é que, embora não conste na lista mencionada, nas situações que chegam ao Poder Judiciário, há laudos médicos pormenorizados e que demonstram a indispensabilidade daquele medicamento ao quadro clínico do paciente. Referido fármaco, portanto, para aquele indivíduo, é necessário para garantir sua saúde.

As demandas envolvendo pleitos de fármacos de alto custo geraram bastante controvérsia, especialmente em razão das consequências que dela decorrem.

Em virtude das consequências sociais geradas por estes pleitos judiciais, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade de ser fixada uma tese para aplicação pelos juízes e Tribunais.

Assim, a concessão de medicamentos de alto custo vem sendo analisada pelos Tribunais com base no Tema 106 delimitado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido estabelecidos requisitos que devem nortear a decisão judicial. Sobre a fixação desta tese, a proposição será melhor abordada a seguir no tópico sobre a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

2.2.2 Medicamentos sem registro na ANVISA e medicamentos *off label*

Há que se mencionar também que dentre as demandas cujo objetivo é a concessão de medicamentos, encontram-se também os casos de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Tais casos decorrem de situações em que a pessoa, por meio da ação judicial, pretende a concessão de medicamento que não foram registrados pela ANVISA, porém, se mostram efetivos para tratamento e recuperação da doença que lhe acomete.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão na STA (suspensão de tutela antecipada) 175. Trata-se de recurso originário com os seguintes dados: Resp n.º 1.657.156, em que o medicamento Zavesca (princípio ativo miglustat) foi prescrito à paciente por médico habilitado.

Na ação fora descrito que o fármaco seria a única opção que se mostrava viável ao quadro da paciente que enfrenta patologia chamada de Niemann-Pick tipo C, doença degenerativa rara que havia sido comprovada clinicamente e por meio de exame laboratorial.

A questão ganhou contornos importantes em virtude de se tratar de medicamento não registrado pela ANVISA que, porém, havia sido recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos.

Ocorre que, exatamente pela ausência de registro pela agência brasileira, a União, na condição de demandada, recorreu da decisão que determinou sua concessão, buscando a suspensão de seus efeitos.

Sobre a situação de medicamentos em que não há registro na ANVISA, para a tomada da decisão judicial, têm-se ponderado que, se esta for a única alternativa do paciente e havendo comprovação da segurança do medicamento, este poderá ser concedido, pois não colocaria o paciente em risco.

Neste sentido, mencionam Vera Lúcia Edais Pepe, Tatiana de Aragão Figueiredo, Luciana Simas, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Míriam Ventura:

A primeira verificação a ser realizada quando da demanda judicial é se o medicamento possui registro sanitário no país. Se negativo, deve-se questionar a segurança sanitária deste medicamento e seguir na análise buscando-se alternativa terapêutica disponível e segura, que garanta o direito a um tratamento adequado da saúde.

Havendo registro sanitário, importa verificar a indicação terapêutica para a qual foi realizado o registro, evitando-se a prescrição e o uso *off label*, que podem trazer riscos aos pacientes, especialmente quando não foram realizados ensaios clínicos a fim de confirmar a eficácia e a segurança do medicamento para o segundo uso. (PEPE et al., 2010, p. 06).

Sobre a situação de medicamentos sem registro na ANVISA, há que se mencionar a questão da fosfoetanolamina. Referida substância, que ficou popularmente conhecida como a “pílula do câncer”, foi objeto de inúmeras demandas judiciais.

Apenas a título ilustrativo, num período de cerca de oito meses, foram proferidas aproximadamente treze mil liminares determinando que a Universidade de São Paulo fornecesse referida substância¹⁰. A Universidade foi demandada porque era o local de trabalho de um pesquisador que vinha desenvolvendo estudos sobre a substância.

A questão é que não havia registro na ANVISA, aliás, sequer havia sido aprovada a substância em virtude da ausência de comprovação de estudos técnicos em relação à eficácia daquele fármaco.

No entanto, a esperança trazida aos pacientes foi argumento suficiente para a concessão das liminares. Referida situação tamanha a repercussão gerada, culminou com a promulgação da Lei Federal 13.269/16, que entrou em vigor em 14 de abril de 2016.

A mencionada Lei em seu artigo 1º previa o uso da substância fosfoetanolamina sintética em pacientes com neoplasia maligna. No artigo 2º¹¹, foram previstas condicionantes

¹⁰BUCCI, Maria Paula Dallari, 2017, p. 31.

¹¹Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes:

para o uso da substância, tais quais: laudo médico que comprovasse o diagnóstico; assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

Se por um lado a substância surgiu como uma esperança para os pacientes que vinham enfrentando doença de tamanha gravidade, por outro, trata-se ainda de um experimento que não trazia a comprovação científica necessária para ser ministrado por pacientes sob a chancela do Poder Judiciário.

Neste sentido, Márcia Walquiria Batista dos Santos, procuradora da Universidade de São Paulo que atuou no caso em conjunto com outros procuradores, menciona o seguinte:

Autorizar o consumo, ou mesmo impor o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética, que sequer se submeteu aos trâmites necessários para ser rotulada de medicamento apto ao tratamento de câncer, é medida que põe em risco a saúde de toda a população, principalmente quando se vem observando que a maioria dos litigantes ingressa em juízo sem a correspondente prescrição médica, vale dizer, à revelia do seu médico, como já mencionado. (SANTOS; 2017; p. 150).

Em 19 de maio de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal sob Relatoria do Ministro Marco Aurélio deferiu liminar nos autos da ADI nº 5.5501/DF para suspender a eficácia da referida Lei nº 13.269/2016.

Em seu voto, o Ministro ponderou o seguinte:

No caso, a lei suprime, casuisticamente, a exigência do registro da fosfoetanolamina sintética como requisito para comercialização, evidenciando que o legislador deixou em segundo plano o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde da população. O fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos mínimos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde.

Assim, fora determinada a suspensão dos efeitos da Lei sob o seguinte argumento:

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. Ante o quadro, defiro a liminar pleiteada para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade.

I - laudo médico que comprove o diagnóstico;

II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas.

Desta forma, se verifica que a ausência de segurança do medicamento é que ponderou a suspensão dos efeitos da Lei, pois, caso contrário, estar-se-ia agindo de forma temerária, considerando o aspecto subjetivo da esperança do paciente em sua cura, sem ponderar o aspecto objetivo da comprovação da eficácia da substância.

Necessário dizer que quando se fala em saúde, ainda que se trate de uma situação extremamente delicada, não podem os Poderes autorizarem a concessão de uma substância cuja eficácia não foi comprovada, sob pena de compactuar com uma situação que poderia ser violadora do direito fundamental mencionado.

A situação da substância fosfoetanolamina trouxe outra questão à baila que é a possibilidade de ocorrência do dano inverso quando da judicialização para a concessão de medicamentos.

Tal dano decorre do fato de a substância não ter sido submetida a todo o processo necessário para a fabricação de um medicamento. Ademais, mais tarde fora divulgado pelo próprio docente que patenteou a substância que ela não teria efeitos se utilizada em conjunto com os tratamentos convencionais para combate à neoplasia maligna, quais sejam: radioterápico e quimioterápico.

Esta situação fez com que diversas pessoas imbuídas de esperança, decidiram se afastar dos tratamentos convencionais e apenas fazer uso da referida substância, agravando os respectivos quadros clínicos.

Dessarte, o que se conclui é que a situação da fosfoetanolamina foi peculiar e demandou que o Supremo Tribunal Federal suspendesse os efeitos da lei, tomando assim medida de contenção para evitar a propositura de novas demandas que, ao final, colocariam o paciente em risco, embora acreditasse que estivesse rumo à cura.

Sobre a questão dos medicamentos sem registro pela ANVISA, no julgamento do RE 657718/MG ocorrido em 22 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal analisou a situação sobre os medicamentos que, embora sem registro pela ANVISA, tenham eficácia e segurança comprovadas, bem como que já tenham sido submetidos aos testes necessários.

Fora reconhecida Repercussão Geral ao Tema 500, tendo restado fixada a seguinte tese a vincular o Poder Judiciário em julgamentos posteriores:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e

ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Assim, o que se verifica é que, embora a decisão judicial não deva conceder medicamentos sem registro, em situação específica que preencha os requisitos mencionados, ou seja, já fora efetuado pedido de registro do medicamento no Brasil, medicamento este já registrado em agências renomadas estrangeiras e não existindo substituto terapêutico, configurando, portanto, situação de mora da ANVISA para concessão do registro (prazo superior a noventa dias), aí sim poderá haver a concessão do medicamento por meio do Poder Judiciário.

Outra questão que merece reflexão é aquela relativa aos medicamentos chamados de *off label*.

Tratam-se das situações em que as pessoas pretendem a concessão de medicamentos que são destinados originariamente para um problema de saúde, no entanto, mostram-se eficazes para outras patologias para os quais não estavam previstas.

Ocorre que estas situações podem trazer riscos à saúde do paciente e, portanto, sua análise não deve ser feita apenas com base no pedido do demandante, cabendo considerar o que poderá resultar ao quadro clínico do paciente quando de sua utilização.

Neste sentido, ponderam Vera Lúcia Edais Pepe, Tatiana de Aragão Figueiredo, Luciana Simas, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Míriam Ventura: “O uso de medicamentos sem registro sanitário ou fora das indicações para os quais foram registrados (uso *off label*) pode significar riscos à saúde” (PEPE et al., 2010, p. 03).

Assim sendo, mais uma vez, o que se verifica é que a melhor solução a ser adotada é a análise de cada caso e, com base na atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, a ponderação da existência dos critérios que determinam se, trata-se de fato, de um caso em que o direito à saúde do paciente tem sido negado por meio das políticas públicas existentes e em vigor no Sistema Único de Saúde.

2.2.3 As ações decorrentes de influência dos laboratórios médicos

Outra situação bastante delicada que envolve a judicialização do direito à saúde decorre das ações que são movidas mediante a influência dos laboratórios médicos, o que tem

como fulcro, objetivos econômicos, utilizando-se de pessoas que enfrentam situação vulnerável motivada por patologia que lhes acomete.

É cediço que em determinadas situações, a ação judicial é proposta pelo paciente que de fato tem uma doença e está embasado em laudo médico para tanto. Porém, o que se verifica durante a instrução processual é que o pleito do demandante é para a concessão de um medicamento específico, de marca determinada.

Esta situação vem descrita pormenorizadamente em laudo médico proferido por profissional habilitado, o que torna ainda mais delicada a decisão judicial.

Isso porque os documentos em que se embasa a demanda buscam demonstrar que o tratamento apenas surtirá efeitos se o paciente tiver acesso a determinado medicamento, de marca específica e produzido por laboratório certo.

Porém, esta situação, certas vezes, decorre de conluio havido entre profissionais da área médica e de empresas laboratoriais cuja finalidade maior é o ganho a ser obtido pela última, com o medicamento sendo adquirido pelo gestor público.

Neste sentido, Carlos Eduardo Artiaga Paula e Cléria Maria Lôbo Bittar pontuam como uma das críticas à judicialização:

A quinta crítica que se faz à judicialização da saúde, apontada nesse estudo, é que o Judiciário é manipulável e pode ser usado para atender os anseios do mercado (notadamente das indústrias farmacêuticas) ao, por exemplo, deferir o pedido de acesso a determinado medicamento não previsto nas listas oficiais, sem regulamentação da ANVISA ou sem uma forte confirmação científica, o que onera sobremaneira o sistema e pode expor o paciente a risco. (PAULA; BITTAR, 2017, p. 31).

Esta situação é muito delicada e torna ainda mais controversa a questão da concessão de medicamentos por meio de ação judicial. Porque, se, a princípio, se trata da efetivação do direito à saúde, ao final, esta situação se mostra prejudicial ao Estado e violadora de princípios constitucionais como o direito à igualdade.

Ademais, o paciente que tem condições econômicas e culturais de mover ação judicial, como dito, já está à frente de tantos outros que buscam medicamentos nos postos de saúde de seus respectivos municípios e sequer tem conhecimento de que podem buscar o acesso ao Poder Judiciário.

Diante deste cenário, há que serem ponderados diversos elementos em uma ação judicial, analisando sempre, a demanda trazida pelo paciente, mas sem deixar de considerar o sistema de saúde como um todo e de acordo com suas possibilidades financeiras.

Neste sentido, Vera Lúcia Edais Pepe, Tatiana de Aragão Figueiredo, Luciana Simas, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Míriam Ventura pontuam:

O Estado brasileiro tem como dever não apenas a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde, mas também a proteção da saúde da população. Neste sentido, é importante que todos os aspectos regulatórios e sanitários sejam observados pelos envolvidos na demanda judicial, buscando-se garantir a proteção à saúde dos pacientes. Deve-se ainda considerar que o Poder Judiciário, no momento que determina o fornecimento de um medicamento, busca garantir o direito à saúde do reivindicante, em especial sua integridade física e bem-estar, como um aspecto da dignidade humana. Assim, a efetivação deste direito depende de que, no momento da tomada da decisão, sejam adotadas medidas que certifiquem a segurança do paciente, tanto por parte da AF¹² como do Poder Judiciário. (PEPE et al., 2010, p. 06).

Assim, o que se verifica é que há que se ter muita cautela com a concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, o que tem se refletido na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que será a seguir abordada e que tem buscado fixar requisitos para ponderar as decisões judiciais em matéria de concessão de medicamentos, com o objetivo de evitar situações como as acima descritas.

2.3 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO

O direito à saúde, como já mencionado, é garantido constitucionalmente. Previsto no art. 6º da Constituição Federal como um direito social.

O art. 198¹³ da Constituição Federal prevê que as ações relativas à saúde serão prestadas por meio do atendimento integral, que deverá ser exercido de forma descentralizada.

Com isso, importa dizer que os entes da federação terão obrigação solidária na efetivação da saúde. Em consequência, respondem também de forma solidária nas ações judiciais que busquem a concessão de medicamentos.

No tocante aos recursos que devem ser destinados à saúde, o § 2º do art. 198¹⁴ determina os percentuais que devem ser aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e

¹²No texto a que se faz menção na citação e que consta nas referências, AF se refere à assistência farmacêutica do SUS.

¹³Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.

¹⁴Art. 198 (...) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:
I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

Municípios. Em relação à União Federal, por exemplo, o texto constitucional determina que os percentuais a serem aplicados na área da saúde não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) da receita líquida do respectivo exercício financeiro.

Em relação aos Estados e Municípios, o percentual deverá ser aplicado com base na receita proveniente dos impostos estaduais e municipais, respectivamente. Inclusive, o não cumprimento desta determinação constitucional é definido como uma das causas que autoriza a intervenção federal nos Estados e por sua vez, destes últimos nos municípios.

André Luiz dos Santos Nakamura afirma que:

Nota-se que a Constituição considerou que as ações e serviços públicos de saúde são de grande interesse social, impondo a todos os entes federativos a promoção da saúde pública, estabelecendo valores mínimos a serem aplicados, bem como impondo a grave sanção da intervenção federal em caso de descumprimento. (NAKAMURA, 2015, p. 18).

A solidariedade entre os entes federativos, então, gera o compartilhamento da obrigação, o que resulta em consequências no tocante à busca pela prestação do direito.

Isto porque, num primeiro momento, o indivíduo geralmente busca a obtenção de um medicamento junto às unidades básicas de saúde geridas pelos municípios. Em razão disso, mediante a negativa, ingressam com a demanda judicial contra este ente federativo, que tem recursos mais restritos. Destarte, terá maiores dificuldades para cumprimento da decisão judicial.

No entanto, por se tratar de responsabilidade solidária, a partir da judicialização, os magistrados, determinam que a parte litigante inclua no polo passivo, o Estado federativo e a União.

A responsabilidade solidária dos entes federativos tem por objetivo não onerar de forma extrema aquele que possui menor orçamento, no caso, o município.

Isto permite também que em uma eventual condenação, todos os entes da federação tenham que se comprometer com o cumprimento da tutela jurisdicional, conferindo-lhe assim, maior efetividade.

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

Há que se destacar também que o Sistema Único de Saúde (SUS) deverá oferecer tratamento de forma universal, ainda que o indivíduo jamais tenha feito qualquer contribuição à seguridade social.

Com isso, a responsabilidade dos entes federativos é ainda maior porque o número de usuários dependentes do SUS cresce, especialmente em virtude de crises financeiras enfrentadas pelo país. Por outro lado, os recursos se tornam ainda mais escassos, o que é uma das causas da judicialização para fornecimento de medicamentos.

O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento de que os entes federativos são solidariamente responsáveis pela concessão de medicamento. Diante deste cenário, tem se buscado equilibrar a carga que recaía aos municípios, com orçamentos menores, de forma que não seja comprometido todo o sistema de saúde de uma região, que teria como consequência a negativa de direitos da maioria da população.

2.4 POSIÇÃO ADOTADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA ÚLTIMA DÉCADA

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que vem pautando os julgamentos dos magistrados em primeira e segunda instância sobre a questão do fornecimento de medicamentos.

Em sede de recurso repetitivo firmou entendimento no Tema 106, com o julgamento do REsp nº 1.657.156/RJ¹⁵.

Desta maneira, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese que baliza a concessão de medicamentos determinando que caberá ao magistrado, ao analisar o pleito, verificar a existência dos seguintes requisitos:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (ii) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- (iii) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (REsp nº 1.657.156/RJ)

Verifica-se que o primeiro requisito busca a vinculação do pedido ao laudo médico que ateste efetivamente a necessidade do medicamento. Com isso, se afastam as demandas

¹⁵Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.657.156/RJ. Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 25/04/2018.

temerárias, cujo objetivo é a imposição de obrigação ao ente público que não se mostre indispensável ou mesmo que resulte num risco ao indivíduo.

Em segundo e de extrema relevância, a verificação da incapacidade financeira do paciente para arcar com o medicamento prescrito. Sobre este requisito há que se ponderar que o Superior Tribunal de Justiça relativiza a universalidade do direito à saúde.

Isto porque até a fixação deste entendimento, prevalecia entendimento que considerava a literalidade do art. 196 da Constituição Federal. Vale lembrar que o dispositivo menciona que a saúde é direito de todos. Ademais, em sua segunda parte afirma que deverá ser garantido “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

No entanto, neste momento a capacidade financeira da parte passa a ser um requisito a ser ponderado para a decisão. Dessarte, apenas obterá a tutela jurisdicional a pessoa que demonstre a indisponibilidade de recursos para arcar com o medicamento de que necessite.

Isto poderá gerar certa controvérsia já que há discutível constitucionalidade do requisito, além da subjetividade que poderá gerar na avaliação feita pelo magistrado.

Por outro lado, se mostra uma medida ponderada diante do cenário brasileiro de intensa judicialização em relação à concessão de medicamentos.

E, finalmente, o último requisito previsto é que o medicamento pretendido deverá ter registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), o que, mais uma vez terá como objetivo evitar demandas temerárias.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconheceu repercussão geral ao tema na análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA 175)¹⁶. O processo originário tratava de paciente portadora de patologia chamada de Niemann-Pick tipo C, doença degenerativa rara que havia sido comprovada clinicamente e por meio de exame laboratorial. A litigante necessitava do fornecimento de medicamento Zavesca (princípio ativo miglustate).

Fora determinado em sede de decisão em tutela antecipada que a União Federal deveria arcar com os custos do medicamento, fornecendo-o à paciente, mesmo em se tratando de fármaco custoso. Esta situação levou à interposição de recurso com o objetivo de afastar a obrigação do ente público no fornecimento de medicamento.

¹⁶Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010.

Há que se mencionar aqui a importância da Audiência Pública¹⁷ convocada em 2009 para discussão sobre o assunto. Durante o período da audiência referida, foram ouvidas autoridades médicas e de áreas da sociedade civil a fim de trazerem elementos para nortear a questão dos medicamentos trazida ao Poder Judiciário.

Sobre este momento de grande importância para o Estado Democrático brasileiro, Mark Tushnet em artigo traduzido por Thiago Filippo Silva Jorge afirma o seguinte:

O Supremo Tribunal Federal vinha julgando um grande número de casos pré-2009, decidindo de forma a delinear os contornos de um programa de saúde nos moldes constitucionais. Em 2009 ele convocou uma audiência pública, o que levou a uma série de decisões em 2010 estabelecendo critérios para a distribuição de serviços e produtos de saúde de uma forma consistente com a Constituição. (TUSHNET, 2015, p. 1202).

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto¹⁸ proferido no julgamento do recurso interposto pela União em face da decisão de indeferimento do pedido de suspensão da tutela antecipada n.º 175 afirma em trechos que merecem destaque:

Em relação aos direitos fundamentais sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Neste julgamento, há que se ressaltar, pela primeira vez, houve a convocação de uma Audiência Pública solicitada pelo Ministro Gilmar Mendes para oitiva de especialistas da saúde pública, bem como membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e da Advocacia da União, dos Estados e dos Municípios. Além disso, foram também ouvidos membros da sociedade civil.

Em seu voto, ressalta ainda o Ministro Gilmar Mendes¹⁹:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a

¹⁷ Referida audiência pública foi realizada no período compreendido entre os dias 27 de abril à 07 de maio de 2009.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010.

intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à prestação do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Denota-se assim, importante aspecto que se constatou por meio da Audiência Pública, qual seja, que não haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes, a intervenção do Poder Judiciário em relação à prestação do direito à saúde.

Isso porque, em verdade, o que o Ministro afirma ter havido como conclusão é que não se trata da inexistência de uma política pública para prestação do direito à saúde, mas sim, a necessária tutela judicial para a determinação de cumprimento efetivo de uma política já existente.

O que se verifica, portanto, é que se afasta o argumento de que o direito à saúde já é cumprido se existe uma política pública, pois, embora exista, ela pode se mostrar inefetiva em favor de determinadas pessoas.

Ademais, no voto em estudo, pontuou o Ministro Gilmar Mendes²⁰:

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. [...]

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

[...]

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. [...].

Nesta hipótese, podem ocorrer, ainda duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. (MENDES, STA AgR 175, 2009, 08).

Ressaltou também, o que já havia sido determinado na decisão agravada que indeferiu a suspensão da tutela antecipada:

²⁰Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010.

[...] a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.

Além disso, não procede a alegação de temor que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Por fim, destaco que a agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa.

O que se conclui, portanto, é que a partir da STA 175, o Supremo Tribunal Federal definiu critérios importantes que passaram a nortear as decisões judiciais em processos de pedidos de concessão de medicamentos, tendo em vista a fixação de tese decorrente da repercussão geral dada ao tema.

Assim, conclui-se que: o fato de se tratar de um medicamento de alto custo não afasta a obrigação do Poder Executivo de garantir ao cidadão seu acesso. O fato de o medicamento não estar registrado na ANVISA também não se mostrou um fator que afasta a obrigação do ente público na aquisição do medicamento.

Neste último aspecto, como ressaltado no voto do Ministro Gilmar Mendes, a ausência de registro na ANVISA pode decorrer de se tratar de um medicamento que já passou pela fase dos testes necessários, porém, em virtude da aprovação de novas indicações terapêuticas ser muito lenta e da burocracia que envolve a atualização dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas, não se pode excluir do paciente do SUS, os tratamentos que já são prestados pela iniciativa privada.

Finalmente, ressalta que para evitar um possível efeito multiplicador, a análise de questões desta natureza deveria considerar cada caso individualmente, ponderando os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

O que se denota, deste importante voto que pontua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na questão do fornecimento de medicamentos, é que há que se ponderar a situação dos litigantes em cada processo, considerando, porém, os critérios mínimos lançados na decisão.

Posteriormente, em 2015, o Supremo Tribunal Federal assentou em sede de repercussão geral²¹ que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere como obrigação no rol dos devedores do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes

²¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855.178/SE. Relatoria do Ministro Luiz Fux. Julgamento: 05/03/2015.

federados. Portanto, confirmou a responsabilidade dos entes federativos no tocante à prestação do direito à saúde.

O que se verifica da jurisprudência estudada é que embora a judicialização do direito à saúde venha ocorrendo de forma bastante expressiva, não há como se considerar todas as situações a partir de uma tese predeterminada.

Tendo em vista que cada caso envolverá pessoas em situações diferentes, a análise deverá ocorrer individualmente. Porém, resta confirmada a obrigação do gestor público, seja por qualquer dos seus entes federativos na obrigação de concessão do medicamento.

Outro critério que se destaca é que, embora o direito à saúde seja garantido universalmente, o que, em tese, permitiria que qualquer pessoa buscasse a concessão de medicamentos em seu favor, o critério econômico está sendo considerado de forma a evitar situações que fortaleçam ainda mais as desigualdades sociais já havidas no Brasil.

3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 IMPLEMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Os direitos fundamentais sociais, embora previstos constitucionalmente, têm sido objeto de propositura de demandas cujo objetivo é compelir o Estado à sua prestação.

Em relação ao direito à saúde, inclusive, houve um aumento bastante expressivo da propositura de demandas judiciais que objetivam o fornecimento de medicamentos, bem como tratamentos médicos.

Em pesquisa recente já mencionada, realizada pelo Insper sob encomenda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e divulgada em 18 de março de 2019²²²³, constatou-se que a judicialização na área da saúde aumentou 130% (cento e trinta por cento) no período compreendido entre 2008 a 2017, no Brasil.

A possível causa para a frequente judicialização decorre da ineficácia dos direitos fundamentais sociais que deveriam ser garantidos pelo Poder Executivo, por meio da implementação de políticas públicas.

Como mencionado anteriormente, a judicialização ocorre de maneira bastante significativa em relação às medidas que envolvem o direito à saúde. Mas não apenas em relação a esta. São frequentes também, ações judiciais cujo objeto é a implementação do direito à educação, como as demandas em que se pleiteia a obtenção de vaga em creches para crianças nos primeiros anos de ensino.

Sobre a busca pelo Poder Judiciário para implemento de direitos, Luís Roberto Barroso afirma:

[...] o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. (BARROSO, 2009, p. 19).

²²Publicada pelo Jornal Folha de S. Paulo em 19.03.2019.

No âmbito das ações individuais, os pedidos geralmente são bem pontuais como fornecimento de medicamentos necessários para tratamentos; disponibilização de vagas em creches.

A crescente judicialização decorre em princípio da previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais fundamentais, cujo implemento não é apenas uma escolha política do gestor público, mas, uma obrigação, que o vincula a prestação deste direito ao cidadão por meio de políticas públicas, bem como destinação de recursos para a concretização delas.

Como visto nos capítulos anteriores, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais decorre de importantes modificações ocorridas em relação ao Texto Constitucional, especialmente a partir do movimento político conhecido como Constitucionalismo.

Isso porque, é a partir daquele momento se passa a entender pela necessária garantia de eficácia do Texto Constitucional, sendo a partir daí superada a concepção de Ferdinand Lassale que defendia ser a Constituição de um Estado, a soma dos fatores reais do poder transcritos em uma folha de papel.

Com a garantia de efetividade do Texto Constitucional, não há como se admitir, numa sociedade, o descumprimento de um direito.

O ponto de partida para a judicialização de direitos fundamentais sociais fundamentais é exatamente este. Ademais, também pode ser atribuído ao direito de acesso à Justiça ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, uma das causas que contribuiu para o aumento considerável das ações judiciais que pleiteiam a concessão de direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos fundamentais sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, P. 11)

Há que se mencionar que em muitas ocasiões a judicialização é associada e até mesmo confundida com o ativismo judicial, o que será abordado adiante.

Portanto, a previsão dos direitos fundamentais sociais no Texto Constitucional, bem como o direito de acesso à Justiça podem ser consideradas algumas das causas que motivaram o aumento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde.

Soma-se a isto, o fato de que a população hoje reconhece seus direitos. Isso porque, há uma conscientização coletiva maior, especialmente a partir da criação das Defensorias Públicas, que difundiram a educação em direitos e a possibilidade de buscar sua efetivação por meio de uma demanda judicial.

Dessarte, ao ver seu direito negado, seja para obtenção de vaga na escola pública ou do medicamento que necessita para sua recuperação, o cidadão busca por meio do Poder Judiciário a providência que necessita para viver. Há que se ressaltar que o implemento destes direitos fundamentais sociais atende ao princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta a Constituição Federal.

Neste sentido, também se posicionam Mércia Miranda Vasconcellos Cunha e Amanda Querino dos Santos Barbosa:

Não obstante, embora a proteção dos direitos fundamentais sociais tenha sido incorporada ao texto positivado da Constituição, em vários países do ocidente, a realização destes direitos tem sido vista com um olhar com viés liberal e, por isso, carente de efetivação. Na perspectiva de realização da dignidade, mediante realização dos direitos fundamentais sociais, a função Judiciária do Estado tem-se revelado efetivadora de tais direitos [...]. (CUNHA e BARBOSA, 2015, p. 85).

Destaca-se ainda como uma possível causa da judicialização, a crise econômica enfrentada pelo país, que gera um número maior de pessoas que dependem das políticas públicas prestadas pelo Estado na área da saúde e da educação.

Neste sentido, afirma Luís Roberto Barroso:

Na medida em que uma questão – seja direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”. (BARROSO, 2009, p. 20).

Portanto, resta claro que, ao buscar a efetivação de um direito e não conseguir obter sua prestação, não resta outra alternativa à pessoa senão socorrer-se do Poder Judiciário.

É possível também mencionar como causa do aumento da judicialização dos direitos fundamentais sociais, a desconfiança das pessoas em relação ao Poder Executivo. Em razão disso, buscam o Poder Judiciário por acreditarem que somente desta forma teriam as prestações de que necessitam concedidas em seu favor.

Junia Coelho Lemos afirma que:

[...] quando as demandas sociais encontram dificuldades para serem efetivadas, ou mesmo no caso de questões político-partidárias, em vez de os conflitos serem resolvidos no âmbito político, a população está recorrendo aos tribunais. Seria uma

superconfiança no Judiciário em detrimento dos outros poderes – Legislativo e Executivo. (LEMOS, 2017, p. 413).

A questão é que a judicialização tem suas consequências que nem sempre são positivas, além, é claro que não há que se pensar num regime democrático em que um dos poderes tenha de fato, mais atribuições e responsabilidades que os outros, ainda que se trate apenas de uma ideia concebida entre as pessoas.

Além disso, com o aumento de demandas judiciais, há o risco de serem proferidas decisões ativistas que interfiram na gestão dos recursos públicos e que, especialmente no âmbito dos municípios ocasione um desequilíbrio no orçamento, já que os direitos fundamentais sociais devem ser cumpridos em solidariedade pelos entes da Federação.

Neste sentido, Janaína Machado Sturza, Aline Michele Pedron Leves e Andressa Simmi Cavalheiro ponderam sobre a judicialização dos direitos fundamentais sociais:

O que se observa, enfim, é que existe um grande número de ações que são necessárias a apreciação pelo judiciário e outras que não precisariam movimentar a máquina pública, uma vez que poderiam ser resolvidas pela administração em processo administrativo. Outro ponto que precisa ser observado nas decisões judiciais em matéria de medicamentos é, justamente, o excessivo aumento de decisões extravagantes ou emotivas, que levam a administração pública a custear tratamentos inconvenientes, seja pela inacessibilidade ou por serem destituídos de essencialidade. (STURZA, LEVES, CAVALHEIRO, 2019, p. 575).

Há que se reiterar que há pontos negativos da judicialização e dentre eles está o fato mencionado de as decisões judiciais não conseguirem se embasar de fato numa possível lesão a direitos, mas decorrerem muito mais do aspecto emocional dos magistrados sensibilizados pela situação de vulnerabilidade da pessoa.

Nesta linha de raciocínio, necessário mencionar dentre os argumentos contrários à judicialização, o fato de os direitos fundamentais sociais serem de natureza prestacional. Em razão disso, seu implemento depende da disponibilidade de recursos financeiros.

Esta questão esbarra diretamente na reserva do possível, que é o argumento alegado como justificativa pelo Poder Executivo, para não efetivação do direito, que será melhor abordada adiante.

Ademais, há discussão também em torno do art. 6º da Constituição Federal, quanto a ser uma norma de natureza programática. Com isso, seu cumprimento, ou seja, a disponibilização dos direitos fundamentais sociais previstos na norma deveria ocorrer de forma progressiva a partir da disponibilidade de recursos financeiros para tanto.

Ainda neste sentido, argumenta-se, inclusive, que nas legislações internacionais, os direitos fundamentais sociais são definidos de forma que os Estados os realizem de forma progressiva. Neste sentido, o já mencionado art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina que se garanta à pessoa, o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Esta expressão, *de nível mais elevado*, não traz um conteúdo delimitado. Assim, poderia ser interpretada mais favoravelmente ao gestor público à medida que este nível seria aquele que fosse possível de ser prestado de acordo com os recursos disponíveis. Porém, isso pode ser prejudicial ao cidadão à medida que a efetivação do direito a todos aqueles que necessitam talvez não seja atingida em momento algum.

Não menos importante é a alegação de que a interferência por meio da judicialização na concretização de um direito social poderia gerar uma afronta ao princípio da separação dos poderes e, em consequência, o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Ora, o Brasil por força do art. 1º da Constituição Federal é um estado democrático. Em virtude disto, o art. 2º prevê que os poderes da União são: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, sendo os três independentes e harmônicos entre si.

Desta forma, caberá a cada um dos poderes, funções típicas, cujo exercício é necessário para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos afirma que: “[...] o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins”. (RAMOS, 2010, p. 112).

O princípio da separação dos poderes também se associa ao sistema de freios e contrapesos. Assim, para que o Estado funcione de forma regular e efetiva, cada poder deve exercer suas funções com exclusividade, sem que esta atuação interfira na atuação do outro, garantindo o equilíbrio previsto no Texto Constitucional.

Contudo, na prática, no dia-a-dia de um Estado, esta questão não se mostra tão simples. No caso do Brasil, como mencionado acima, em diversas situações, para efetivação de direitos é necessária a judicialização. A propositura de uma medida judicial, porém, pode ter como causa anterior a negativa de um direito.

Diante disto, se referido poder não realiza suas funções típicas da forma esperada, não há efetividade de direitos e, ato contínuo, não há efetividade constitucional.

Sobre a efetividade constitucional Konrad Hesse afirma:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser [...]. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.” (HESSE, 1991, p.15).”

Assim, a atuação do Poder Judiciário no sentido de determinar a concessão de um medicamento, ao mesmo tempo em que constitui uma medida de eficácia constitucional, poderá ser vista como afronta à separação de Poderes, pois, ao obrigar um poder a realizar uma de suas funções, estaria intervindo em sua atuação. Resta saber, porém, se esta atuação é indevida.

Em continuidade, a ofensa ao princípio da separação de poderes, por sua vez pode ter como consequência o ativismo judicial.

Importa esclarecer que o ativismo judicial se concretiza a partir de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário que ultrapassa as suas funções típicas, que vai além dos limites que são impostos para sua atuação no âmbito do sistema de freios e contrapesos.

José Renato Nalini pondera sobre o ativismo judicial:

O protagonismo do juiz brasileiro, consequência da trivialização da formação jurídica, da proliferação de carreiras jurídicas, do modelo de Constituição analítica, abrangente, dirigente e principiológica, tudo agravado pela situação de miséria da população, muita vez é chamado de *ativismo judicial*.

O ativismo é outro fenômeno de múltiplas faces. Chama-se a intromissão do juiz em seara alheia, seja ao atuar como *legislador negativo*, seja ao implementar políticas públicas perante as quais o Executivo se portou de maneira inerte. (NALINI, 2019, p. 35).

Dessarte, o exercício da atividade jurisdicional na questão do fornecimento de medicamentos poderia configurar ativismo judicial porque, na tomada de uma decisão, o magistrado estaria intervindo na distribuição de recursos daquele ente federativo demandado.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial o que se está a refletir é a ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. (RAMOS,2010, p.116).

No entanto, há que se ter cuidado na análise da decisão judicial proferida nas situações em que se busca a concretização de um direito social. Isso porque, a providência jurisdicional concedida que determina o fornecimento de um medicamento, por exemplo, não é necessariamente uma decisão ativista.

Sobre isso, Lênio Luis Streck afirma:

Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. (STRECK,2016, p. 724).

Com isso, em muitos casos, a judicialização dos direitos fundamentais sociais terá como resultante a efetivação do Texto Constitucional mediante a determinação de uma providência ao gestor público que ao final, constitua a concretização de um direito fundamental.

Em assim sendo, há uma linha tênue entre a judicialização e o ativismo judicial. Porém, quando se trata de uma disposição constitucional, cuja previsão não garanta a sua efetividade, não se pode considerar como ativista a decisão que busca implementar o que está no Texto Constitucional.

Elival da Silva Ramos afirma que:

Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. (RAMOS, 2010, p. 139).

Necessário ressaltar que a efetivação de um direito constitucionalmente previsto não pode ficar ao livre critério do administrador público. Afirmar que o direito à saúde é uma norma programática e de efetivação progressiva, pode ser um mecanismo a ser utilizado pelo gestor público como uma justificativa para o inadimplemento de um direito social fundamental.

Nesse tocante, uma decisão que busque garantir a concessão de um medicamento que esteja incluído na lista do SUS ou mesmo que não goze de registro por omissão da ANVISA, não parece ser ativista, mas resultante de uma intervenção judicial para garantir efetividade ao direito à saúde, em uma situação cuja omissão do Poder Executivo está descumprindo as disposições constitucionais.

Ora, há que se ponderar que em dadas situações, o cidadão se vê em uma situação aflitiva, por não encontrar meios de obter a prestação material de que necessita. A consequência seria, ao final, a inefetividade do Texto Constitucional.

Em assim sendo, Augusto César Monteiro Filho pontua que:

[...] inexistindo motivação suficiente para o não cumprimento do que foi concebido normativamente como referência legislativa mínima no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual – (PPA, LDO e LOA), não haveria falar em indevida interferência pelo Poder Judiciário – o assim chamado ativismo judicial -, quando do controle da omissão, seja legislativa ou executiva, ou mesmo falha de execução, a despeito do estatuído pelo art. 2º da Lei Maior. (MONTEIRO FILHO, 2019, p. 605).

Assim, a judicialização é a saída encontrada pelo cidadão que se vê desatendido na prestação de direitos como saúde e educação, que compõe o rol de direitos fundamentais sociais e são indispensáveis para a vida com dignidade, compondo o mínimo existencial.

Contudo, a decisão judicial que determine a implementação de um direito poderá ter como consequência, uma ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, poder-se-ia mencionar decisões que interfiram na política pública já concretizada, ou mesmo, que determinem prestações que fujam do parâmetro razoável, como por exemplo, da concessão de medicamentos sem registro e sem comprovação médica de eficácia, que, inclusive, podem colocar a vida da pessoa em risco, além de ocasionar o desequilíbrio do ente estatal.

Ademais, em virtude da insuficiência de recursos financeiros, uma decisão judicial que determine o fornecimento de medicamentos, poderá fazer com que o gestor público cumpra o julgado em favor de um cidadão em detrimento de tantos outros. Assim, a coletividade poderá ser prejudicada para que o direito de apenas um seja garantido. Há que se ponderar se, de fato, isso seria garantir efetividade ao Texto Constitucional.

Sobre isso Janaína Machad Sturza, Aline Michele Pedron Leves e Andressa Simmi Cavalheiro abordam importante aspecto em relação à judicialização da saúde:

Nesse sentido, destaca-se a existência de um grande desafio a ser enfrentado com relação aos excessos e os custos crescentes da judicialização para o sistema público de saúde, decorrentes de anseios populacionais em ter acesso às tecnologias novas ou inovadoras oferecidas pela indústria farmacêutica. Tecnologias tão caras que, eficazes ou não, têm sido acolhidas no país, em nome do princípio da universalidade da cobertura, da diretriz da integralidade do tratamento e da especificidade do mercado de saúde, que opera produtos de valores inestimáveis: a vida dos seres humanos e a qualidade de vida. (STURZA; LEVES E CAVALHEIRO, 2019, p. 579).

Os pontos negativos relativos à judicialização decorrem exatamente de situações como essas, que ao final, desequilibrem as políticas públicas em andamento e favoreçam apenas parcela pequena da população, pois na impossibilidade de os recursos serem suficientes para a

prestação de direitos fundamentais sociais de forma equânime, aqueles que litigam conseguem benefícios que os demais não terão acesso.

Portanto, como mencionado acima, judicialização não vai gerar necessariamente uma decisão ativista. O ativismo decorre de um avanço de barreiras que poderiam ser ultrapassadas pelo Poder Judiciário, em situações que os direitos sociais estivessem sendo cumpridos adequadamente. Quando isso não ocorre, a judicialização mostra-se como o único caminho viável.

Inclusive, em decorrência desta situação nasce ao ente público o dever de fazer uma escolha trágica. A difícil escolha entre o direito que deve ser garantido e qual será negado, assunto que será abordado adiante.

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL: DIFICULDADES PARA IMPLEMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A judicialização do direito social fundamental à saúde tem como óbice a questão da reserva do possível.

No âmbito do processo judicial, este é o argumento principal apresentado pelo ente público. Trata-se da limitação de recursos de que dispõe o ente público para a prestação de direitos especialmente de esfera social.

A reserva do possível define a limitação de recursos do ente estatal em relação ao implemento de direitos fundamentais sociais, o que impediria a interferência do Poder Judiciário na discricionariedade do administrador público no tocante à efetivação de políticas públicas para prestação destes direitos.

A teoria da reserva do possível tem sua origem na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional daquele país se deparou com estudantes pleiteando vagas em universidades públicas.

Fernando Borges Mânica afirma que:

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. (MÂNICA, 2015, p. 13).

Desta forma, o que se verifica é que o contexto social em que se desenvolveu referida teoria é muito diverso do que o que se constata no Brasil, pois, naquele momento se estava a

tratar de uma suposta obrigação que se buscava atribuir ao Estado, bem diversa da que decorre dos direitos fundamentais sociais previstos no Texto Constitucional brasileiro.

A expectativa daquele caso era da disponibilização de vagas de ensino superior em maior quantidade, enquanto aqui, o que se tem é a restrição de recursos para a prestação dos direitos fundamentais sociais básicos, necessários para a vida humana se desenvolver com dignidade.

Neste sentido, André Luiz dos Santos Nakamura:

A teoria da reserva do possível foi criada no Direito alemão. A Alemanha, entretanto, já conseguiu efetivar os direitos fundamentais sociais de forma satisfatória, universalizando o acesso aos serviços públicos mais básicos, tendo uma população com um elevado índice de desenvolvimento humano. [...] Os alemães já possuem o mínimo essencial em relação aos direitos fundamentais sociais, razão pela qual não podem exigir do Estado prestações supérfluas, o que não seria razoável. (NAKAMURA, 2016, p. 26).

Também neste sentido, sobre a reserva do possível, Fernando Facury Scaff menciona que:

É importante observar que esta expressão vem sendo bastante maltratada pela jurisprudência brasileira, que a hostiliza de maneira praticamente unânime, tudo indica que em virtude de sua má compreensão. Ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando a não cumprir as determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a “reserva do possível” uma tentativa de refúgio das ordens judiciais. (SCAFF, 2011, não paginado).

Desta maneira, o que se verifica é que no cenário brasileiro de judicialização de direitos fundamentais sociais, o conceito de reserva do possível embora comumente utilizado não condiz exatamente ao que a expressão em sua origem pretendia mencionar.

Além disso, embora a reserva do possível seja enxergada como um argumento de fuga do ente público em desfavor do cidadão, há que se dizer que se trata, no contexto brasileiro de uma situação real de insuficiência de recursos, que conduz ao implemento do direito judicializado em detrimento do inadimplemento do direito de tantos outros.

Diante disso, embora os direitos fundamentais sociais constantemente judicializados não sejam, de fato, prestações prescindíveis para a vida humana digna, o argumento da reserva do possível não poderá ser descartado.

Isso porque decorre de uma situação concreta: não há recursos estatais para efetivação dos direitos fundamentais sociais em favor de todos aqueles que necessitam.

Verifica-se, ao longo deste trabalho, que os direitos fundamentais sociais foram previstos no texto constitucional de forma expressa e vinculando o gestor público à sua efetivação a partir da Constituição de 1988.

Decorreram da adesão do Brasil a tratados, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como do Protocolo Facultativo de San Salvador. Entretanto, embora constantes de forma expressa na Constituição Federal, não houve ali, a previsão dos meios que seriam disponibilizados para efetivação dos direitos.

Ademais, no âmbito dos tratados internacionais, os direitos fundamentais sociais deveriam ser implementados de forma progressiva, em consonância com os recursos financeiros existentes para tanto.

Entretanto, o fato de terem sido previstos como de acesso universal, garantidos constitucionalmente, sem qualquer ressalva ou comprovação de necessidade, implicou na impossibilidade de serem concedidos tão somente àqueles que, de fato, não tivessem recursos financeiros.

Ademais, há que se ponderar que em decorrência da instabilidade financeira enfrentada pelo país, acresce o número de pessoas que necessitam recorrer aos serviços públicos de saúde e educação, por exemplo.

Assim, em não havendo recursos suficientes, a conta não fecha, pois, as receitas estatais não aumentam de forma a permitir que o gestor público consiga dispor de recursos para garantir a prestação de direitos fundamentais sociais em sua integralidade.

Diante disso, a efetivação do direito social ao mesmo tempo que está prevista na Constituição Federal, não encontra uma solução para sua concretização dentro dos ditames constitucionais.

Há que considerar também, como causa do problema, a má gestão dos recursos por parte dos administradores públicos.

André Ramos Tavares afirma que:

[...] Chama a atenção, nesse ponto, que o florescimento da teoria da reserva do possível, dos limites orçamentários e dos altos custos do Estado social tenham sido o principal alvo teórico e prático dos estudiosos e operadores do direito.

É que outras dimensões importantes na realizabilidade dos direitos fundamentais sociais ainda não foram adequadamente equacionadas. Assim, v.g. o tema da corrupção e desvio de verbas públicas, que assola o Estado brasileiro. (TAVARES, 2019, não paginado).

Deste modo, o que se verifica é que a indisponibilidade de recursos financeiros, embora verdadeira, pode decorrer de atos de corrupção praticados pelos gestores públicos há

muitos anos, o que certamente é por si, uma violação aos direitos do cidadão. Violação esta, que é ainda maior quando em decorrência deste desvio de verbas, não se presta às pessoas, os direitos necessários para a vida digna.

Assim, há um grande desafio a se concretizar que é: a garantia de cumprimento das disposições constitucionais no tocante especialmente aos direitos fundamentais sociais diante da finitude dos recursos orçamentários.

Desta forma, o que se tem é que no tocante à prestação dos direitos fundamentais sociais existem diversos elementos que devem ser pautados em relação àqueles indivíduos que não encontram nas políticas públicas em vigor, a prestação a que necessitam.

Trata-se da ponderação que deve ocorrer, a fim de se verificar se, aquilo que se pretende do Estado encontra-se dentro do razoável e se não haverá um prejuízo grande à coletividade que possa inviabilizar a efetivação do direito em favor daqueles que necessitam.

Fernando Borges Mânica afirma que:

[...] o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza da providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada. (MÂNICA, 2015, p. 18).

Destarte, o que se percebe é que a reserva do possível ao mesmo tempo que é um argumento válido, também não poderá servir como barreira que impeça, de plano, a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos.

Diante disso, quando se fala em direitos fundamentais sociais há que serem consideradas todas as questões que permeiam o caso concreto, especialmente a impossibilidade deste direito ser obtido por meio das políticas públicas em exercício, se há essencialidade deste direito para a vida da pessoa e também, o impacto que esta prestação ocasionará perante o órgão prestador.

Sobre as políticas públicas, Augusto César Monteiro Filho afirma que:

Extrai-se, nessa quadra, que as políticas públicas contribuem sobremodo para o controle prévio da discricionariedade administrativa, já que exigem a explicitação dos pressupostos materiais que orientam a tomada de decisão que, por seu turno, ensejará a atuação concreta no seio social, influenciando, assim, as vidas dos cidadãos, seus destinatários últimos. (MONTEIRO FILHO, 2019, p. 600).

Dessarte, o que se tem é que, se existem políticas públicas sendo realizadas não se pode ignorar sua existência sob pena de se ferir o Estado Democrático de Direito, diante da interferência indevida do Poder Judiciário nas funções do Poder Executivo.

Entretanto, quando estas políticas não se mostram suficientes ou se de fato, inexistente política pública para prestação de determinado direito social, não há como se afastar a ingerência judicial na situação concreta.

Outro desafio é cumprir o direito em favor de um cidadão sem violar o princípio da igualdade presente na Constituição Federal, o que será melhor explorado a seguir.

3.3 DIREITO À IGUALDADE, *TRAGIC CHOICES* E A OFENSA À EQUIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Quando se fala em implementação de direitos fundamentais sociais a partir da judicialização, surgem conceitos como reserva do possível e *tragic choices* (escolhas trágicas).

Referidos conceitos se interligam, tendo em vista que em virtude da limitação de recursos, para a concretização de direitos fundamentais sociais será necessária uma opção para a disponibilização de verba, a partir do que poderá suceder a escolha trágica.

A Constituição de 1988 marcou o momento de Redemocratização vivenciado pelo Brasil. Diante disto, grandes consequências advieram como: a busca pela efetividade das disposições constitucionais e pela implementação de direitos. Tal fato decorre também de um conhecimento maior do cidadão a respeito dos seus direitos e dos meios a serem utilizados para a concretização.

O processo de Redemocratização trouxe também a implementação das Defensorias Públicas, por exemplo, no âmbito dos Estados. A Defensoria Pública, tem uma nobre função de prestação de assistência judiciária, incluindo aí, a função educativa.

Assim, com o trabalho desenvolvido pelas Defensorias Públicas, o processo de educação em direitos ganhou destaque, passando a população a ter acesso às informações necessárias para retirar-lhe do estado de inércia e buscar o cumprimento do Texto Constitucional.

É cediço também que o Brasil enfrentou, bem como enfrenta até hoje, dificuldades financeiras, especialmente que atingem grande parte da população que justamente se apresenta mais vulnerável e dependente do Poder Público para a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, Fernando Facury Scaff afirma que:

Aqui é que os problemas se agigantam, pois em tese no rol de beneficiários estão todos os que habitam nosso país, em face dos objetivos fundamentais de nossa República constantes do art. 3º da Constituição, quais sejam “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos [...]”.
 Porém isso não quer dizer que se deva dar tratamento igual a todos. A base deste preceito é de dar tratamento desigual a quem estiver em situação desigual, na medida de suas desigualdades, e visando sua redução. (SCAFF, 2011, não paginado).

Assim, por se tratar de um direito social garantido universalmente pela Constituição Federal é que a questão ganha contornos ainda mais sérios, tendo em vista a ausência de recursos orçamentários para a prestação dos direitos a todos que dele necessitam.

Diante disto, o cenário que se tem é de dificuldade na entrega dos direitos fundamentais sociais indispensáveis para a vida digna. Surge então, como forte argumento de defesa do ente público, a reserva do possível, acima abordada.

Segundo esta ressalva, um direito não é implementado não por falta de vontade ou incompetência dos gestores públicos, mas sim, pela falta de recursos para garantir os direitos fundamentais sociais a todos que dele podem necessitar.

Ademais, há que se considerar que a reserva do possível é, de fato, um argumento válido como justificativa para a não prestação de um direito. Afirmar, porém, que este argumento existe, não significa dizer que ele é justo.

Até mesmo porque, quando se fala em efetividade de um direito, o que se busca é que de fato, este direito saia do papel para ser entregue ao cidadão que dele necessita.

Para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, a implementação de políticas públicas é necessária. Neste sentido, Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata mencionam que:

O direito à saúde é um direito social, de acordo com a Constituição Federal, a concretização de tais direitos depende da elaboração e implementação das políticas públicas de saúde. Elas objetivam melhorar as condições de vida da população e realizar a equalização de situações desiguais. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1842).

Destarte, há que se dizer que, diante da escassez de recursos, diariamente ocorrem casos de descumprimento de direitos fundamentais sociais em favor das pessoas, sendo tais dados de conhecimento notório na sociedade.

Fernando Facury Scaff afirma:

De nada adiante falarmos de direitos, em especial dos direitos fundamentais sociais, se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para sua realização. A singela proclamação de direitos custosos serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação (SCAFF, 2012, p. 573)

Para a prestação do direito, em consonância com a Constituição Federal, devem, portanto, serem implementadas políticas públicas. Políticas estas, que devem considerar de forma geral e ampla as necessidades da população. A questão é que, por estas políticas não se mostrarem efetivas, os cidadãos buscam judicialmente a tomada de medidas em seu favor, dentre elas, o fornecimento de medicamentos específicos.

Afinal, como se vê, embora o Texto Constitucional tenha sido expresso na previsão de direitos fundamentais sociais, não trouxe o meio pelo qual seriam eles implementados, sendo que para alguns doutrinadores, as normas que trazem tais direitos, seriam programáticas. Em assim sendo, o Estado poderia cumpri-los progressivamente, de acordo com os recursos que dispusesse para tanto.

Destaca-se ainda que a estruturação do Estado Democrático de Direito atribui aos Poderes Executivo e Legislativo, a representatividade democrática para que conduzam o Estado de forma a garantir efetividade à Constituição Federal. Ao Poder Judiciário, caberia a intervenção em situações de ameaça ou de comprovada lesão a direitos.

Nesta linha de raciocínio. Augusto César Monteiro Filho afirma que:

Em reforço argumentativo, importa não olvidar, ainda, o sistema de representatividade democrática inserto em nosso texto constitucional, do qual se extrai, com clareza, a legitimidade atribuída aos representantes eleitos para a formulação e execução das políticas públicas, em suas respectivas searas legislativa e executiva, e de cuja concretude sobressai a definição das reais prioridades alocativas do Estado. (MONTEIRO FILHO, 2019, p. 606).

Destarte, ainda que num primeiro momento se considere legítima a atuação do Poder Judiciário em busca da prestação do direito à saúde, em busca do fornecimento de um medicamento ou outra providência nesta esfera, não se pode perder de vista que existem políticas públicas criadas pelo Poder Legislativo por meio de legislação infraconstitucional, que está sendo executada pelo Poder Executivo.

Diante deste cenário, nem toda situação pode ser considerada uma ofensa à prestação do direito à saúde que justifique a intervenção judicial, sob pena de se ferir o Estado Democrático de Direito mediante a intervenção indevida de um poder nas funções típicas do outro.

Há que mencionar que no Brasil, a assistência à saúde é prestada por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata afirmam que:

Assim, com base nas doutrinas e diretrizes e em suas políticas públicas relacionadas com a assistência farmacêutica, o SUS, em seus vinte anos de existência, vem se organizando para fornecer medicamentos essenciais à população. A padronização e descentralização da compra tornam mais ágeis e racionais a aquisição e dispensação dos medicamentos à população. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1840).

Conforme acima mencionado pelas autoras, há toda uma organização que pauta o trabalho do Sistema Único de Saúde, inclusive, estabelecendo por meio de análises técnicas quais medicamentos devem ser disponibilizados pelo SUS.

Tal estruturação é necessária, tendo em vista que o Sistema não goza de recursos infinitos e, portanto, não teria condições materiais de dispor de todos os medicamentos que fossem necessários para todo e qualquer indivíduo que dele necessitasse no âmbito do território brasileiro.

Ocorre, porém, que em razão do direito à saúde ser garantido de forma universal na Constituição brasileira, assim, como os demais direitos fundamentais sociais, a partir de 1988, a busca por sua implementação passou a ser pleiteada judicialmente.

Assim, conforme já mencionado acima, a saúde assim como a educação, foram os direitos fundamentais sociais que passaram a ser objeto de demandas perante o Poder Judiciário, com um aumento crescente.

A judicialização, porém, terá como consequência, a imposição ao administrador ou gestor público de uma escolha trágica, ou segundo a doutrina norte-americana: *tragic choices*.

Neste momento, cabe, ser feita uma breve digressão para abordagem de sua origem. Decorre de um conceito trazido por Guido Calabresi e Philip Bobbitt, no livro “Tragic Choices”, publicado em 1978.

Ainda nesta toada de definição conceitual, o Min. Celso de Mello assim fala sobre as escolhas trágicas:

[...]nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro. (Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 745.745/MG, j. 02.12.2014).

As escolhas trágicas, especialmente na área do direito social à saúde, ocorrem exatamente quando o gestor público se vê compelido a cumprir uma decisão judicial que

demandará recursos financeiros. Por sua vez, estes recursos serão retirados de um orçamento já restrito.

Há que se mencionar as afirmações de Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata sobre a judicialização da saúde no âmbito do Estado de São Paulo:

As ações judiciais para a obtenção de medicamentos não se relacionam diretamente aos princípios da universalidade e ao princípio da integralidade uma vez que não decorrem nem de restrições e nem de exclusões estabelecidas pelo SUS. O acesso ao tratamento está garantido seja qual for o tipo e a complexidade do problema apresentado. Entretanto, a maioria das ações ajuizadas contra a SES-SP demanda exclusivamente o acesso a produtos não previstos nos protocolos e programas executados pelo SUS. Desse modo, o acolhimento dessas demandas, no mais das vezes, significa o estabelecimento de privilégios para aqueles indivíduos com poder aquisitivo para contratar um advogado e acionar o Estado. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1840).

Assim, a judicialização gera uma escolha trágica e mais do que isso, o indivíduo beneficiado pela decisão judicial terá em seu favor, o deslocamento de recursos financeiros que vão desequilibrar todo o sistema de saúde, visto que para atendimento do pleito judicial, há que se utilizar do aporte financeiro que seria utilizado pelo SUS.

Ademais, a decisão proferida por um juiz no caso concreto, por exemplo, não o aproxima do problema concreto. Apenas faz com que ele, por meio de sua autoridade reconhecida pelo Estado, dê uma decisão determinando a providência que deve ser cumprida em favor de uma pessoa.

Dessarte, quando se fala em saúde, a escolha trágica fica evidente. A determinação judicial para internação de uma pessoa terá como consequência, por exemplo, a retirada de outra de um leito, pois, certamente, se houvessem leitos sobrando, não seria necessária socorrer-se do Poder Judiciário para a busca do direito.

Neste mesmo diapasão, a concessão judicial de medicamento não incluído na lista do SUS afetarà todo o sistema, pois, o Poder Judiciário estará interferindo na política pública estruturada, o que, ao final, ocasionará uma consequente ofensa ao direito à igualdade.

Quanto a esta ofensa, há que se esclarecer que embora a conquista do direito à igualdade deva decorrer do tratamento isonômico dado aos cidadãos, o fato de uma pessoa ter uma decisão judicial em seu favor, lhe concede o acesso à saúde. Porém, afastará inúmeros outros cidadãos que sequer têm conhecimento ou mesmo possibilidade de acesso à Justiça para obter medicamentos necessários para a recuperação ou tratamento de um problema de saúde.

Ademais, para garantir a efetividade de uma decisão judicial que determine a concessão de um medicamento, especialmente quando se fala naqueles de alto custo, certamente serão utilizados para tanto, recursos financeiros que seriam destinados para aquisição de medicamentos e insumos para o serviço público.

Por outro lado, há que se dizer que a judicialização tem como causa a deficiência estatal para a prestação do direito à saúde, pois, se houvesse um oferecimento adequado, não haveria espaço para a propositura de demandas com o objetivo de efetivação do referido direito.

Neste sentido, Silvia Baldim Marques afirma que:

[...] O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado.(MARQUES, 2008, p.66).

Diante disso, é que em razão dos direitos fundamentais sociais serem de natureza prestacional, há espaço para que se busque a efetivação, tendo em vista que o próprio Texto Constitucional permite o acesso à Justiça em situações de lesão ou ameaça de lesão a direitos. Há que se ponderar, porém, se a prestação dos direitos fundamentais sociais é ilimitada.

Segundo Fernando Facury Scaff: “[...] portanto, a reserva do possível está, de certo modo, casada com a necessária característica de serem os direitos fundamentais sociais direitos a prestações”. (SCAFF, 2012, p. 575).

Assim, são ainda mais delicadas questões como a concessão de um medicamento de alto custo que importe num expressivo gasto a ser realizado pelo Poder Público.

Ademais, no âmbito de entes federativos que detêm receitas menos expressivas, como um município, se uma decisão proferida pelo Poder Judiciário determina que o gestor arque com o pagamento de um medicamento de alto custo ou mesmo com os custos de um tratamento, certamente o impacto financeiro não será pequeno.

Ora, o orçamento de um município, em grande parte, já estará comprometido com despesas previstas anualmente. Algo que saía desta previsão gerará um impacto de grandes proporções. Desta forma, é possível que naquele município, os outros indivíduos sejam impactados diretamente em virtude de uma decisão judicial que determine o cumprimento do direito de um cidadão.

Neste sentido, pontuam Cândice Lisbôa Alves e Christiane Costa Assis:

É exatamente em decorrência da necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado e da suposta falta de recursos por parte dele que surge uma teoria que almeja diminuir a responsabilidade do Estado pelo adimplemento/efetividade dos direitos fundamentais de forma geral e dos direitos fundamentais sociais de forma específica. (...). Grosso modo o embate entre a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível como limites à fruição dos direitos fundamentais sociais significa que o Estado não quer “pagar a conta” pelas atividades às quais está vinculado pela Carta Constitucional. (ALVES; ASSIS, 2013, p. 05).

A situação é bastante complexa porque decorre de uma omissão estatal em razão da ausência de recursos.

Destarte, há que se ponderar se a prestação dos direitos fundamentais sociais deve ser pautada por limites, que seriam necessários para de fato, garantir a igualdade dos cidadãos. Afinal, como dito, o princípio da igualdade, apenas poderá ser alcançado a partir da isonomia.

Diante disso, necessário mensurar se a vida daquele que necessita do medicamento não incluído na lista do SUS, valeria mais do que a de outros tantos que precisam de um medicamento simples, porém que não será distribuído nos postos de saúde porque faltam recursos para tanto.

Da mesma forma, se há uma interferência do Poder Judiciário, determinando a efetivação de direito em favor de um certamente outro será prejudicado. Gestores da área de saúde enfrentam diversos dilemas ao se depararem com decisões judiciais que determinem uma providência, quando não há recursos para isso.

É neste cenário que a judicialização, ainda que não tenha esta intenção, poderá ocasionar graves ofensas ao princípio da igualdade, contribuindo ainda mais para o crescimento das injustiças sociais já existentes no país.

Surge então a necessidade de ser ponderada a consequência de uma decisão judicial para toda a sociedade.

Assim, há que se considerar que os magistrados devem ponderar as consequências de suas decisões. Se enxergadas individualmente, de fato, podem levar à implementação do direito. Porém, quando se fala num âmbito social, a mesma decisão pode ser fruto de um desequilíbrio no orçamento público daquele ente federativo.

Neste sentido, José Renato Nalini afirma:

Pode-se, portanto, encarar o consequencialismo sob a ótica do juiz provedor do mínimo existencial, que satisfaz o demandante ao provê-lo de um direito fundamental e obriga o Estado a atender ao pleito legítimo. Todavia, pode também ser examinado à luz das carências impostas por uma situação em que as demandas são infinitas e o orçamento uma peça fictícia, com previsões que não se realizam e que forcem o gestor a fazer *escolhas trágicas*. Embora se trabalhe com o conceito de *lei orçamentária*, uma coisa é a previsão que se faz antecipadamente, outra as contingências derivadas de vicissitudes econômicas nem sempre ou quase nunca

previsíveis e outra, ainda, o que é disponível no caixa do Erário, após seguidos contingenciamentos. (NALINI, 2019, p. 31).

Ora, a judicialização certamente poderá apresentar um grande desequilíbrio que não pode ser tolerado em um Estado Democrático, pois, aquele que tem mais recursos, conhecedor de seus direitos, terá preferência em detrimento de outro que não esteja no mesmo degrau de conhecimento ou que não disponha dos mesmos mecanismos para garantia de seu direito.

Assim, Fernando Facury Scaff:

[...]o uso individual das ações judiciais não implementa o direito à saúde previsto no art. 196 como um direito social, sendo desta forma desfocado seu objeto, necessariamente *pro societatis*, em *pro indivíduo*". (SCAFF, 2012, p. 578).

Por outro lado, obstar que as questões referentes à implementação de direitos fundamentais, como a saúde, sejam judicializadas, esbarra no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que prevê o acesso ao Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça a direito.

Diante disso, o que se conclui é que a judicialização dos direitos fundamentais sociais fundamentais poderá gerar um desequilíbrio capaz de ofender o princípio da igualdade, que compõe o Estado Democrático de Direito.

Neste tocante, há que se estabelecerem limites para a prestação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário, especialmente na área da saúde, com o objetivo de evitar a imposição de escolhas trágicas e mais ainda, ofensa ao princípio da igualdade, cuja observância é necessária para o Estado Democrático de Direito.

No cenário já formado na sociedade brasileira, a judicialização poderá ter consequências sociais graves, aumentando ainda mais as desigualdades sociais e a negativa de direitos em relação aos cidadãos que mais necessitam do Estado.

Assim, para evitar ofensa ao princípio da igualdade e em consequência, ao Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a viabilização de alternativas para efetivação do direito à saúde que não dependam da judicialização e que caso a demanda judicial seja indispensável, que seja utilizada por meio de critérios previamente delimitados e que a decisão judicial considere todas as consequências que dela decorrerão.

3.4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO ÚLTIMA MEDIDA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme se verificou até aqui, o direito à saúde tem sido objeto de diversos processos judiciais.

Embora se trate de um direito constitucionalmente garantido, sua efetivação depende de fatores como a disponibilidade de recursos financeiros. Em razão disso, tem aumentado consideravelmente o número de ações judiciais cujo pedido seja alguma medida relacionada ao direito à saúde.

Flávia Piovesan afirma que:

Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área. É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio de *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo. (PIOVESAN, 2015, p. 67).

Para a mencionada autora, a judicialização pode ser um caminho positivo, à medida que exige do Poder Legislativo a implementação de legislação para a resolução da questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais, como o acesso a medicamentos.

Entretanto, é certo que referidas medidas legislativas dependem de um processo, que ocorre de forma célere. Enquanto isso, a judicialização só aumenta e a indagação é: como lidar com as inúmeras demandas que pleiteiam o direito à saúde?

A questão maior que envolve a judicialização é que o cumprimento de uma medida judicial tem consequências sérias, pois, demanda recursos que serão transferidos de políticas públicas, além de gerar desigualdades entre o sujeito litigante e os demais cidadãos que necessitam do Estado para obtenção de medidas indispensáveis para seu direito à saúde ser efetivado.

Quando se obtém um medicamento por via judicial, há que se considerar que, na maioria dos casos, o magistrado apenas analisou os argumentos constantes no processo, não ponderando de forma ampla qual o impacto daquela decisão no sistema de saúde.

Neste sentido, Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata afirmam que:

Essas ações têm consequências orçamentárias importantes, uma vez que os recursos são finitos e sua administração deve ser planejada e balizada pelas políticas de saúde.

[...]

Ao se fornecerem medicamentos por ordem judicial, não está sendo avaliado se aquele tratamento realmente é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o indivíduo realmente necessita do medicamento pleiteado e este não pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS, se o paciente tem condições financeiras de pagar o tratamento ou, até mesmo, o advogado e, ainda, se não estão sendo infringidos alguma lei ou algum princípio fundamental do sistema de saúde. Apenas se cumpre a ordem determinada pelo juiz. (CHIEFFI, BARATA, 2009, p. 1.842 e 1.843).

Outra questão que deve ser destacada é que os litígios na área de direitos fundamentais sociais envolvem direitos individuais e concentram-se, portanto, no atendimento da demanda individual, o que como já abordado gera consequências que afetam como um toda a política pública.

Sobre a judicialização da saúde Alessandra Gotti afirma:

Os casos de judicialização da política pública de saúde possuem uma peculiaridade: eles têm um caráter policêntrico ou plurilateral, porque o objeto que medeia as relações dos sujeitos é indivisível ou está indiviso, de modo que afeta cada um diante de todos e todos diante de cada um. (GOTTI, 2017, p. 176).

Assim, ainda que a judicialização não seja o melhor dos caminhos, inclusive em relação ao desequilíbrio que ocasiona na concretização da política pública, há que se dizer que não há como se afastar em definitivo ou inviabilizar o acesso à Justiça nas situações de negativa de prestação do direito social.

Neste sentido, asseveram Carlos Eduardo Artiaga Paula e Cléria Maria Lôbo Bittar:

O que se deve fazer é gerir a judicialização. Assim como o gestor precisa lidar com diversos fatores adversos, como as diversas e distintas demandas populacionais, os interesses políticos e a escassez de recursos, também deve administrar a interferência judicial (PAULA; BITTAR, 2017, p. 36).

Destarte, há que se ressaltar que, sendo a judicialização uma possibilidade a ser adotada para a efetivação de um direito, necessário que seja efetivada mediante o mínimo prejuízo à coletividade.

Em razão disso, de forma a trazer algum equilíbrio sobre a questão, há que se mencionar a possibilidade de judicialização coletiva que poderá buscar ponderação e evitar grandes desproporções na concessão do direito social pretendido. A judicialização por meio de demandas coletivas pode ser definida como uma estratégia de litigância distributiva.

Flávia Piovesan menciona que:

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justicialidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

Há que se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este Poder em um *locus* de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos fundamentais sociais e econômicos como direitos humanos nacional e internacionalmente garantidos. (PIOVESAN, 2015, p. 67).

Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata afirmam que:

O processo judicial é um espaço limitado e inadequado para considerar decisões a respeito dos direitos fundamentais sociais, pois elas não são complexas e abordam questões coletivas e não individuais como a maioria das demandas judiciais. Além do mais, o processo força o deslocamento de recursos públicos das políticas de saúde para o atendimento das demandas individualizadas. Assim, busca-se uma solução individualizada de uma questão coletiva. (CHIEFFI, BARATA, 2009, p. 1.847).

Daí a importância de se analisar se a judicialização for realmente necessária, deverá ser utilizada como o último mecanismo apto a ser utilizado.

Ademais, se necessária a judicialização, como mencionado anteriormente, há que serem utilizados meios estratégicos para desenvolvimento do litígio, inclusive, utilizando-se das ferramentas que permitem o processo coletivo que terá condições de levar ao Poder Judiciário, a pretensão de grupos determinados que viabilizem o implemento do direito à concessão de medicamentos de forma coletiva.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que:

É bem verdade que, em muitos casos, a judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais. Especialmente nas hipóteses em que um remédio encontra-se na lista de aprovados pela ANVISA, mas não há na listagem do SUS, a cultura das pretensões coletivas seria um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições (MENDES, 2018, não paginado).

A judicialização estratégica teria como objetivo a concretização de um direito a que se nega cumprimento, porém, pautando-se na coletividade e na necessidade que decorreria de pessoas na mesma situação e não analisando apenas o caso individual, o que, como já visto, gera consequências sérias ao orçamento público.

3.4.1 O papel do Conselho Nacional de Justiça para efetivação do direito à saúde por meio da judicialização

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem exercido função de grande importância para apoio aos magistrados na questão da judicialização do direito à saúde.

Com este intuito, o CNJ instituiu como um de seus programas, o Fórum da Saúde. Referido programa resultou da Audiência Pública n. 04 realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e já acima detalhada. Da referida audiência resultou a aprovação da Recomendação n. 31 (Anexo A).

Segundo Patricia Ulson Pizarro Werner, o fundamento da Recomendação:

[...] foi a constatação do grande número de demandas judiciais e do representativo dispêndio de recursos públicos decorrentes desses processos judiciais, em contraponto à relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira (WERNER, 2017, p. 243).

O documento (Recomendação n. 31) recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais que celebrassem convênios para permitir amparo técnico de profissionais da área da saúde (médicos e farmacêuticos) cujo objetivo seria auxiliar os juízes na formação de sua convicção.

Trata-se de importante medida já que, o que se vê é que antes de 2010, as decisões judiciais amparavam-se nas normas judiciais, o que resultou em desequilíbrios para o sistema de saúde como um todo.

Dentre outras medidas relevantes para este trabalho, a Recomendação também prescreve que os magistrados devem evitar fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, exceto as situações previstas em lei.

Há que se fazer menção, contudo, que esta Recomendação acabou não barrando a concessão da substância fosfoetanolamina, como abordado em tópico específico no Capítulo II.

Outra medida que deve ser mencionada foi a recomendação constante no item “d” para que os magistrados fizessem visitas aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde e às unidades públicas ou conveniadas ao SUS; dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON.

Esta recomendação se mostra de grande relevância, pois, permite ao magistrado aproximar-se do sistema de saúde e compreender seu funcionamento, o que certamente lhe fornece subsídios mais seguros para análise das demandas de concessão de medicamentos.

Ademais, além da Recomendação n. 31, a partir da Audiência Pública n. 04, o Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu Plenário também aprovou a Portaria n. 107 a partir da qual fora instituído o então denominado: Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

Segundo informação constante no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum da Saúde tem como objetivo “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da Saúde Pública e Suplementar.”²⁴

Dentre suas atribuições estão: o monitoramento das ações judiciais que envolvam a prestação do direito à saúde e daquelas que envolvam o Sistema Único de Saúde; a propositura de medidas concretas e normativas cujo objetivo seja melhorar as rotinas processuais; a propositura de medidas que tenham por objetivo a prevenção de conflitos judiciais e o estudo de medidas que possam efetivar o objetivo do Fórum Nacional.

Do trabalho do Fórum Nacional já resultaram três Jornadas da Saúde, tendo a última delas sido realizada nos dias 18 e 19 de março de 2019. Esta última jornada resultou na aprovação de trinta e cinco novos enunciados.

O implemento do Fórum e a realização das Jornadas decorrem da necessidade de diálogo de todos aqueles que atuam e tem conhecimento sobre a saúde e sobre o Sistema Único.

Atualmente existem 103 (cento e três enunciados), conforme Anexo B e que tem relevância para a melhoria na prestação do direito à saúde e para condução do processo de judicialização de forma mais equilibrada mediante a oitiva de todos os sujeitos envolvidos.

Os enunciados se destinam a orientar as decisões judiciais e contribuem para que as decisões proferidas sejam uníssonas, o que reduz as possibilidades de os julgados serem propagadores de injustiças sociais e ofendam a equidade que deve permear a prestação da saúde.

Patricia Ulson Pizarro Werner afirma que:

²⁴Informação disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/>. Acesso realizado em 21 jan 2020.

O CNJ fixou-se como um importante ator de articulação de políticas públicas ao criar e conduzir o Fórum da Saúde e sua Jornada, com a coragem de olhar de forma crítica para a própria atuação do Poder Judiciário, seus méritos e problemas, exigindo um comportamento mais responsável e comprometido com a estrutura das políticas públicas oficiais de saúde, assim como colocou-se de forma aberta para ajudar a promover o diálogo interinstitucional e interdisciplinar, ao reconhecer as limitações técnicas e de competência da Justiça para lidar com a complexidade do problema de forma isolada. (WERNER, 2017, p. 261).

Sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça na questão da judicialização do direito social à saúde, há que se mencionar também a criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), cujo objetivo é a contribuição de profissionais de saúde com os magistrados para melhor embasamento na tomada de decisões que envolvam a saúde.

Em novembro de 2017, o Ministério Público, por meio do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em atuação conjunta com a Defensoria Pública implementou o projeto E-NATJUS²⁵. Trata-se de uma plataforma digital que fornece elementos para os magistrados em relação à evidência científica dos medicamentos pretendidos.

Este projeto é de grande valia, especialmente para que o magistrado não tenha que tomar uma decisão com fundamento apenas na legislação e em seus elementos de convicção, mas amparado em elementos técnicos que farão a diferença para a análise da questão.

O apoio técnico torna-se indispensável, inclusive para que o Poder Judiciário também não venha a ser utilizado como ferramenta para empresas farmacêuticas enriquecerem às despesas do ente estatal, como já abordado no Capítulo II.

Ademais, também como já mencionado, evita decisões que possam ocasionar desequilíbrios drásticos nas políticas públicas em ação e que ao final acabem por gerar ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

Assim, o E-NATJUS, bem como outras iniciativas implementadas no âmbito dos Estados, fornecem importantes mecanismos para que o Poder Judiciário obtenha informações técnicas imparciais.

Destaca-se também neste sentido, a implementação pelos Tribunais de Justiça dos Estados das Câmaras de Conciliação nas demandas que busquem o fornecimento de medicamentos.

Estas Câmaras têm sido promovidas por meio das Secretarias de Saúde dos Estados juntamente com os Estados e Municípios representados por suas Procuradorias Judiciais, bem como em conjunto com a Defensoria Pública.

Maria Paula Dallari Bucci menciona que:

²⁵ESTADÃO. **Justiça e Direito à saúde** – a atuação do Conselho Nacional de Justiça. Publicada: 07.10.2019

Essa outra resposta vem sendo experimentada, com sucesso, em alguns locais do Brasil, com base num trabalho pré-processual de organização da atividade administrativa, com gestão adequada da informação e, quando é o caso, a construção de soluções negociadas para os casos concretos. (BUCCI, 2017, p. 76).

Este expediente pré-processual tem a relevância de tentar buscar uma solução para o problema do indivíduo com o apoio de todos os sujeitos envolvidos, o que, sem dúvida, é positivo numa ótica de desjudicialização e num momento em que se buscam cada vez mais a pacificação dos conflitos sociais por meio dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Trata-se de uma solução positiva ao passo que não deixa de lado o interesse do indivíduo, tampouco deixa de ponderar as limitações do Poder Executivo no tocante aos recursos necessários para a prestação do direito.

O apoio técnico e as Câmaras de Conciliação poderão ser mecanismos de extrema importância para a redução da judicialização no fornecimento de medicamentos ou ao menos, para a tomada de decisões melhor embasadas e que, de fato, sejam aptas a garantir a efetividade do direito à saúde do indivíduo sem onerar excessivamente o Estado.

3.5 O CAMINHO PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO

Conforme exposto, a judicialização para implemento dos direitos fundamentais sociais, especialmente em relação à saúde, foco neste trabalho, tem encontrado algumas barreiras, especialmente em virtude da escassez de recursos orçamentários para sua prestação.

Diante disso, há que se dizer que cada vez mais se torna necessário a busca por medidas de desjudicialização.

Um destes caminhos seria a adoção de práticas de boa governança, de forma que houvesse um controle maior da população no tocante à definição das prioridades orçamentárias e da distribuição de recursos para implemento de direitos fundamentais sociais.

No Brasil, ainda pouco se fala sobre o assunto. Na Europa, porém, desde meados do ano 2000, foram estabelecidos princípios de boa governança, com o objetivo de permitir a participação da sociedade sobre as decisões dos estados componentes do bloco político e econômico.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia preceitua no art. 41 que todas as pessoas têm direito a uma boa administração, consoante descrito: “1. Todas as pessoas têm

direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.”

Ainda em âmbito normativo, a Recomendação CM/REC do Comitê de Ministros dos Estados Membros trata da boa administração e a questão encontra guarida no art. 3º do Convênio Europeu de Direitos Humanos aborda também a boa administração da justiça, prescrevendo o seguinte:

Artigo 3

O Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa e a Alta Parte Contratante a quem depende o órgão jurisdicional responsável pela execução do pedido terá o direito de apresentar observações por escrito e de participar nas audiências. O Presidente do Tribunal pode também, no interesse de uma boa administração da justiça, convidar qualquer outra Alta Parte Contratante ou pessoa a apresentar observações escritas e participar nas audiências (tradução nossa).²⁶

Com base nos princípios trazidos pela boa governança, os gestores públicos devem atuar com diligência, em observância com a lei e em busca do benefício comum. Assim, a boa governança será concreta quando se alcançarem os objetivos pretendidos pelo Estado.

Em sentido contrário, os problemas do Estado, relacionados à corrupção e má utilização dos recursos públicos, inviabilizam a prestação de direitos fundamentais sociais a que a sociedade necessita.

José Ignacio Hernández G. analisa que:

Isso quer decidir que as falhas na capacidade do Estado podem impedir a satisfação dos direitos fundamentais sociais, com os quais as necessidades essenciais não podem ser satisfeitas pelos mecanismos institucionais implementados pelo Estado. Eventualmente, a sociedade pode ser organizada por meio de acordos sociais, nos quais essas necessidades são atendidas, mas apelam para mecanismos informais de governança relacionados a práticas de corrupção e outras atividades ilegais. Nesses casos, a autoridade central do Estado entrou em colapso a tal ponto que a atividade formal da Administração Pública é substituída por mecanismos informais e possivelmente ilegais. (HERNÁNDEZ G., 2019, p. 724, tradução nossa).²⁷

²⁶ “ARTÍCULO 3

El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias”

²⁷ “Ello quiere decidir que las fallas en la capacidad del Estado pueden impedir la satisfacción de los derechos sociales, con lo cual, las necesidades esenciales no podrán ser satisfechas por los mecanismos institucionales implementados por el Estado. Eventualmente la sociedad podrá organizarse a través de acuerdos sociales, por los cuales esas necesidades son satisfechas pero apelando a mecanismos informales de gobernanza relacionados incluso con prácticas de corrupción y otras actividades ilícitas. En talves casos, la autoridad central del Estado há colapsado a tal punto que la actividad formal de la Administración Pública es substituída por mecanismos informales y eventualmente ilícitos.”

Destarte, poder-se-ia evitar a adoção de práticas irregulares, caso fosse incentivada a participação popular por meio de mecanismos legais e de controle da destinação das verbas públicas.

É possível ir além: um gestor público atuará consoante os princípios da boa governança, quando forem alcançados os objetivos do Texto Constitucional. Seria possível dizer então que, efetivados os direitos previstos na Constituição Federal, por meio da atuação do Poder Executivo, ter-se-ia alcançado a boa governança.

Assim, a boa governança tem sido enxergada como necessária em diversos aspectos tanto globais, quanto regionais, no âmbito dos Estados.

Neste sentido, Patricia Ulson Pizarro Werner afirma que a boa governança pode contribuir para que a sociedade avalie a prestação dos programas relativos à saúde.

É imprescindível investir na constante avaliação de programas e políticas públicas existentes através da criação de dados confiáveis e transparentes de monitoramento do sistema com o fim de estabelecer as melhores práticas. Através de paradigmas preciosos, metas possíveis e controladas, será possível construir um processo contínuo e sistêmico de aperfeiçoamento da qualidade da saúde no Brasil (*benchmarking*). (WERNER, 2017, p. 271).

Segundo a autora, esse seria um dos aspectos da boa governança. No caso do Brasil, certamente ao se pensar em boa governança, vem à mente, os princípios que devem nortear a atuação do administrador. A Constituição Federal, em seu artigo 37, define como princípios que devem ser observados pelo Estado: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Referidos princípios são necessários para garantir a atuação de um Estado voltado totalmente para os interesses públicos, sem qualquer desvio de condutas, que possam buscar mais o interesse privado em detrimento do interesse público.

Ademais, o gestor público deve pautar sua atuação aos ditames legais e na busca do melhor atendimento às necessidades do povo.

Diante disto, o que se vê é que a boa governança, além de permitir a participação do cidadão, concretizando os princípios democráticos, pode ser também uma medida que leve à concretização de direitos, especialmente sociais, como a saúde.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes menciona que:

Finalmente, o fortalecimento da cultura administrativa que permitia a realização do Direito sem intervenção judicial, também é um desafio digno de ser arrostado. Há, entre nós, a consolidada compreensão de que a única forma de efetivar direitos é por meio do Judiciário. É necessário superar a denegação sistemática de direitos

amplamente reconhecidos, permitindo-se que a realização do Direito se efetive, se possível, sem intervenção judicial. Nesse sentido, devem ser estimuladas práticas desenvolvidas no âmbito do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da própria Administração por meio das ouvidorias, sistemas de *ombudsman* ou instituições equivalentes. (MENDES, 2018, não paginado).

Destarte estas práticas além de evitarem a judicialização excessiva, o que, como mencionado, constitui um desequilíbrio estatal, incentivariam a efetivação do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a participação do cidadão, o que aproximaria ainda mais as demandas sociais da administração pública.

Há que se ponderar também que o direito à saúde, vincula o ente estatal a assumir obrigações de âmbito preventivo e de recuperação como: prestação de serviços de atendimento à saúde, prevenção de doenças, como campanhas educativas e de vacinação; fiscalização de locais públicos; saneamento básico; fornecimento de medicamentos e insumos necessários para a vida digna.

Estas obrigações, por meio de práticas de boa governança devidamente estruturadas, poderiam ser cobradas e controladas pela população.

Assim, resta claro que as práticas de boa governança na prestação de serviços públicos podem colaborar com melhoria na gestão de recursos financeiros. Já por este primeiro objetivo poderia ser afastada a reserva do possível, argumento utilizado pelo administrador público como justificativa para a não implementação de direitos relacionados à saúde.

Neste sentido, Ana Paula Canoza Caldeira afirma que:

No entanto, o que se percebe no atual estado da arte é que, desafortunadamente, a discricionariedade do Poder Público, em especial no que tange ao emprego de verbas e concretização de políticas públicas, tem aberto flancos, possibilitando toda a sorte de arbitrariedades e mau uso do dinheiro público pelos agentes que deveriam ter como norte a aplicação dos preceitos constitucionais e a implementação dos direitos fundamentais. (CALDEIRA, 2013, p. 22)

Isto porque se houvesse uma melhor gestão dos recursos, especialmente pela adequada distribuição do Poder Executivo, não haveria que se falar em insuficiência para a tutela de direitos como a saúde.

Em consequência, não seria necessária a judicialização buscada pelo cidadão e o Poder Judiciário não necessitaria intervir para determinar a efetivação de um direito.

José Joaquim Gomes Canotilho pontua:

Devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a otimização dos direitos fundamentais sociais não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva

do texto constitucional, mas da *good governance* dos recursos públicos. (CANOTILHO, 2015, não paginado).

É inequívoco, portanto, que a boa governança é necessária para a gestão adequada dos recursos econômicos, necessários para a efetivação do direito à saúde.

Neste sentido, Juli Poncé Solé afirma que:

Nas sociedades democráticas, os cidadãos toleram cada vez menos a má administração, o que leva a gastos públicos ineficientes e ineficientes e a má administração fraudulenta, o que significa usar os poderes (na contratação, no planejamento urbano, etc.) para o benefício privado, seja da própria autoridade pública que a exerce, seja de um terceiro. Tudo isso em detrimento dos direitos fundamentais sociais e econômicos básicos para a cidadania. (SOLÉ, 2016, p. 224, tradução nossa).²⁸

Assim, se denota que as práticas de boa governança além de serem necessárias para o regular o funcionamento do Estado Democrático de Direito, permitirão uma fiscalização na alocação de recursos financeiros e efetivação das políticas públicas, o que pode contribuir para que os direitos possam ser efetivados sem a necessidade de se judicializar a questão.

Ademais, a participação democrática também será muito importante, pois, o acompanhamento popular, permitirá uma melhor atuação do gestor público, com a utilização dos recursos adequada e a concretização dos direitos.

Diante disto, há que se buscar a concretude da boa governança no Brasil para que se chegue à natural efetivação dos direitos e em consequência, a tão esperada efetivação do Texto Constitucional.

²⁸“Em las sociedades democráticas, la ciudadanía cada vez tolera menos la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades (em la contratación, en el urbanismo, etc.) para el beneficio privado, bien sea de la autoridad pública misma que la ejerce, bien sea de um tercero. Todo ello en detrimento de derechos sociales y económicos básicos para la ciudadanía.”

CONCLUSÃO

O referido trabalho buscou analisar a questão da judicialização do direito social fundamental à saúde. Mesmo se tratando de um tema já bastante explorado, o que se verifica no cenário atual brasileiro é que ainda existem muitas demandas sendo propostas, cujo objeto é a concessão de medicamentos, assunto este que foi o norte desta pesquisa.

Conforme abordado no Capítulo I, a busca pela efetividade do direito à saúde decorre do processo de Constitucionalismo que fora sedimentado em todo o mundo, especialmente a partir da Revolução Francesa e do processo de independência norte-americano. A partir de então, a Constituição ganhou protagonismo e passou a orientar o papel do Estado em relação ao cidadão.

É a partir da primazia do Texto Constitucional que a busca pela efetividade dos direitos se fortalece, trazendo para os cidadãos, a possibilidade de pleitear em face do Estado, a prestação daquilo que necessitavam para a vida com dignidade.

Durante o Constitucionalismo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial é que se desenvolve em diversos países, dentre eles no Brasil, a preocupação do Estado em garantir direitos mínimos aos cidadãos. Surge o que mais tarde fora classificado como Dimensões de Direitos Fundamentais.

Nesta toada, a Primeira Dimensão é relacionada aos direitos de liberdade, ou seja, aqueles direitos garantidos ao cidadão em face da atuação do Estado. Tratavam-se de direitos negativos, cujo objetivo é exatamente proteger o ser humano de uma influência indevida ou abusiva do Estado em sua vida privada.

Na sequência, amparado nas Revoluções sociais, surge a necessidade de o Estado garantir direitos ao cidadão, fornecendo condições de uma vida digna e com o mínimo do que é necessário para que a vida humana se desenvolva, surgindo então os direitos fundamentais sociais.

Os direitos chamados sociais fundamentais, dentre eles, a saúde, são direitos denominados prestacionais. A partir daquele momento, o Estado necessita ser sujeito ativo e garantir à pessoa que receba aquilo que necessita, de forma que sejam reduzidas as desigualdades sociais.

Ainda no âmbito das Dimensões de Direitos Fundamentais vem a terceira fase na qual o objetivo agora é garantir a convivência harmônica entre os povos e a preocupação com a

sustentabilidade e com vida saudável não apenas para as gerações atuais, mas também para as próximas gerações.

O que se verifica é que a partir da chamada Segunda Dimensão de Direitos Fundamentais, aqueles de esfera social ganham destaque, impondo ao Estado o dever de sua prestação em favor do indivíduo. Soma-se a isto, a influência do Constitucionalismo, movimento que tem como objetivo principal a efetividade do Texto Constitucional. A partir da influência do Constitucionalismo e da previsão de direitos fundamentais sociais, abre-se ao cidadão a expectativa de buscar a prestação destes direitos.

Ora, a obrigação do Estado de prestação de direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de garantir a efetivação do princípio da igualdade, ou seja, de oferecer a todos, as parcelas necessárias para a vida digna. Dentre estes direitos, está a saúde.

No âmbito das Constituições brasileiras, o direito à saúde foi mencionado pela primeira vez apenas em 1946. Contudo, é a partir da Constituição Federal de 1988 que sua previsão foi explícita e passou a vincular o Estado à prestação do direito por meio do implemento de políticas públicas.

Como forma de garantir a prestação do direito à saúde, fora previsto o Sistema Único de Saúde que em sua organização demonstra ser uma das políticas públicas mais bem estruturadas que se vê no mundo. Ocorre, porém, que referido Sistema, não tem conseguido garantir a prestação do direito à saúde a todos que dela necessitam. Por tal razão, o implemento do referido direito passou a ser objeto de judicialização.

Dessarte, neste cenário, há que se ter muita cautela em atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade pela determinação para a prestação do direito social fundamental à saúde, tendo em vista que há um sistema estruturado que busca atender à coletividade.

O que ocorre, como mencionado acima, é que em dadas situações as políticas públicas em vigor não são suficientes para efetividade do direito, especialmente em casos pontuais que envolvem a concessão de medicamentos específicos ou de alto custo.

Há que se ponderar ainda que a previsão do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 decorre da influência da adesão a tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outros tratados que protegem interesses específicos.

Neste âmbito, há que se destacar que a legislação internacional estabelece a saúde como um direito de prestação progressiva, cuja implementação depende da existência de recursos materiais do Estado. Com isso, discute-se a respeito da natureza da norma constitucional que prevê o direito à saúde. Isto porque, sendo ela, uma norma programática,

caberia ao Estado a obrigação da prestação dos direitos fundamentais sociais em consonância com as suas possibilidades. Assim, estaria inviabilizada a possibilidade de judicialização.

No entanto, não se pode esperar que a prestação de um direito a que o ser humano dependa para sua sobrevivência de forma digna, fique sujeito à implementação gradativa e em consonância com as possibilidades do Estado.

Em razão disso, há cerca de dez anos, a judicialização do direito à saúde, especialmente no tocante a concessão de medicamentos cresceu de forma exponencial, o que tem como reflexo um desequilíbrio estatal.

Neste sentido, há que se mencionar que certas demandas dependem da necessária ponderação de sua indispensabilidade, bem como do risco à saúde do litigante. Situações como de medicamentos de alto custo, sem registro na ANVISA ou de substâncias que sequer passaram por comprovação científica como o caso mencionado da fosfoetanolamina são levadas ao Poder Judiciário diariamente. Porém, dependem de cautela para o julgamento, não podendo ser considerado o direito constitucional à saúde de forma isolada.

Ainda que se pareça ser um argumento insensível, ao se tratar de um problema com reflexos sociais, não poderá o magistrado analisar a situação apenas e tão somente com base no caso individual ou imbuído de sentimentos pessoais.

Diante disso, os Tribunais Superiores, em jurisprudência recente, têm se posicionado de forma importante que vincularão casos futuros. Com isso, passaram a estabelecer requisitos que devem ser analisados para condução do processo judicial e para a tomada da decisão.

Por outro lado, também tem grande importância a atuação do Conselho Nacional de Justiça ao trazer aos magistrados, recomendações e propor enunciados que auxiliam a tomada de decisões no caso concreto.

Certamente a jurisprudência construída pelos Tribunais Superiores e as medidas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça terão grande contribuição para a qualidade das decisões judiciais referentes à concessão de medicamentos.

No último capítulo, o trabalho ponderou a questão da judicialização dos direitos fundamentais sociais, especialmente do direito à saúde no âmbito da concessão de medicamentos e todas as consequências dessa situação. Conforme analisado, sobre a judicialização há que se ter cautela, pois ela pode ser necessária.

Se por um lado, na negativa da prestação do direito, não resta outra alternativa senão a propositura de ação judicial, por outro, decisões proferidas sem ponderar a existência de

políticas públicas e o impacto da medida judicial sobre o orçamento, poderão ser consideradas ativistas.

Dessarte, nem toda decisão judicial que concede medicamentos ou que aborda o direito à saúde poderá ser considerada ativista. Isso porque, para que a decisão seja assim considerada, deve extrapolar os limites da atuação jurisdicional, promovendo uma indevida intervenção judicial nas atividades do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Nesta linha de raciocínio, a decisão ativista somente poder-se-ia ser considerada desta forma nos casos em que o Poder Judiciário interviesse na alocação de recursos materiais ou determinasse o implemento de uma política pública, tendo em vista que tais funções não estão ao alcance de sua decisão. Ademais, decisões como essas, ferem a representatividade democrática, já que interferem nas funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos pela população.

Ocorre, porém como já dito, que nem todas as decisões judiciais que determinem a concessão de medicamentos são ativistas. Isto porque decorrem da ineficiência na prestação do direito, já que é garantido pela Constituição Federal o acesso à Justiça quando da lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Claro que a negativa na prestação do direito à saúde por meio de não entrega de medicamentos pelos postos de saúde, é uma lesão a direito. Neste caso, se forem criados óbices à propositura de demanda judicial, estar-se-á ao final, esvaziando o Texto Constitucional, negando-lhe efetividade.

Há que se considerar, porém, que embora a Constituição Federal seja expressa no tocante à obrigação do Estado na prestação de direitos fundamentais sociais, não há garantia de que haverá recursos financeiros para tanto. Desse modo, a reserva do possível é um argumento comumente alegado pelo Poder Executivo como defesa nas ações judiciais, ao qual não se pode negar validade.

Com base nesta situação, ao que parece, o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça e utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, parece ser necessário de agora em diante: a comprovação da impossibilidade do indivíduo para arcar com os custos do medicamento.

Poder-se-ia alegar que este argumento fere o Texto Constitucional que determina ser o direito à saúde, assim como os demais direitos de esfera social fundamental, de prestação universal.

Nada obstante, trata-se da necessária adequação da interpretação da Constituição Federal à atual situação do Estado, que não goza de recursos financeiros infinitos e que, por

outro lado, não pode se omitir na prestação de direitos fundamentais sociais daqueles que mais necessitam do amparo estatal.

Ademais, se não houver a necessária ponderação da real necessidade do indivíduo a buscar a prestação do direito pelo Estado, ao final poderá haver grave ofensa ao direito à igualdade, tendo em vista que garantir a prestação do medicamento de um, poderá ter como resultante, a ausência de recursos para a execução de política pública em favor de tantos outros. Seria o individual prevalecendo sobre o coletivo.

Neste cenário, a partir da judicialização, ao gestor público é imposta a decisão de uma escolha trágica, tendo que garantir o direito de um em desfavor do direito de outro. A questão que surge é: será este o papel que cabe ao Estado no âmbito de um regime democrático, cuja igualdade é um dos princípios constitucionais?

Há que se ponderar, porém que cabe ao Estado dar um tratamento isonômico aos cidadãos. Destarte, em dadas situações, será possível que de fato haja uma proteção diferenciada em favor daquele que mais necessite dos recursos públicos.

Neste cenário, a judicialização pode ser considerada como a última senão única alternativa em favor da pessoa. Com isso, há que se buscar alternativas para que o exercício da atividade jurisdicional se mostre de fato, efetivo.

Assim sendo, medidas como a fixação de parâmetros para ponderar o julgamento, como já mencionado, são necessárias. Ademais, o diálogo entre os diversos sujeitos da sociedade também é de extrema importância, já que há que se garantir que a interpretação do Texto Constitucional seja aberta a todos que estão sob sua égide.

Com isso, as medidas adotadas atualmente pelo Poder Judiciário têm se mostrado de grande valia para a condução de processos judiciais cujo objetivo seja a concessão de medicamentos.

Deste modo, as Câmaras de Conciliação, bem como a criação de órgãos de apoio aos magistrados são de relevância ímpar já que garantem a participação do cidadão e também de profissionais técnicos, como médicos, cuja atuação é necessária para que decisões desproporcionais ou desnecessárias sejam tomadas.

Esta atuação conjunta também poderá evitar que a judicialização decorra de demandas injustificadas ou embasadas em interesses escusos, cujo objetivo final não seja favorecer o cidadão, mas utilizá-lo como instrumento para obtenção de vantagens a determinados laboratórios médicos.

Ainda no âmbito do Poder Judiciário deve-se considerar que poderá contribuir para o equilíbrio na questão da judicialização do direito à saúde, a utilização de processos coletivos.

Estes processos teriam o diferencial de atender direitos coletivos ou difusos e que permitiriam uma melhor análise do direito e do impacto financeiro de sua concretização.

Dessarte, não pode ser afastada a possibilidade de judicialização tampouco ser atribuída à questão, o encargo de ocasionar o desequilíbrio do Estado Democrático de Direito. Finalmente, há que serem analisados que existem caminhos para a desjudicialização. Estes atalhos demandam atuação da população por meio de organização em associações ou entidades que busquem acompanhar a execução das políticas públicas na área da saúde. Seria a concretização dos princípios da boa governança.

Nesta linha de atuação, caberia uma postura ativa do cidadão a quem, de forma estruturada, competiria acompanhar se os recursos financeiros do Estado estão sendo aplicados da forma determinada pelo Texto Constitucional e pela legislação infraconstitucional em vigor.

Esta organização, bem como a possibilidade de acesso a informações claras e precisas prestadas pelo Poder Executivo, poderá garantir que as políticas públicas sejam cumpridas; que o cidadão seja atendido em suas demandas e finalmente, que a Constituição Federal se torne efetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

ALVES, Cândice Lisbôa; ASSIS, Christiane Costa. Direitos fundamentais e mínimo existencial: uma crítica à vinculação econômica do direito. **Revista Eletrônica do Direito do Centro Universitário Newtons Paiva**, nº 20, 2013.

ANDRADE, Elizabeth Nogueira de; ANDRADE, Edson de Oliveira. O SUS e o direito à saúde do brasileiro: leitura de seus princípios, com ênfase na universalidade da cobertura. **Revista Bioética**, v. 18, n. 1/2010, p. 61-74. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/536/522. Acesso em: 11 fev 2020.

ÁVILA, Humberto. NEOCONSTITUCIONALISMO: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>. Acesso em 30 jun 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, 2009. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf Acesso em 24 jul 2018.

BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1- 42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 8 ed., São Paulo, Saraiva: 2019.

BERCOVICI, Gilberto – **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo** – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 27 ed. Elsevier. Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência Por uma Nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade**. Brasil: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas** in *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte.* – São Paulo: Saraiva, 2017.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O Direito à saúde e sua “curiosa” efetividade em *terrae brasilis*: Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização.** São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4672>. Acesso em 24 jul 2018.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Constiuição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”) in CORREIA, Erica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais.** 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Vinícius. **Constitucionalismo e direito à saúde: o mal-estar do ativismo judicial,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Caderno Saúde Pública,** Rio de Janeiro, vol. 25, p. 1839-1849. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Instituto de Ensino e Pesquisa- INSPER, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fórum da Saúde.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/>. Acesso em: 21 jan 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema E-NatJus. Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/e-natjus/>. Acesso em: 21 fev 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n.º 31 de 30.03.2010.

CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos; BARBOSA, Amanda Querino dos Santos. A Efetivação dos Direitos fundamentais sociais *Versus* Democracia. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná,** Curitiba, n. 6, p. 83-102, 2015.

ESTADÃO. **Justiça e Direito à saúde** – a atuação do Conselho Nacional de Justiça. Publicado em: 07 out 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, O Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, 1994, p. 198: 1-17;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, 2009.

GOTTI, Alessandra. **Judicialização do Direito à Saúde e Insuficiência dos Mecanismos Tradicionais de Resolução de Conflitos** in Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo, v.7, n. 7, p. 9-37. 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 11 jan. 2020.

HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Direito Constitucional. **Revista Direito Público**, v. 3, n. 13, p. 99-120. 2006.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio. **Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales**. in Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos fundamentais sociais. Coordenadores Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi-Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, 2007.

JORGE, Ighor Rafael de. **A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal** in Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Walter Stönnner. São Paulo, 1933.

LEMO, Junia Coelho. **A Judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no Poder Executivo** in Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOMBA, Pedro. Democracia, Representação Política e Constituição Social. **E-Pública-Revista Eletrônica de Direito Público**, vol. 2, n.01, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. **TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de**

Políticas Públicas, 2015. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. Acesso em: 29 out 2019.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de saúde pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/viewFile/32199/34304>. Acesso em: 03 jul 2018.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do Direito à Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117> Acesso em: 05 jul 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 3.916 de 30 de outubro de 1998**.

MONTEIRO FILHO, Augusto César. **Perspectivas sobre a Judicialização da Saúde no Brasil sob o Enfoque do Direito e Economia** in Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos fundamentais sociais. Coordenadores Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi- Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Direito à saúde: judicialização, reserva do possível e mínimo existencial. **A Efetividade dos Direitos fundamentais sociais no Brasil** organizado por Christina da Mota Bolfarini. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo? **Consequencialismo no Poder Judiciário** organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel (Benedito Issaac) Chalita, José Renato Nalini. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019.

NOTÍCIAS DO STF. **As Constituições do Brasil**. Publicada em: 04 out 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 22 ago 2019.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga. BITTAR, Cléria Maria Lôbo Bittar. Judicialização da Saúde e seus reflexos na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, v. 3, n.1, Jan/Jun. 2017.

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol.15, p. 2405-2414, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15.pdf>. Acesso em: 13 jan 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos Direitos fundamentais sociais e Econômicos: desafios e perspectivas**. in CORREIA, Erica Paula Barcha. **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional** – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.104-137, p. 138-152 e 235-267.

RASCOVSKI, Luiz. **A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e sua atuação na área da saúde**. in *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte*. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **A dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro** in **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides/ organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto...**[et al]: -- 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista e outros. **O caso da Fosfoetanolamina Sintética. Judicialização com risco à saúde** in *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte*. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang in **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides/ organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto...**[et al]: -- 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. ver, atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Público, Direitos fundamentais sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na implementação dos direitos fundamentais sociais**. Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOLÉ, Juli Ponce. El Derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano Del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administracións contra arbitrariedad y corrupción. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 173, 2016.

STF. **Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na STA AgR 175**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em 12 jan 2020.

STF. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em 13 jan 2020.

STF. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 745.745/MG**, j. 02.12.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em 13 jan 2020.

STF. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde.** Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Acesso em 20 jan 2020.

STF. **Direito à saúde e medicamento sem registro na ANVISA. RE 657718.** Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Relator do último incidente: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 02 fev 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v.17, n.3, p. 721-732, 2016.

STURZA, Janaína Machado; LEVES, Aline Michele Pedron Leves; CAVALHEIRO, Andressa Simmi. A saúde como um sistema social: Do risco da inefetividade à judicialização excessiva em matéria de medicamentos. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 2, p. 557-586, maio/agosto 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** – 17 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TUSHNET, Mark. **Novos mecanismos institucionais para a criação do Direito Constitucional** trad. por Thiago Filippo Silva Jorge do original **New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law**. Harvard Public Law Working Paper No. 15-08. Tradução realizada sob supervisão e autorização do Prof. Mark Tushnet. *Quaestio Iuris*, vol. 08, n.º 02, p. 1188-1206. Rio de Janeiro: 2015.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. **Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Saúde: a experiência das jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça** *in* Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ANEXO A – RECOMENDAÇÃO Nº 31 DE 30 DE MARÇO DE 2010*Conselho Nacional de Justiça***RECOMENDAÇÃO Nº 31 DE 30 DE MARÇO DE 2010**

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ, no uso de suas atribuições, e

CONSIDERANDO o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

CONSIDERANDO a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira;

CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive letter 'S'.

CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

CONSIDERANDO as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde;

CONSIDERANDO a menção, realizada na audiência pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3. "p", da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;

CONSIDERANDO que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

CONSIDERANDO, finalmente, indicação formulada pelo grupo de trabalho designado, através da Portaria nº 650, de 20 novembro de 2009, do Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, para proceder estudos e propor medidas que visem aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde;

RESOLVE:

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

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar



2

apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

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;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2008 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de

medicamentos e hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

- a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais.

Ministro **GILMAR MENDES**



**ANEXO B – ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE
DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

**ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE
DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE

ENUNCIADO Nº 01

A tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos ou em situação de drogadição ocorrerá pelo menor tempo possível, sob estrito critério médico. As decisões que imponham tal obrigação devem determinar que seus efeitos cessarão no momento da alta concedida pelo médico que atende o paciente na respectiva instituição de saúde, devendo o fato ser imediatamente comunicado pelo prestador do serviço ao Juízo competente. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 02

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em tutela provisória ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório e prescrição médicos a serem apresentados preferencialmente ao executor da medida, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 03

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 04

~~Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, 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~~



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

~~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. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)¹~~

ENUNCIADO Nº 05

~~Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 06

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 07

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do Sistema Único de Saúde – SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON ou Unidade de Assistência de alta Complexidade - UNACON.

ENUNCIADO Nº 08

¹ Revogado em razão da Plenária da III Jornada de Direito da Saúde, que deliberou pela revogação do Enunciado nº 61



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 09

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 10

O cumprimento de pleitos judiciais que visem à prestação de ações ou serviços exclusivos da assistência social não devem ser impostos ao Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 11

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - (PCDT), o Poder Judiciário determinará a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde - SUS, para o fim de acompanhamento e controle clínico. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 12

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – 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



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 13

Nas ações de saúde que pleiteiam 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, alternativas terapêuticas e competência do ente federado, quando aplicável (Saúde Pública e Suplementar). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 14

Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 15

As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira – DCB ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional – DCI, o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante a justificativa técnica.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

ENUNCIADO Nº 16

~~Nas demandas que visam acesso a ações e serviços de 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 de Sistema Único de Saúde – SUS. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 17

~~Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 19

As iniciais das demandas de acesso à saúde devem ser instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar uma análise técnica nas decisões judiciais. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 20

A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa previsão contratual. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 21

Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/98, considera-se o rol de procedimentos como referência mínima para cobertura, conforme regulamentações



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 22

~~Nos planos coletivos deve ser respeitada a aplicação dos índices e/ou fórmulas de reajuste pactuados, não incidindo, nestes casos, o índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar editados para os planos individuais/familiares. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

ENUNCIADO Nº 24

Cabe ao profissional da saúde assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o prescritor é garantida a definição do impasse através de junta médica ou odontológica, nos termos da Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS em vigor. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 25

É abusiva a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé (Súmula 609/STJ). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 26



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental (Tema 990/STJ).
(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 27

~~As Resoluções nº 1956/2010 Conselho Federal de Medicina e nº 115/2012 do Conselho Federal de Odontologia e o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na Agência Nacional de Saúde Suplementar, e suas alterações, são de observância obrigatória.~~

(Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 28

Nas decisões para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com normas do SUS, da ANS, bem como a Resolução n. 1956/2010 do CFM. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 29

Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO Nº 30

~~É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

ENUNCIADO Nº 31

~~Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 32

A petição inicial nas demandas de saúde deve estar instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 33

Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - Conitec para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 34

Os serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos e eventos listados na Lei 9.656/98 e no rol de procedimentos e eventos em saúde, solicitados por cirurgiões-dentistas ou odontólogos, são de cobertura obrigatória quando vinculados a eventos de natureza odontológica, desde que constante do contrato, bem como observada segmentação contratada.

ENUNCIADO Nº 35



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Nos planos coletivos, contratados a partir da vigência da Resolução Normativa n. 195/09 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, em que não for comprovado o vínculo entre o consumidor e a pessoa jurídica contratante na forma da regulamentação da ANS, o tipo de contratação do consumidor cujo vínculo não for comprovado, deve ser considerado individual para efeitos de rescisão e reajuste, não se aplicando aos planos das empresas e entidades de autogestão.

ENUNCIADO Nº 36

O tratamento das complicações de procedimentos médicos e cirúrgicos decorrentes de procedimentos não cobertos tem obrigatoriedade de cobertura, respeitando-se as disposições do rol de procedimentos e eventos em saúde, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e as segmentações contratadas.

ENUNCIADO Nº 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

ENUNCIADO Nº 38

Nas pesquisas envolvendo seres humanos deve ser assegurada a proteção dos direitos fundamentais dos participantes da pesquisa, além da avaliação da necessidade, utilidade e proporcionalidade do procedimento, com o máximo de benefícios e mínimo de danos e riscos.

ENUNCIADO Nº 39

O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

ENUNCIADO Nº 40

É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

ENUNCIADO Nº 41

~~O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 42

Quando comprovado o desejo de viver e de ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO Nº 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

ENUNCIADO Nº 44

O paciente absolutamente incapaz pode ser submetido a tratamento médico que o beneficie, mesmo contra a vontade de seu representante legal, quando identificada situação em que este não defende o melhor interesse daquele. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 45

Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

II JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE

ENUNCIADO Nº 46

Nas ações judiciais para as transferências hospitalares deve ser verificada a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e priorização. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 47

Não estão incluídos na competência dos juizados especiais os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo total, quando passível de estimativa, e anual, em tratamentos continuados por tempo indeterminado, supere o limite da competência dos referidos juizados. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 48

~~As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico. **(Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**~~

ENUNCIADO Nº 49

Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

ENUNCIADO Nº 50

Não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou deferidas medidas judiciais que assegurem acessos a produtos ou procedimentos experimentais (Tema 106 STJ - STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 e RE



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

566471/RN, RE 657718/MG do STF). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 51

Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

ENUNCIADO Nº 52

Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

ENUNCIADO Nº 53

Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao Sistema Único de Saúde – SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

ENUNCIADO Nº 54

Havendo valores depositados em conta judicial, a liberação do numerário deve ocorrer de forma gradual mediante comprovação da necessidade de continuidade do tratamento postulado, evitando-se a liberação única do montante integral.

ENUNCIADO Nº 55

O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

ENUNCIADO Nº 56

Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de complexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 57

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

ENUNCIADO Nº 58

Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME ou na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES ou nos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS, recomenda-se a 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.

ENUNCIADO Nº 59

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

ENUNCIADO Nº 60

A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

ENUNCIADO Nº 61



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

~~Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada — Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, 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 no 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. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 62

Para o fim de cobertura assistencial, o conceito de urgência e emergência deve respeitar a definição legal contida no art. 35-C, Lei Federal 9.656/98, de acordo com o relatório médico, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 63

O deferimento de cirurgia bariátrica em tutela de urgência sujeita-se à observância das diretrizes constantes da Resolução CFM nº 1942/2010 e de outras normas que disciplinam a matéria.

ENUNCIADO Nº 64

A atenção domiciliar depende de cobertura contratual e indicação clínica, podendo ser prestada nas modalidades de assistência domiciliar e internação domiciliar. A atenção domiciliar não supre a participação da família, responsável também pelo trabalho do cuidador, salvo cobertura contratual quanto a este último. (RDC 11/2006 - ANVISA). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 65

Não é vedada a intervenção de terceiros nas demandas que envolvam operadora de saúde. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

ENUNCIADO Nº 66

Poderá constituir ato ilícito por violação de direito do paciente e quebra de confiança passível de condenação por dano, a recusa em fornecer cópia do prontuário ao próprio paciente ou seu representante legal ou contratual, após comprovadamente solicitado, por parte do profissional de saúde, clínica ou instituições hospitalares públicas ou privadas. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 67

As informações constantes do receituário médico, para propositura de ação judicial, devem ser claras e adequadas ao entendimento do paciente, em letra legível, discriminando a enfermidade pelo nome e não somente por seu código na Classificação Internacional de Doenças – CID, assim como a terapêutica e a denominação genérica do medicamento prescrito.

ENUNCIADO Nº 68

Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana.

III JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE

ENUNCIADO Nº 69

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja a realização de consultas, exames, cirurgias ou procedimentos especializados, recomenda-se consulta prévia ao ente público demandado sobre a existência de lista de espera organizada e regulada pelo Poder Público para acessar o respectivo serviço, de forma a verificar a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e de priorização.

ENUNCIADO Nº 70



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Configura abandono de tratamento a não retirada do medicamento e de outros produtos por mais de 03 (três) meses consecutivos, facultando-se ao demandado a suspensão das respectivas aquisições, devendo, ainda, noticiar ao Juízo do respectivo abandono.

ENUNCIADO Nº 71

A utilização dos dados pessoais de saúde, inclusive os provenientes de mapeamento genético e os presentes nos meios digitais, deverá observar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, não podendo ser utilizados para limitação de cobertura ou acesso aos serviços de saúde públicos ou privados.

ENUNCIADO Nº 72

O consumidor tem direito de acesso à tabela de reembolso no ato de contratação e a qualquer momento posterior, devendo as operadoras de saúde divulgarem, de forma clara, os valores devidos para reembolso.

ENUNCIADO Nº 73

A ausência do nome do medicamento, procedimento ou tratamento no rol de procedimentos criado pela Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e suas atualizações, não implica em exclusão tácita da cobertura contratual.

ENUNCIADO Nº 74

Não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (astreintes) apenas como *ultima ratio*.

ENUNCIADO Nº 75

Nas ações individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de indeferimento do pedido, devem ser observados cumulativamente os requisitos estabelecidos pelo STJ, no julgamento do RESP n. 1.657.156, e, ainda, os seguintes critérios:



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

I) o laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento postulado poderá ser infirmado através da apresentação de notas técnicas, pareceres ou outros documentos congêneres e da produção de prova pericial;

II) a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso *off label* ou experimental, salvo se houver autorização da ANVISA;

III) os pressupostos previstos neste enunciado se aplicam a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas.

ENUNCIADO Nº 76

A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB).

ENUNCIADO Nº 77

Para o cumprimento da tutela judicial referente ao fornecimento de produtos em saúde, pode o ente público disponibilizar a entrega na instituição em que o paciente realiza o tratamento ou por meio de seus órgãos regionais, bem como em cooperação com as secretarias municipais e estaduais de saúde.

ENUNCIADO Nº 78

Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias de alta complexidade ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 79

Descabe o pagamento de honorários médicos em cirurgias e procedimentos realizados no âmbito privado, se os profissionais envolvidos integram o quadro do Sistema Único de Saúde – SUS e se a cirurgia ou procedimento foi pago com recurso público e realizada dentro da carga horária do profissional.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

ENUNCIADO Nº 80

Configura-se conflito de interesse a situação em que o médico pertencente ao quadro de servidores públicos atende paciente pelo Sistema Único da Saúde - SUS e prescreve tratamento realizado exclusivamente pelo prescritor ou sócio na rede particular de saúde, não observando os protocolos e as listas do Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 81

Caso o magistrado vislumbre a existência de considerável número de demandas individuais acerca de uma mesma matéria relativa ao direito de acesso à saúde pública, capaz de demonstrar uma ineficiência específica de atendimento, comunicará o fato ao gestor e aos conselhos de saúde para adoção de providências, bem como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Comitês Executivos Estaduais/Distrital de Saúde.

ENUNCIADO Nº 82

A entrega de valores bloqueados do orçamento público da saúde para custeio do tratamento na rede privada não deve ser feita diretamente à parte demandante, e sim ao estabelecimento que cumprir a obrigação em substituição à Fazenda Pública, após comprovação da sua realização, por meio de apresentação do respectivo documento fiscal.

ENUNCIADO Nº 83

Poderá a autoridade judicial determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a juntada ao processo de documentos de evidência científica (nota técnica ou parecer) disponíveis no e-NatJus (CNJ) ou em bancos de dados dos Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde (NATS) de cada estado, desde que relacionados ao mesmo medicamento, terapia ou produto requerido pela parte.

ENUNCIADO Nº 84

Na fixação de prazo para o cumprimento das determinações judiciais concessivas, deverá a autoridade judicial atentar para as dificuldades inerentes à aquisição dos



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

medicamentos ou produtos pelo Poder Público e Agentes da Saúde Suplementar, bem como a origem ou procedência dos insumos.

ENUNCIADO Nº 85

Para aferição da incapacidade financeira do paciente, o Juiz poderá realizar prévia consulta aos sistemas (RenaJud, BacenJud, InfoJud, CNIB etc) e aos bancos de dados à disposição do Poder Judiciário, preservando-se a natureza sigilosa dos dados obtidos e observado o direito ao contraditório (CPC, arts. 9º e 10).

ENUNCIADO Nº 86

As multas fixadas por descumprimento de determinações judiciais (astreintes) devem levar em consideração as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público ou por Agentes de Saúde Suplementar, bem como guardar proporcionalidade com o valor da prestação pretendida.

ENUNCIADO Nº 87

Nas decisões que determinem o fornecimento de medicamento ou de serviço por mais de um ente da federação, deve-se buscar, em sendo possível, individualizar os atos que serão de responsabilidade de cada ente.

ENUNCIADO Nº 88

A indicação do profissional ou prestador de serviço na área da saúde, em princípio, deve sempre observar a política pública e a determinação pelo gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, inexistindo o direito subjetivo à escolha da instituição e do médico pelo paciente.

ENUNCIADO Nº 89

Deve-se evitar a obstinação terapêutica com tratamentos sem evidências médicas e benefícios, sem custo-utilidade, caracterizados como a relação entre a intervenção e seu respectivo efeito – e que não tragam benefícios e qualidade de vida ao paciente, especialmente nos casos de doenças raras e irreversíveis, recomendando-se a consulta ao



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

gestor de saúde sobre a possibilidade de oferecimento de cuidados paliativos de acordo com a política pública.

ENUNCIADO Nº 90

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do Sistema Único de Saúde – SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, nas quais se pleiteiam tratamentos de terapia renal substitutiva, caso atendidos por médicos particulares, a ordem judicial implica a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade de atenção especializada em Doença Renal Crônica - DRC.

ENUNCIADO Nº 91

O cumprimento de pleito judicial que vise à prestação de ação ou serviço exclusivo da EDUCAÇÃO não é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 92

Na avaliação de pedido de tutela de urgência, é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente.

ENUNCIADO Nº 93

Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos.

ENUNCIADO Nº 94

Até que possa ser concluído o processo da compra de medicamentos ou produtos deferidos por decisão judicial para regular fornecimento, o magistrado poderá



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

determinar à parte ré o depósito judicial de valores que permitam à parte autora a aquisição, sob pena do sequestro de verbas.

ENUNCIADO Nº 95

A alteração de dosagem, posologia, quantidade ou forma de apresentação de medicamento, produto ou insumo em relação ao postulado na inicial não implica ampliação dos limites objetivos da lide, aplicando-se a regra da fungibilidade.

ENUNCIADO Nº 96

Somente se admitirá a impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento, produto, órtese, prótese ou procedimento constar em lista RENAME, RENASES ou protocolo do Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 97

As solicitações de terapias alternativas não previstas no rol de procedimentos da ANS, tais como equoterapia, hidroterapia e métodos de tratamento, não são de cobertura e/ou custeio obrigatório às operadoras de saúde se não estiverem respaldadas em Medicina Baseada em Evidência e Plano Terapêutico com Prognóstico de Evolução.

ENUNCIADO Nº 98

Na oncologia não há dispensação fracionada de medicamentos no tratamento, salvo excepcionalidade descrita em relatório/laudo médico circunstanciado.

ENUNCIADO Nº 99

O tratamento multiprofissional do transtorno do espectro autista é de cobertura obrigatória por parte das operadoras de saúde, as quais devem viabilizar ao beneficiário ou equipe multiprofissional credenciada pela operadora de saúde, desde que o método seja reconhecido pelos respectivos conselhos de classe dos profissionais integrantes da referida equipe multiprofissional, ou que esteja expressamente previsto no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

ENUNCIADO Nº 100

As decisões judiciais que determinem a cobertura de procedimentos e eventos em saúde deverão ser cumpridas preferencialmente no âmbito da rede prestadora da operadora de saúde, salvo nos casos em que demonstrada a inexistência de especialista credenciado.

ENUNCIADO Nº 101

As decisões judiciais que versem sobre coberturas contratuais asseguradas mediante reembolso sujeitam-se aos limites dos valores contratados, desde que haja especialista credenciado pela rede contratada.

ENUNCIADO Nº 102

Em caso de drogadição ou transtorno mental, deve ser dada prioridade aos serviços comunitários de saúde mental em detrimento das internações (Lei 10.216/2001).

ENUNCIADO Nº 103

Havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC pela não incorporação de tecnologia, a determinação judicial de fornecimento deve apontar o fundamento e a evidência científica que afaste a conclusão do órgão técnico, em razão da condição do paciente.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

**INDICE ALFABÉTICO DOS ENUNCIADOS DA
I, II e III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE**

Abandono tratamento 70
 Ação coletiva 81
 Alta complexidade 78
 ANS 73
 Assistência Social 10
 Atenção domiciliar 64
 Avaliação 57
 Biodireito 37, 38, 39,40, 42, 43, 44, 45, 69
 Bloqueio 53, 74, 82, 94
 CACON 07
 Cadastro 07, 69, 90
 Capacidade financeira 85
 Cirurgia 25
 Cirurgia bariátrica 63
 Cobertura 20, 21, 23, 25, 26, 34, 35, 36, 62, 71, 73, 99,100, 101
 Cobertura 62
 Competência 07, 08, 47, 60 78, 87
 Conflito de interesse médico 80
 CONITEC 57, 103
 Consequencialismo jurídico 76
 Consulta notas técnicas 18
 Cumprimento dificuldades 76
 Cumprimento terceirizado 77
 Dados pessoais 71
 Decisão judicial 76
 Declaração antecipada de vontade 37
 Denominação Comum Brasileiro 12
 Depósito judicial, 54, 55, 56, 94
 Descumprimento ordem judicial 74
 Documentos 32
 Drogadição 01, 102
 Educação 91
 Enunciado Nº 01
 Equoterpia 97
 Fertilização in vitro 20
 Filiação 39, 45
 Fungibilidade 95



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Fungibilidade 95
 Gesta3o assistida 45
 Hidroterapia 97
 Hipossuficiente 85
 Honor3rios m3dicos 79
 Incapaz 44
 Incorpora3o 103
 Inefici3ncia servi3o p3blico 52
 Insemina3o artificial – 20
 Instru3o processual 83
 Interesse de agir 03
 Internaa3o 01, 102
 Internaa3o domiciliar 64
 Interven3o de terceiros 65
 Juizado Especial 47
 Justi3a Federal 78
 Levantamento numer3rio 55
 Libera3o valores 54
 Lista de espera 69
 Lista de Servi3os 58, 59
 Mandado de seguran3a 96
 Mapeamento gen3tico 72
 Marca 28
 Medicamento importado 26, 95
 Medicamento n3o incorporado 75
 Medicamento, 02, 26, 85, 95
 Medicina Baseada em Evid3ncia 12
 Medicina baseada em evid3ncia 14, 18, 29, 59, 75, 89.
 M3dico 24, 80
 Menor conflito de representante 44
 Multas 86
 NatJus 83
 Notas t3cnicas 18, 83
 Numer3rio libera3o 82
 Odontologia 34
Off label 75
 Oitiva pr3via 13
 Oncologia 07, 98
 OPME 28, 29
 Or3amento 56
 Paciente 11, 70



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Paciente incapaz 44
 Pareceres técnicos 33
 Pesquisa com seres humanos 38
 Petição inicial 32
 Plano coletivo 35
 Plano de saúde 99
 Política pública prevalência 12, 88, 89, 1
 Prazo cumprimento decisão 84
 Prazo tratamento eletivo 93
 Prescrição 24
 Prescrição fora da política pública 12
 Prescrição médica 15
 Prestação contas 55
 Prestação continuativa, 02
 Prontuário médico 49, 66
 Protocolos Clínicos 75
 Prova pericial 49
 Provocação administrativa 13
 Psiquiatria 01, 102
 Rede de serviço 11
 Rede prestadora 100
 Reembolso 101
 Registro ANVISA 06, 50
 Regulação 46
 Relatório médico 02
 Relatório médico 12, 19, 67
 Relatório médico 15
 Rename 58
 RENASES 58
 Repartição competência 08
 Reprodução 40, 45, 68
 Responsabilidade 87
 Responsabilidade solidária 60
 Retificação registro 42, 43
 Rol de procedimentos 21
 Saúde suplementar 20, 21, 23, 24 28 65. 81
 Sequestro 56
 Terapia renal 90
 Terapias alternativas 97
 Transferência hospitalar 46
 Transgenitalização 42



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Transtorno mental 01
Transtorno mental 102
Tratamento eletivo prazo 93
Tratamento especializado 69
Tratamento experimental 09, 50
Tratamento fora de protocolos clínicos 75
Tutela de urgência 63, 92
UNACON 07
Urgência e emergência 51, 62