

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: em busca da efetivação do mínimo
existencial**

Belo Horizonte

2016

Emmanuelle Konzen Castro

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: em busca da efetivação do mínimo existencial

Dissertação de mestrado apresentada pela bacharela em Direito EMMANUELLE KONZEN CASTRO ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a finalização do mestrado.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade

Área de estudo: Hermenêutica, Filosofia Política e Direito Constitucional

Orientadora: Prof. Dra. Mariah Brochado Ferreira

Belo Horizonte

2016

C355j Castro, Emmanuelle Konzen
Judicialização da saúde: em busca da efetivação do mínimo
existencial / Emmanuelle Konzen Castro – 2016.

Orientadora: Mariah Brochado Ferreira.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional – Teses 2. Direito à saúde – Brasil
3. Saúde pública – Brasil I. Título

CDU(1976) 342.7:614(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

A dissertação intitulada “Judicialização da Saúde: em busca da efetivação do mínimo existencial”, de autoria de Emmanuelle Konzen Castro, foi considerada -
_____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professora Doutora Mariah Brochado Ferreira
(FDUFMG – Orientadora)

Professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos
(FDUFMG)

Professor Doutor Bruno Wanderley Júnior
(PUC MINAS)

Belo Horizonte, 29 de julho de 2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por abençoar o meu caminho e me dar a oportunidade de poder fazer mestrado em uma das melhores universidades do país.

À minha família por me dar força e entender a minha ausência neste período, em especial aos meus pais Fabrício e Isabela, pela luta diária desde sempre, às minhas irmãs Caroline, mesmo estando longe, sinto que está pertinho de mim sempre me incentivando e à Fernanda pelo companheirismo e pelas palavras positivas, à minha querida avó Laura por sempre cuidar de mim e pelas palavras de afeto e incentivo.

Aos meus queridos amigos da PUC Minas, aos novos amigos da UFMG, aos amigos de infância e que a vida me proporcionou, pelo apoio e compreensão em todos os momentos.

À minha querida orientadora, professora Mariah Brochado, por ter me acolhido tão bem e por sempre acreditar em meu potencial. Pelo exemplo de profissionalismo e amor à docência, que exerce com tanto carinho e apreço.

Aos queridos professores da PUC Minas, onde me graduei e tive o primeiro contato com o Direito, por me fazerem enxergar além e perceber que o direito é muito mais do que o que está nos livros.

Aos queridos professores da UFMG pela excelente formação que me deram no mestrado, por contribuírem para o meu crescimento intelectual e por me fazerem acreditar que é possível se fazer pesquisa de qualidade no Brasil, mesmo com todas as dificuldades enfrentadas.

À CAPES, pelo amparo financeiro que me proporcionou a possibilidade de me dedicar exclusivamente ao mestrado.

Ao grupo de estudos “Direito Social à Saúde”, coordenado pela Professora Mariah Brochado, pelos debates com todos os envolvidos, tão importantes para o meu crescimento e amadurecimento intelectual.

À todos que de alguma forma contribuíram para a minha caminhada.

À minha família

“É importante ver, com os dois olhos, os dois lados para mudar uma única realidade, a que temos.” Betinho (Herbert José de Sousa)

RESUMO

A busca pela efetivação do mínimo existencial sempre existiu desde os primórdios da humanidade, sendo que os avanços sociais e tecnológicos que advieram com a evolução da sociedade não foram capazes de suprimir a miséria nem de trazer altos níveis de saúde para a população. A saúde em muitos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, não está incluída nas prioridades governamentais, tanto no que se refere a investimento para a melhoria da saúde pública, quando no financiamento de pesquisas. O Poder Legislativo e Poder Executivo se mostram ociosos se comparados com a atuação proeminente que vem desempenhando o Poder Judiciário na implementação do direito social à saúde. Verifica-se que a ação do Judiciário é a concretização da busca da população pela efetivação do direito via ação individual ou coletiva, proporcionada pela ampliação do acesso à justiça. Não obstante ser de grande importância a efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, têm havido, também, muitos problemas, pelo fato do Judiciário estar atuando de forma solitária quando deveria agir conjuntamente com os demais poderes. O resultado foi a constatação de que somente pelo diálogo institucional entre Legislativo, Executivo, Judiciário e sociedade se terá um cumprimento mais adequado do direito ao mínimo existencial à saúde.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Efetivação do mínimo existencial à saúde. Reserva do possível. Diálogo Institucional.

ABSTRACT

The search for the realization of the existential minimum has always existed since the dawn of humanity, and the social and technological advances thereby made with the evolution of society, were not able to alleviate poverty and bring high levels of health for the population as a whole. The health in many developing countries, like Brazil, is not included in government priorities, neither as investment for improving public health nor in research funding. The legislative branch and the executive branch are slothful compared to the prominent role that has played the judiciary in implementing the social right to health. This action is nothing more than the pursuit of the population for the realization of the right, in individual or collective manner, provided by increasing access to justice. Nevertheless be of great importance to ensuring the right to health by the judiciary, there has also been a lot of problems for the Judiciary the fact of being acting solely, when it should act jointly with the other powers. Only with the institutional dialogue between the Legislative, Executive and Judiciary, one can say of an adequate implementation of the right to the minimum existential health.

Keywords: Judicialization of health. Realization of the existential minimum. Reserve for contingencies. Institutional dialogue.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF	- Ação de descumprimento de preceito fundamental
AG	- Agravo
ART	- Artigo
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CR/88	- Constituição da República de 1988
CRLS	- Câmara de Resolução de Litígios de Saúde
DUDH	- Declaração Universal de Direitos Humanos
IAPs	- Institutos de Aposentadorias e Pensões
INPS	- Instituto Nacional da Previdência Social
NAT	- Núcleo de Apoio Técnico
NOB-SUS	- Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde
ONU	- Organização das Nações Unidas
RE	- Recurso Extraordinário
REG	- Regimental
SUS	- Sistema Único de Saúde
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	15
2.1 Raízes históricas do direito ao mínimo existencial.....	15
2.2 O conceito de mínimo existencial.....	21
2.3 A teoria da reserva do possível.....	25
2.4 Reserva do possível <i>versus</i> mínimo existencial.....	30
2.5 Positivação do direito ao mínimo existencial na Constituição de 1988.....	34
3 O DIREITO À SAÚDE.....	36
3.1 O conteúdo do direito à saúde.....	38
3.2 Desenvolvimento do direito à saúde no Brasil.....	40
3.3 Previsão do direito à saúde nas Constituições brasileiras.....	45
3.4 O direito fundamental à saúde na Constituição Brasileira de 1988.....	46
3.5 O Sistema Único de Saúde.....	49
3.5.1 A rede regionalizada e hierarquizada.....	52
3.5.2 A descentralização.....	53
3.5.3 Integralidade.....	56
3.5.4 Participação da comunidade.....	57
3.6 O subfinanciamento da saúde.....	57
4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	61
4.1 A judicialização da saúde.....	64
4.2 Início da judicialização da saúde no Brasil: o caso Aids.....	66
4.3 O papel do CNJ na judicialização da saúde.....	69
4.3.1 O <i>Diálogo Institucional</i>.....	72
4.3.1.1 A <i>Audiência Pública nº 4 e a Recomendação nº 31</i>	74
4.3.1.2 O <i>Fórum Nacional do Judiciário</i>	78
4.3.1.2.1 Núcleos ou Câmaras de Apoio Técnica (NAT).....	81
4.3.1.2.2 Enunciados da I Jornada de direito da saúde do CNJ.....	82
4.3.1.2.3 Enunciados da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ.....	83
4.4.1 <i>Análise jurisprudencial no âmbito do STF</i>.....	84
4.4.1.1 <i>Análise das decisões até 2009</i>	84

<i>4.4.1.2 Análise das decisões pós 2009</i>	89
4.5 Resultados e Discussão	112
5 CONCLUSÕES	117
REFERÊNCIAS	119
ANEXO I	129
ANEXO II	138

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende fazer um estudo do direito ao mínimo existencial à saúde e de como o Poder Judiciário vem implementado esse direito a fim de propor possíveis soluções para os problemas apresentados.

Para se chegar ao cerne da problemática, foi necessário fazer um estudo do surgimento do direito ao mínimo existencial e de sua positivação nas diversas constituições dos Estados, assim como nos tratados internacionais que o consagram. Estudou-se o conceito de mínimo existencial, entendendo-se que ele está intrinsecamente ligado ao de dignidade humana. Com isso, adotou-se a concepção de garantia do direito ao mínimo existencial como equivalente à garantia do direito à vida com dignidade, não correspondendo esta apenas ao mínimo vital que está relacionado somente à garantia de sobrevivência, independente de ser fruída com dignidade. Chegou-se à conclusão de que o direito ao mínimo existencial é bastante abstrato e de difícil delimitação tanto em seus aspectos quantitativos como nos qualitativos. Como a efetivação do direito ao mínimo existencial requer recursos orçamentários, achou-se importante estudar a teoria da reserva do possível, já que ela é corriqueiramente utilizada para restringir e delimitar a garantia do mínimo existencial na *praxis*. Esses aspectos foram tratados no capítulo 2.

Para se chegar ao que seria a garantia do direito ao mínimo existencial à saúde, foi importante se fazer um exame, também, do direito à saúde e de sua evolução, até se chegar à concepção atual, o que inclui o estudo do Sistema Único de Saúde e da problematização do seu subfinanciamento, o que foi abordado no capítulo 3.

No capítulo 4, adentrou-se no estudo da judicialização da saúde e dos problemas advindos dela, relacionados não só ao excessivo número de demandas e ao deslocamento orçamentário, mas também ao fato do Judiciário não ser capaz de resolvê-los de forma solitária, levando-se em consideração a falta de preparo técnico para lidar com demandas por medicamentos, que abarcam áreas estranhas a ele, como a medicina e a farmácia, assim como a falta de entendimento de como funciona a dinâmica de um hospital, por exemplo, que são questões afetas à área da gestão. Nesse sentido, o CNJ implementou diversas medidas baseadas no diálogo institucional, como uma possível solução para os problemas citados. Por meio do

diálogo institucional, propôs-se que o Judiciário deva dialogar com as outras instâncias de poder, a fim de se ter uma melhor efetivação do direito ao mínimo existencial à saúde.

Posteriormente, fez-se a análise das decisões judiciais no âmbito do STF, com o enfoque no exame de como o Tribunal vem implementando o direito ao mínimo existencial à saúde e de como a reserva do possível vem sendo utilizada para delimitar a abrangência do direito. A pesquisa foi dividida em dois momentos: decisões proferidas até 2009, que é quando ocorreu a Audiência Pública de Saúde e se iniciou a atuação do CNJ a fim de propor soluções dialógicas para a judicialização da saúde; e decisões proferidas após 2009, quando se passou a observar se as propostas sugeridas pelo CNJ estão sendo utilizadas pelos Ministros de modo a auxiliá-los na implementação do direito ao mínimo existencial à saúde. Nesses dois momentos o enfoque continua a ser o direito ao mínimo existencial e a reserva do possível.

Por fim, fez-se um pequeno esboço de uma possível solução para a judicialização da saúde, implementada pelo CNJ - a mediação sanitária - e das experiências positivas alcançadas no Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

2 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1 Raízes históricas do direito ao mínimo existencial

Segundo Eurico Bitencourt Neto, a pretensão de extinguir as carências materiais no âmbito social sempre existiu ao longo da história da Humanidade, sendo tal fato demonstrado pelos movimentos e diversas lutas que buscam a igualdade e a melhor distribuição dos bens necessários à vida e dignidade humana:

(...) as ações de intervenção social para assistência aos necessitados e a preocupação de garantia de meios de subsistência não se vinculam à consagração moderna de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, mas remontam à antiguidade, havendo indícios de ações de assistência aos necessitados no Egito, entre os hebreus, na Grécia e na Roma antigas, embora nem sempre como obrigações dos poderes públicos.¹

Verifica-se que não havia garantias para o mínimo existencial, sendo este relacionado à assistência aos necessitados que em grande parte era realizada pelas instituições religiosas:

(...) a mais antiga manifestação de uma assistência pública organizada é encontrada na Grécia antiga, onde leis conferiam subsídio aos inválidos de guerra e, posteriormente, a qualquer cidadão que, por motivo de enfermidade, ficasse inválido para o trabalho, desde que observados requisitos determinados.²

Na Roma antiga também se verificaram diversos meios de proteção dos cidadãos socialmente mais necessitados, exercendo a Igreja o papel preponderante. “Tal atitude se inverterá a partir do iluminismo, transferindo-se a assistência à pobreza para o Estado, imunizando-se o mínimo existencial contra os tributos e incentivando-se a riqueza suscetível de imposição fiscal.”³

Neste período a proteção do mínimo existencial estava diretamente relacionada com a assistência social, diferentemente da visão que se tem

¹ NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41. Neste ponto o autor faz referência a VENTURI, Augusto. I fondamenti scientifici dela sicurezza sociale, p. 4-6.

² NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41. Neste ponto o autor faz referência a VENTURI, Augusto. I fondamenti scientifici dela sicurezza sociale, p. 20.

³ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 4.

atualmente de ser um *direito* que deve ser prestado pelo Estado e protegido contra violações de terceiros.

A evolução do direito ao mínimo existencial está interligada à evolução dos direitos fundamentais, visto que o conceito de mínimo existencial está intrinsecamente ligado ao de dignidade humana. Posteriormente, no Estado liberal, as declarações de direitos, além de afirmarem a liberdade e a proteção contra o exercício do poder, também fazem referência à igualdade como a Declaração da Virgínia de 1776, o *Bill of Rights* e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A assistência social estava presente nas diversas Constituições dos Estados europeus e também no Brasil, no entanto, “a assistência estatal ainda se identificava mais como um beneplácito do líder carismático que propriamente um direito fundamental.”⁴ Ilustrativa é a passagem de Eurico Bitencourt Neto nesse ponto:

Não obstante várias manifestações de preocupação social em Constituições do período liberal – preocupação que, de resto, como se demonstrou, remontam à Antiguidade clássica – não se pode dizer que a assistência pública ou a garantia de meios de subsistência tenham se configurado, no período liberal, como verdadeiros direitos fundamentais. Não houve direitos fundamentais sociais antes do século XX, nem sequer a consciência de que a garantia de meios materiais para uma existência digna seria um direito fundamental, oponível ao Estado. As prestações de saúde, educação ou de subsistência dos cidadãos desafortunados não se garantiam de modo universal, isonômico e mediante um aparato de controle jurisdicional, além de não se terem desenvolvido de modo uniforme, nas diversas experiências nacionais.⁵

Apenas no Estado Social de Direito, a partir da Segunda Guerra Mundial, que a ideia de um direito fundamental à existência digna, oponível ao Estado, ganhou espaço no mundo ocidental.⁶ “O Estado Social de Direito surgiu como resposta às crescentes necessidades que a sociedade não podia suprir por si só (...).”⁷

Nesse ponto relevante é a passagem de Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a

⁴ NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47.

⁵ NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

⁶ NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

⁷ NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-52.

consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu pleno 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.⁸

Vê-se que ao longo da história os direitos fundamentais estão em constante processo de expansão e consolidação, assim como a proteção do mínimo existencial, que se torna mais efetiva no Estado Social de Direito em que é evidenciada a necessidade de promoção de direitos prestacionais por parte do Estado. São os chamados direitos de segunda dimensão, que visam à liberdade e, principalmente, a igualdade material e não apenas formal, como se tinha anteriormente, sendo o Estado a principal ferramenta para a implementação desses direitos.

Segundo Eurico Bitencourt Neto, foi na Alemanha que surgiu, por meio da doutrina e jurisprudência, os fundamentos do que seria o direito ao mínimo para uma existência digna:

O direito de um mínimo de segurança social, ou a recursos materiais mínimos para uma existência digna, começou a ser fundamentado pela doutrina alemã com base no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, I, da Lei Fundamental já a partir do início da década de 1950, no sentido de que o direito à vida, ou à vida digna, não postula, somente a garantia da liberdade, mas necessita também de posições ativas indispensáveis à sua promoção.⁹

Sobretudo após a entrada em vigor da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), iniciaram-se as discussões em torno da existência de condições materiais mínimas garantidoras de uma vida com dignidade.¹⁰

Andreas J. Krell aduz que “atribuiu-se, de maneira geral, à Alemanha um certo papel pioneiro no tratamento doutrinário e jurisprudencial dos Direitos Fundamentais no seio da Comunidade (e posterior União) Europeia”.¹¹ A diferença é que a Lei Fundamental, não positivou de forma expressa nenhum direito social

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

⁹ NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54-55.

¹⁰ MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 154.

¹¹ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 43.

como, por exemplo, o direito dos trabalhadores, direito à saúde, educação, etc¹², como acontece na Constituição Brasileira de 1988 e na Constituição Portuguesa. Segundo Krell, tal fato se deve “às más experiências com a Carta anterior de Weimar.”¹³ Para a doutrina alemã, essa Carta serviu como um modelo de Constituição fracassada que contribuiu para a radicalização da política e para a tomada do poder pelos nazistas em 1933:

Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora.¹⁴

Ainda que os direitos sociais não estejam positivados na Lei Fundamental alemã de 1949, eles são passíveis de tutela estatal.

A não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do “Estado social” (artigo 20, LF), representa uma “norma-fim de Estado” (*staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como “mandados” (*Aufträge*) e não propriamente direitos.¹⁵

A Constituição brasileira de 1988, diferentemente da alemã, positivou uma série de direitos fundamentais-sociais, em seu artigo 6º. Ainda assim a Carta Magna possui em grande parte os mesmos princípios e garante os mesmos direitos que a Lei Fundamental alemã.

Nesse sentido Krell ressalta:

A dogmática constitucional alemã certamente é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e

¹² Com exceção do direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade, previsto no artigo 6º, IV.

¹³ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 45.

¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46.

¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 48.

formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental de 1949. Essas doutrinas germânicas disseminaram-se através de doutrinadores da Espanha e de Portugal, países que, por sua proximidade cultural e linguística, exerceram forte influência nas ciências jurídicas brasileiras, sobretudo no âmbito do Direito Público.¹⁶

Otto Barchof foi o primeiro jurista alemão de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito à garantia positiva de recursos mínimos para uma existência digna, na doutrina do Pós-Guerra.¹⁷

Cerca de um ano após as considerações de Barchof e já no primeiro ano de existência, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu, em sua decisão (BverwGE 1, 159), proferida em 24 de junho de 1954, um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, fundamentando-se com base na dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida.¹⁸

Cerca de duas décadas após a referida decisão, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna, em sua decisão BVerfGE 40, 121, de 18 de junho de 1975, conforme trecho abaixo:

Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado.¹⁹

¹⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.20.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.20.

¹⁹ BVerfGE 40, 121; cf. MARTINS, Leonardo (org.). Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 828. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 02 out 2015. A versão no idioma original pode ser obtida em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040121.html>. Acesso em 02 out 2015.

A partir de então houve a consolidação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, do reconhecimento definitivo do *status* constitucional de garantia estatal do mínimo existencial.²⁰

Além da Alemanha, a jurisprudência europeia também reconheceu a necessidade de o “Estado garantir e prover condições mínimas para que os cidadãos possam desfrutar de uma existência digna”.²¹

Ricardo Lobo Torres destaca que, no Estado de Polícia, o mínimo existencial também era garantido por meio de imunidades fiscais em que a tributação era limitada pela imunidade do mínimo existencial, “com a retirada do campo de incidência fiscal daquelas pessoas que não possuem riquezas mínimas para o seu sustento”.²²

Segundo o autor:

No Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência, a proteção ao mínimo existencial se faz por mecanismos paternalistas e a respectiva ideologia se aproxima da concepção de justiça social. **Hoje no Estado Democrático de Direito, aprofunda-se a meditação sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo.** (grifo nosso)²³

A discussão a respeito dos direitos humanos e dos direitos fundamentais ganhou uma nova dimensão após a Segunda Guerra Mundial e, principalmente, após a criação da ONU. O dever de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana foi reconhecido no âmbito internacional por meio das Declarações e Pactos firmados, bem como Organizações e Cortes criadas para protegê-los.²⁴

Tal fato se deveu às desastrosas consequências advindas da Segunda Guerra Mundial, crimes contra a humanidade que dizimaram milhares de cidadãos. Neste período, o grau de essencialidade e importância da dignidade humana e do mínimo existencial foram desconsiderados e, por isso, com o fim da guerra, houve a necessidade de se implementar mecanismos de controle e proteção internacionais a fim de evitar que tais atrocidades se repetissem.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 318.

²¹ MOREIRA, Alinie da Matta. As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 156.

²² TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 4.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2007, p. 97.

Diversos tratados internacionais evidenciam a proteção do mínimo existencial, como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC – 1996); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica – 1960); Carta Europeia de Direitos Humanos e na Declaração do Milênio das Nações Unidas.²⁵

Destaque-se o disposto no art. XXV da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948):

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.²⁶

Os pactos internacionais de direitos humanos tiveram importância fundamental na proteção de condições mínimas de sobrevivência com dignidade e, posteriormente, o direito ao mínimo existencial passa a ser positivado nas diversas Constituições dos Estados.

2.2 O conceito de mínimo existencial

O mínimo existencial está diretamente relacionado à dignidade humana, sendo que um não consegue coexistir sem o outro. Para se ter dignidade humana é necessário que seja respeitado o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sem os quais o direito resta violado e perde efetividade. Pode-se dizer que “a ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial.”²⁷

O mínimo existencial corresponde às garantias mínimas necessárias, prestadas ou protegidas, por isso possui um caráter positivo e negativo, sem os quais o direito perde efetividade.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 12.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 9 dez 2015.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 42.

O caráter negativo reside no fato de receber proteção contra intervenções do Estado e de terceiros, além das imunidades fiscais, segundo o qual: “o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.”²⁸ O caráter positivo corresponde às prestações estatais.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial abrange qualquer direito (saúde, educação, moradia, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo (...)²⁹

O autor ressalta que “o mínimo existencial não tem conteúdo específico, segue-se que abrange qualquer direito em seu núcleo essencial.”³⁰ Portanto, o seu conteúdo é variável e envolve mais aspectos de qualidade que de quantidade.

Muito importante a colocação do autor que aduz que o mínimo existencial:

(...) não é um princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, que é *irredutível* por definição e *insuscetível de sopesamento*. O mínimo existencial é *regra*, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.³¹

Primeiramente, o autor discorre que o fundamento para o direito ao mínimo existencial está nas condições para o exercício da liberdade³² em sentido amplo, o que é diferente da liberdade como mera ausência de construção.³³

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 184.

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 314.

³¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 316.

³² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 30. Neste ponto o autor cita Robert, J. Libertés publiques. Paris, Montchrestien, 1997. P. 27: “Or ces services (de l’Etat) sont une condition même de l’exercice de la liberté”.

³³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 30.

Além da liberdade, o mínimo existencial está relacionado com o problema da felicidade do homem,³⁴ visto que sem condições mínimas de existência ficariam obstaculizadas as condições para o exercício da liberdade e, conseqüentemente a fruição da felicidade.

O mínimo existencial, por não ter dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais, como no princípio da igualdade, da dignidade humana e em várias outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais.³⁵

Segundo Ana Paula de Barcellos:

(...) o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.³⁶

Para a autora em uma sociedade democrática como a brasileira, a dignidade humana constitui o valor mais fundamental e sua interpretação deve ser irradiada por todo o ordenamento jurídico.

O desafio mais notável nessa seara diz respeito à quantificação do que deve ser prestado em termos de direitos fundamentais e sociais para se garantir a dignidade humana dos cidadãos, ou seja, “a problemática da aferição do valor necessário para uma existência digna”.³⁷

No que tange ao direito fundamental à saúde a tarefa é ainda mais árdua, eis que envolve questões complexas não situadas diretamente no campo jurídico.

Não raras vezes, a literatura especializada e a jurisprudência tratam o mínimo existencial como sinônimo de mínimo vital. Segundo Mônia Clarissa Hennig Leal, é importante se fazer a distinção entre essas duas expressões, pois tem havido uma

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 30-31.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 319

confusão na utilização da teoria do mínimo existencial, diante da proposta original, o que tende a enfraquecer o seu alcance e possibilidades.³⁸

O mínimo existencial é mais amplo que o mínimo vital, enquanto esse último se restringe a um mínimo para condições de sobrevivência, o mínimo existencial corresponde a condições de vida com dignidade e passa a ser visto no nível da essencialidade.

(...) a teoria do mínimo vital não é nova, remonta ao Século XVI, vinculando-se à ideia de uma quota mínima de bens e/ou valores aptos a assegurar a sobrevivência do ser humano, diferentemente do mínimo existencial, que somente passa a existir no Século XX, já a partir do advento do Estado Social, mas mais precisamente quando da atuação da jurisdição alemã (...).³⁹

Com isso, o mínimo vital encontra-se em patamar inferior ao do mínimo existencial, correspondendo a condições de mera existência. No entanto, a autora ainda aduz que, infelizmente, houve certas distorções na interpretação do direito ao mínimo existencial pelo Judiciário no que tange às prestações sociais, visto que na prática é restringido pelo limite orçamentário.

Em razão de questões políticas, econômicas e financeiras do Estado na implantação de direitos, em especial os direitos sociais, ocorreu uma transformação conceitual, máxime quando os direitos sociais constitucionalmente assegurados passam a ser judicializados na sua perspectiva de direitos fundamentais subjetivos. A tensão criada entre o direito postulado e o limite orçamentário do Estado fez com que a teoria do mínimo existencial e, principalmente o adimplemento das prestações sociais, fosse vista de forma restritiva por parte da doutrina e da jurisprudência.⁴⁰

O limite orçamentário, também denominado de “reserva do possível”, é comumente utilizado para restringir o alcance da decisão judicial concessiva de direito social ou a ação da administração pública.

Tem-se que tanto o mínimo existencial quanto a “reserva do possível” tiveram a mesma origem, na jurisprudência germânica, embora em julgados diferentes.

³⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Controle jurisdicional de políticas públicas x mínimo existencial: uma análise da atuação da jurisdição brasileira na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito & Paz**. Lorena, SP: UNISAL, p. 381.

³⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Controle jurisdicional de políticas públicas x mínimo existencial: uma análise da atuação da jurisdição brasileira na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito & Paz**. Lorena, SP: UNISAL, p.385.

⁴⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Controle jurisdicional de políticas públicas x mínimo existencial: uma análise da atuação da jurisdição brasileira na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito & Paz**. Lorena, SP: UNISAL, p. 388.

Passa-se agora à análise da teoria da “reserva do possível” e de como é utilizada para restringir o mínimo existencial.

2.3 A teoria da reserva do possível

A expressão “reserva do possível” surgiu na decisão BVerGE 33,303⁴¹ (*numerus clausus*) alemã, proferida em julgamento de 18 de julho de 1972, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

Trata-se do julgamento de dois controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera, cujo objeto era regulamentações de admissão no vestibular para medicina humana nas universidades das respectivas cidades, nos anos de 1969 e 1970.

A Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969, e a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, restringiam a capacidade de absorção de candidatos na universidade, no curso de medicina.

Foi alegada afronta ao direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art. 12, I, da Lei Fundamental alemã, que estabelece que “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e de aprendizagem. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”⁴²; também foi alegada afronta ao princípio da igualdade e do Estado Social⁴³.

Em decorrência da limitação do número de vagas no curso, vários candidatos tinham que ficar esperando a oferta de novas vagas e os que não tinham condições de esperar optavam por outro curso, afetando o direito de livre escolha profissional, conforme explicitado na decisão:

⁴¹ Decisão foi consultada em Schwabe, Jüngen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. A decisão no idioma original está disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

⁴² ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução: Assis Mendonça, Aachen. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

⁴³ BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*). Coletânea na íntegra em: SCHWABE, Jürgen; **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. MARTINS, Leonardo; Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 657.

Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos de espera, tais limitações de admissão afetam não só a escolha dos locais de formação, como também podem influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o abandono das intenções originais. Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.⁴⁴

Foi decidido que a alocação de dispendiosos recursos para a criação de novas vagas não atenderia aos interesses prioritários da coletividade, considerando-se, sobretudo, as demandas individuais frequentemente flutuantes:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a *reserva do possível*, no sentido de estabelecer **o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade**. (...) Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual **frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores**. (...) **Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.**⁴⁵ (grifos nossos)

O Tribunal chegou à conclusão de que não havia necessidade de serem criadas novas vagas, tendo em vista que o número de estudantes no curso já era demasiadamente alto, considerando-se as necessidades sociais:

Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (Rahmenplan) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros Hamburg e Baviera, acrescenta-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha].⁴⁶

⁴⁴ BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*). Coletânea na íntegra em: SCHWABE, Jürgen; **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. MARTINS, Leonardo; Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 659.

⁴⁵ BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*). Coletânea na íntegra em: SCHWABE, Jürgen; **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. MARTINS, Leonardo; Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 662-663.

⁴⁶ BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*). Coletânea na íntegra em: SCHWABE, Jürgen; **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. MARTINS, Leonardo; Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 664-665.

Ademais, por meio do trecho da decisão abaixo, percebe-se que houve o cuidado para que a aplicação do *numerus clausus* observasse a razoabilidade, de modo que não houvesse um crescimento absoluto do número de pessoas recusadas no curso de medicina:

Se o número das pessoas recusadas aumentar excessivamente, como no caso do curso de medicina, até muito além da metade dos candidatos, o direito protegido constitucionalmente de admissão restará ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude desses efeitos, não se pode negar que o *Numerus Clausus* absoluto se encontre à margem do constitucionalmente aceitável.⁴⁷

Verifica-se que o principal argumento se concentra na razoabilidade da pretensão e “não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, conseqüentemente, da sociedade.”⁴⁸

Para Vidal Serrano, o Tribunal Constitucional Federal alemão redimensionou a questão decidindo que as restrições orçamentárias poderiam acontecer, somente quando a realização de direitos sociais viesse a extravasar o campo do mínimo vital. “(...) o argumento da reserva do possível, em seu nascedouro, não atinava com direitos integrantes do mínimo vital, como o acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas ao ensino superior público.”⁴⁹

Não se tratava de direito correspondente ao mínimo existencial, essencial às condições de sobrevivência.

Após a utilização da cláusula da “reserva do possível” pelo Tribunal Constitucional Alemão, a expressão se difundiu sendo utilizada em diversos países.

No Brasil a expressão é corriqueiramente utilizada pelos Tribunais e pela literatura especializada, no entanto houve modificação em seu sentido original, “pois a doutrina não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à

⁴⁷ BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*). Coletânea na íntegra em: SCHWABE, Jürgen; **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. MARTINS, Leonardo; Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 662-663.

⁴⁸ FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. In: Nilton Carlos de Almeida Coutinho (Org.). **Advocacia e Direito Público: aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013, p. 48.

⁴⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 174.

disponibilidade ou não de recursos. Seria apenas a reserva do financiamento possível.”⁵⁰

Ademais, a expressão é corriqueiramente utilizada para denegar direitos fundamentais essenciais à vida e à dignidade humana, comprometendo a realização do mínimo existencial.

É interessante se verificar o contexto em que a teoria surgiu e sua aplicação ao caso concreto para perceber as distorções que ocorreram em sua interpretação e aplicação aqui no Brasil. Primeiramente, a teoria não foi criada para denegar direito fundamental essencial à sobrevivência. Ademais, o contexto social germânico quando da aplicação da teoria já alcançava níveis elevados de bem-estar social e cumprimento de direitos fundamentais, tanto que a questão fundamental no julgado se tratava de livre escolha profissional, enquanto que no Brasil são pleiteados via Judiciário direitos essenciais à sobrevivência e que deveriam ser prestados pelo Estado.

Em relação às distorções ocorridas na interpretação e aplicação da expressão aqui no Brasil Jan Woischnik alerta que:

(...) deve-se ter cuidado ao verter para uma língua estrangeira certos pronunciamentos de um tribunal alemão sem conhecer muito bem o contexto específico em que a sentença foi proferida. (...)
Nossas constituições baseiam-se, em grande medida, nos mesmos princípios, e garantem os mesmos direitos; em alguns casos, até no seu teor são idênticas. Isto porque as constituições latino-americanas foram, de modo geral, concebidas consoante o modelo das constituições europeias e norte-americana. Entretanto, na realização dos direitos fundamentais não foi atingido em todos os lugares idêntico padrão. O traslado das liberdades e direitos garantidos para a realidade social requer uma instituição independente, cuja função seja a de vigiar esse processo. Enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão teve 50 anos para desenvolver sua jurisprudência constitucional, nos países latino-americanos os tribunais constitucionais e as salas constitucionais são criações relativamente recentes – ou ainda por realizar-se.⁵¹

Alexandre Maciel Simões faz uma abordagem desconstrutivista das referidas teorias. O autor busca contextualizar, adotando um viés diferente, os fatores

⁵⁰ FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. *In*: Nilton Carlos de Almeida Coutinho (Org.). **Advocacia e Direito Público: aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013, p. 49.

⁵¹ SCHWABE, Jürgen; **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. MARTINS, Leonardo; Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 28.

dominantes e causadores da violência simbólica inserida em tais teorias, a fim de verificar se, por meio do desconstrutivismo, elas ainda se demonstram sustentáveis ante o modelo sócio-político-econômico estruturados na CR/88. Segundo o autor a aceitação dessas teorias no Brasil se dá em decorrência da prevalência de uma ética predominantemente de mercado. Conclui que diferentemente do contexto germânico em que as teorias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” foram criadas, no qual a hierarquia dominante dessas teorias era “a existência digna” e não “mínima”, assim como a “reserva do possível” era um meio para proporcionar uma melhor distribuição (mais razoável e proporcional) dos recursos do Estado, impedindo, sim, a existência de privilégios⁵², no Brasil elas são usadas para vilipendiar a efetividade de direitos sociais essenciais à sobrevivência.

Cita, ainda, alguns excertos jurisprudenciais das Cortes Superiores pátrias que vêm se consolidando e se apresentam aderentes à concepção originária germânica.

Do Superior Tribunal de Justiça cita o trecho do Recurso Especial nº 1.068.731/RS (2008/0137930-3) impetrado em sede recursal pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra Acórdão do TJRS, em face de Ação Civil Pública promovida pelo *parquet* em que se pleiteia a municipalização e o aumento de vagas dos CTIs para municípios carentes dessa assistência. Interessante trecho constante no voto do ministro Herman Benjamin, no qual entende que:

A escusa da limitação de recursos orçamentários, por exemplo, frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez aquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicalizáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação de Poderes.⁵³

Do Supremo Tribunal Federal exemplifico com trecho citado por Christiane Falsarella, que trata de demanda por criação de vagas para atendimento de crianças em creches e em pré-escola:

⁵² SIMÕES, Alexandre Maciel. Estudos para uma abordagem desconstrutivista do mínimo existencial e da reserva do possível. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n.77, jan./fev. 2013, p. 159.

⁵³ TJRS. Recurso Especial nº 1.068.731/RS (2008/0137930-3) *apud* SIMÕES, Alexandre Maciel. Estudos para uma abordagem desconstrutivista do mínimo existencial e da reserva do possível. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 77, jan/fev. 2013, p. 160.

(...)A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - **A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.** (grifos nossos).⁵⁴

Posteriormente, no capítulo 4, far-se-á uma análise das decisões no âmbito do STF para se verificar qual tem sido o entendimento dessa Corte para os casos de entrega de prestação garantidora do mínimo existencial à saúde.

2.4 Reserva do possível *versus* mínimo existencial

Ricardo Lobo Torres ensina que a “reserva do possível” não é aplicável ao mínimo existencial, tendo em vista que este não é passível de restrição podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.⁵⁵ Para o autor deve-se fazer uma diferenciação entre direitos fundamentais e direitos sociais. Os direitos fundamentais devem ser garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas, por isso, caso haja omissão legislativa são passíveis de tutela via Judiciário. Já os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias e, por isso, não estão passíveis de obtenção pelo Judiciário, visto estarem sujeitos à

⁵⁴ Decisão proferido no ARE 639337 AgR/SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011, AGTE.: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, AGDO.:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apud* FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. *In*: Nilton Carlos de Almeida Coutinho (Org.). **Advocacia e Direito Público: aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013, p. 55.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 325.

reserva de lei. Contudo, para o autor quando a política pública contém programas de apoio simultâneo ao mínimo existencial e aos direitos sociais, é possível a judicialização, como acontece nas vinculações orçamentárias constitucionalizadas, por exemplo, na Emenda Constitucional 29/00, que assegura os recursos mínimos para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde.⁵⁶

Entende-se que os direitos sociais, previsto na CR/88 em sua grande maioria são direitos fundamentais e, portanto, suscetíveis de obtenção pelo Judiciário. Portanto, para a presente pesquisa não há que se fazer essa diferenciação entre direitos fundamentais e direitos sociais, já que o foco em questão é o direito à saúde, direito fundamental social.

Como a implementação de qualquer direito, inclusive dos direitos sociais requer gastos, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, ela está sujeita ao princípio da legalidade orçamentária. Ou seja, o orçamento autoriza a despesa pública, que se realiza de acordo com as leis orçamentárias.⁵⁷

Diante disso surge o grande dilema que consiste no fato da concretização dos direitos fundamentais sociais estar condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade.⁵⁸

Como se depreende da realidade fática, o orçamento destinado para o cumprimento de direitos sociais básicos, como a saúde, está aquém do mínimo previsto constitucionalmente.

Portanto, fica o questionamento se os cidadãos devem ficar reféns das escolhas do administrador que em grande parte não condiz com os interesses prioritários da sociedade. Basta verificar os diversos benefícios concedidos a poucos, como os vultosos recursos que são destinados para os diversos “auxílios” para os membros do Legislativo e do Judiciário, que já recebem suficientemente bem e de forma desproporcional se comparados com o salário mínimo legal, dentre outros privilégios não prioritários para a sociedade, mas apenas para determinadas categorias.

⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 328.

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, pag. 179-180.

⁵⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: Estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 171.

Veja-se, os que recebem um salário mínimo são os que dependem da saúde pública e para essa área a destinação do orçamento é veementemente limitada. No entanto, para quem recebe proporcionalmente muito mais, não.

Para a destinação orçamentária dessas diversas “regalias”, a “reserva do possível” nunca foi alegada.

O problema não está na falta de recursos, mas na prioridade que os entes encarregados de programar e executar as políticas públicas dão a eles, o que não atende aos interesses da coletividade. Maria Paula Dallari Bucci ressalta a importância do planejamento e o apresenta como resultado de um processo que definirá as prioridades e interesses públicos:

As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.⁵⁹

Nesse sentido, acrescenta Dirley da Cunha Júnior apontando a necessidade de:

redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomia a Ex-Presidentes da República; gastos em publicidade etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.⁶⁰

No Brasil os valores estão invertidos, a comunidade que deveria ser a maior beneficiária do investimento público é a que mais sofre com a falta dele. Os agentes públicos muitas vezes atuam como se fossem o poder, não considerando a vontade popular, infringindo gravemente os princípios do Estado Democrático de Direito, onde o sujeito de direitos e obrigações deveria ser a comunidade.

⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 254.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 287.

Segundo colocação de Antonio Cota Marçal, o Estado é meio ou instrumento para a equânime consecução dos fins legítimos dos cidadãos e não é fim em si mesmo, complementa, ainda, que:

Não podem, portanto, funções e/ou agente do Estado serem desempenhadas e/ou atuarem como fontes do poder no Estado Democrático de Direito, à revelia do pactuado e em detrimento dos titulares do Estado consensuado. Executivo, Legislativo e Judiciário brasileiro, no entanto, se autoposicionam como Poderes e não como Funções do Estado **(pompas, palácios, honra, elevados honorários, distância relativamente aos titulares do poder, abuso de benesses relativas e dispêndios públicos com gastos pessoais, transporte, moradia e muitos outros autênticos privilégios inacessíveis ao contribuinte)**, atuam como se fossem independentes da sociedade que os instituiu ou eventualmente elegeu (só relutantemente e quando exigidos prestam conta de seus atos enquanto agentes públicos), exigem respeito e submissão mesmo quando desrespeitam direitos e deixam de se submeter à norma posta.⁶¹ (grifos nossos).

E quanto à função do Estado como meio para a auto-realização do cidadão, para a consecução e efetivação dos fins e objetivos de cada um dos integrantes da comunidade política, acrescenta:

Não podem, portanto, as funções públicas, seus institutos e instituições ser instrumentalizados para atender a interesses privados em detrimento do bem da comunidade dos cidadãos: a privatização do público. Clientelismo, nepotismo, corrupção e desvio de recursos públicos, porém, continuam sendo instrumentalizações endêmicas do Estado Democrático de Direito. (...) o abissal contraste entre as remunerações dos agentes de determinadas funções públicas e o aviltante salário mínimo legal brasileiro (...) são ilustrações muito concretas de como a função “meio” do Estado Democrático de Direito vem sendo descaracterizada para atender a fins particulares de indivíduos e grupos [em contradição com e violação do consensuado e pactuado].⁶²

Por todo o explicitado até agora, entende-se que a limitação orçamentária não pode ser utilizada para denegar direito fundamental à vida com dignidade.

Conclusivo é o excerto de Vidal Serrano Nunes Júnior:

O limite, trazido pela teoria da reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à

⁶¹ MARÇAL, Antonio Cota e outros (organizadores). Metaprincípios no Estado Democrático de Direito a partir de um ponto de vista pragmatista. In: **Os Princípios na Construção do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18-19.

⁶² MARÇAL, Antonio Cota e outros (organizadores). Metaprincípios no Estado Democrático de Direito a partir de um ponto de vista pragmatista. In: **Os Princípios na Construção do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19-20.

saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda.⁶³

Portanto, entende-se que a “reserva do possível” não pode ser alegada nos casos em que: não esteja satisfeito o direito ao mínimo existencial (que seria mais que o mínimo vital, correspondendo não só às condições de sobrevivência, mas a condições de vida com dignidade); caso não seja atendido o investimento mínimo previsto em lei para os serviços de saúde, educação, etc; e caso a demanda seja razoável.

2.5 Positivação do direito ao mínimo existencial na Constituição de 1988

Para Eurico Bitencourt Neto, a Constituição portuguesa de 1976 foi paradigma importante na previsão dos princípios da dignidade da pessoa humana, da socialidade e da democracia, com amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, que postulam prestações materiais do Estado em favor dos cidadãos. Apesar de já haver previsão constitucional anterior, como na Constituição do México de 1917, na Constituição de Weimar de 1919 e a francesa de 1946, o autor ressalta que a Constituição portuguesa “inaugurou uma espécie de Constituição democrática e social, marcada por generoso rol de direitos diretamente estatuídos pelas disposições jusfundamentais”⁶⁴ e exerceu influência central na Constituição brasileira de 1988, quanto à positivação dos direitos sociais.

O direito ao mínimo existencial não vem expresso diretamente na Constituição de 1988, mas de forma indireta, como, por exemplo, o previsto no artigo 3º, III: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. “As grandes Constituições do Ocidente também não proclamam o direito, salvo a do Canadá, indiretamente”.⁶⁵ Está presente de forma implícita nas normas de direitos fundamentais e sociais a prestações, constante nas diversas Constituições.

⁶³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 175.

⁶⁴ NETO, Eurico Bitencourt. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

O artigo 6º da atual Constituição traz um rol extenso de direitos sociais de cunho prestacional: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, além de vários outros dispersos no texto constitucional, como, por exemplo, dispositivos do Título da ordem social.

Muito embora possam ser citados textos constitucionais anteriores – como a Constituição de 1946, por exemplo – verdade é que a reabertura democrática trouxe consigo a inauguração de um novo momento constitucional, com evidente relevo à proteção dos direitos humanos, de modo geral, e dos direitos fundamentais, em particular.⁶⁶

Com o fim da ditadura militar e a abertura democrática, o constituinte viu a necessidade de dar primazia aos direitos e garantias fundamentais, principalmente os que garantem a liberdade e a dignidade humana.

O direito à saúde passa a ser considerado direito fundamental social a partir da atual constituição e para tanto ocorreram diversas lutas sociais em favor de sua consolidação com caráter de universalidade e integralidade.

É interessante verificar que à medida que os direitos fundamentais vão se ampliando em termos quantitativos, e, principalmente, qualitativos, percebe-se que também o conteúdo de direito à saúde vai se alargando até chegar à atual concepção adotada pela Organização Mundial da Saúde, o que será estudado no próximo capítulo.

⁶⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

3 O DIREITO À SAÚDE

Atualmente, a concepção de saúde que se tem no Brasil e em diversos países, como um direito humano e fundamental passível de tutela e proteção pelo Estado, passou por um longo processo evolutivo, tanto conceitualmente como do conteúdo do direito em si.

A busca pela saúde e a melhoria das condições de vida sempre estiveram presentes desde os primórdios da humanidade. O medo da morte e do sofrimento impulsionou o homem a desenvolver novas formas de cura e de diminuição da dor.

No início da civilização humana, não havia desenvolvimento científico, sendo que o único “conhecimento” disponível para rebater a doença eram as explicações ligadas à magia. Por volta de 4.000 a.C, houve o surgimento dos médicos e, conseqüentemente, o início de cientificidade no tratamento da questão sanitária.⁶⁷

A Grécia antiga foi a grande fissura na concepção de o que é uma doença. O conhecimento dos gregos eliminou o ranço “mágico” e religioso, mesmo que cultuassem deuses da saúde. (...) O primeiro conceito de saúde pode ser atribuído aos gregos da cidade-estado de Esparta. O brocardo “*Mens Sana In Corpore Sano*” é, em realidade, o marco primeiro da definição de o que é ter saúde.⁶⁸

“Hipócrates foi o grande nome da medicina grega – uma medicina que afastava a religião do campo das doenças.”⁶⁹ As suas ideias de que a cidade e o tipo de vida influenciavam a saúde de seus habitantes e de que as doenças devem ser tratadas de acordo com as particularidades locais perduram até hoje, podendo-se afirmar que um dos motivos pelo qual a saúde no Brasil é descentralizada, adveio remotamente do pensamento hipocrático.⁷⁰

Segundo André Luiz Bianchi, os romanos não trouxeram grandes contribuições para a clínica médica, mas foram responsáveis pelo aprimoramento da engenharia, organização dos serviços médicos e pelo desenvolvimento dos serviços

⁶⁷ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29.

⁶⁸ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29.

⁶⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

⁷⁰ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

sanitários. “Eles passaram a estruturar a assistência à saúde como um serviço público prestado pelo Estado”.⁷¹

Na Idade Média houve um retrocesso em tema de saúde, surgindo diversas epidemias, como a peste de Justiniano e a Morte Negra.

A retomada do conhecimento científico médico aconteceu de forma paulatina no Renascimento (1500-1750). No Iluminismo (1750-1830), conceberam-se os males como fenômenos sociais de grande relevância, denotando a necessidade de intervenção do Estado para a sua proteção.⁷²

Com a industrialização do século XIX e a grande exploração da mão de obra barata, a sociedade industrial tem uma concepção de saúde dentro dos padrões do individualismo liberal, como uma saúde meramente curativa, o que equivale a ausência de enfermidades. O indivíduo doente significava prejuízo aos meios de produção e ao processo de acumulação capitalista. Portanto, “a saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho”.⁷³

Segundo André Luiz Bianchi:

A concepção de uma saúde eminentemente curativa prevalece até o advento das duas grandes guerras do século XX. A partir desse marco, e com o advento do Estado Social de Direito, ela é repensada e ganha corpo o caráter preventivo da saúde, cuja base reside na prestação de serviços básicos de atividade sanitária.⁷⁴

Somente com o fim da segunda guerra mundial e com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945 e a promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos houve o incentivo à “criação de órgãos especiais

⁷¹ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012, pág. 83 *Apud* RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.31 e AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51-52.

⁷² BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012, p. 84. *Apud* RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

⁷³ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

⁷⁴ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012, p. 85.

dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais. Dentre outras entidades, criou-se a Organização Mundial de Saúde - OMS⁷⁵.

A OMS é um órgão da ONU e estabelece que a saúde abarca a noção curativa, preventiva e promocional, sendo considerado um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Portanto, a concepção de saúde de acordo com a OMS deve ser a mais ampla possível, não obstante o seu conteúdo ser bastante abstrato.

Pretende-se nos próximos tópicos analisar qual deve ser o conteúdo do direito à saúde que deve ser prestado pelo Estado em sua função jurisdicional, a fim de que seja respeitado o mínimo existencial, tendo sempre como norte a concepção estabelecida pela OMS, já que a atual Constituição alinhou-se a esse conceito.

Para se chegar às primeiras premissas é importante se estudar a evolução do direito à saúde no Brasil a fim de se ter uma melhor compreensão de seu alcance e abrangência atuais. A hermenêutica de qualquer direito deve estar sempre contextualizada com o momento histórico e cultura vivenciados, como ensina Gadamer⁷⁶. Percebe-se tal fato conectando o conteúdo e validade dos direitos ao momento histórico e acontecimentos vivenciados, conforme pode ser notado pelo que foi exposto até agora.

3.1 O conteúdo do direito à saúde

Neste tópico, busca-se encontrar contornos do que seria o conteúdo do direito à saúde de acordo com o estabelecido pela OMS como “completo bem-estar físico, mental e social”.

Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz falam das dificuldades de se definir o que seja estado de completo bem-estar físico, mental e social, haja vista o bem-estar encontrar-se relacionado à qualidade de vida e ser bastante subjetivo, pois, as questões psicológicas afetam de forma decisiva na fruição do bem-estar. Os autores

⁷⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 80.

⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

chegam à conclusão de que é possível dizer que a saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade.⁷⁷

Germano Schwartz expõe que a saúde é um sistema que faz parte do sistema da vida e com ele interage, não podendo ser considerada como algo estático. “Logo, a saúde é um *processo sistêmico*, significando que é uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona”.⁷⁸ O autor utiliza como marco teórico a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e conclui que os demais subsistemas sociais interferem e exercem influência no subsistema saúde.

Deve-se ter uma noção de saúde mais ampla do que simplesmente a entrega de medicamento ou concessão de tratamento cirúrgico. Pois, a saúde abarca diversos fatores e o desrespeito aos demais direitos, afeta diretamente na saúde do cidadão, como, por exemplo, o não cumprimento do direito à moradia, ao trabalho salubre (o que não corresponde apenas a condições físicas, mas também psicológicas, sem assédios e desrespeitos de qualquer natureza), à alimentação, à segurança, ao meio ambiente saudável, dentre vários outros.

O direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer.⁷⁹

Com isso, o mínimo existencial à saúde abarca diversos sistemas e direitos que compõem o sistema da vida, sendo a atuação judicial de entrega da prestação sanitárias apenas pontual, o que não tira o mérito dessa atuação estar salvando ou deixando de salvar uma vida.

Seria por demais ilusório pensar que ações pontuais estarão “salvando” o sistema ou resolvendo o problema. Elas constituem apenas uma fase de um processo contínuo e talvez interminável no tempo.

⁷⁷ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**. V. 31, n.5, out. 1997, p. 538-542.

⁷⁸ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: abordagem sistêmica, risco e democracia. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 2, n. 1, mar 2001, p. 31.

⁷⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. *Apud* DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de vida: a função social do Estado. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, nº 41, junho 1994, p. 164-179.

3.2 Desenvolvimento do direito à saúde no Brasil

A concepção de direito à saúde que hoje se tem no Brasil, como universal e integral, demorou muitos anos para ser consolidada. Até a criação do SUS ocorreram várias lutas e debates em favor da ampliação da saúde pública e da garantia de um direito para todos.

Segundo Barroso, somente entre 1870 e 1930 o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, adotando um modelo de intervenção denominado “campanhista” caracterizado pelo uso da autoridade e da força policial e que obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas.⁸⁰

Neste período as doenças tropicais como a febre amarela se alastravam no país e Osvaldo Cruz foi o grande nome no combate não só à febre amarela, mas à peste bubônica e à varíola.⁸¹

Em 1903, Osvaldo Cruz foi nomeado a assumir a Diretoria Geral de Saúde Pública, vinculada ao Ministério da Justiça. Adotou o modelo campanhista de combate às epidemias – “o termo “campanha” tem origem na tradição militar, e reflete o trabalho organizado, disciplinado e autoritário que era realizado.”⁸² Como a disseminação de doenças neste período era muito rápida e havia poucos recursos e estrutura de contenção, o sanitarista entendeu que a única medida eficaz seria a utilização desse método. Por isso, para o combate à febre amarela, por exemplo, formou as “brigadas de mata-mosquito” com competência para adentrar nas casas, mesmo que sem a vontade do cidadão.⁸³

Com relação à varíola, o médico entendeu que o único jeito de controlar a doença, seria a vacinação maciça. Por isso, editou-se um regulamento sanitário que a tornou obrigatória, sendo, inclusive, requisito para a matrícula nas escolas, para tomar posse em empregos públicos, etc. A vacinação forçada gerou revolta por parte

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 883.

⁸¹ SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 107-110.

⁸² PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

⁸³ SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 107-108.

da população que, devido à desinformação e aos boatos existentes, tinha receio e não sabia quais seriam os reais efeitos da vacina.⁸⁴ Acreditava-se que a vacina poderia gerar a morte ou deixar a pessoa com cara de bezerro.⁸⁵

A falta de informação da população e a insatisfação com o fato de ser obrigatório o atestado de vacinação para conseguir um emprego, resultou na eclosão da Revolta da Vacina, no Rio de Janeiro em 1904. Posteriormente, quando o movimento foi abafado, a vacinação obrigatória foi suspensa, o que acarretou um novo surto de varíola, em 1908, com 10 mil casos.⁸⁶

Verifica-se que, até o século XX predominava o modelo de combate às epidemias.

Não havia, portanto, uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de “qualidade de vida” ou de “proteção à dignidade humana”. As ações do Estado não tinham um aspecto *promocional* da saúde, restringindo sua atuação a uma esfera de proteção geral (adoção de medidas voltadas a evitar a disseminação de doenças). Ademais, a própria Constituição da República de 1891 não destinava qualquer tratamento ao direito à saúde.⁸⁷

As ações curativas não eram promovidas pelo Poder Público, ficando reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir a década de 30 inicia-se a promoção de ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública que substituiu o antigo Departamento Nacional de Saúde Pública. São criados os IAPs (Institutos de Aposentadorias e Pensões), responsáveis por prestar serviços curativos. No entanto, a saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência. Tais serviços estavam vinculados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto.⁸⁸

Durante o período do regime militar, os IAPs foram unificados, com a criação do INPS (Instituto Nacional da Previdência Social), através do Decreto-Lei 72/66.

⁸⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118-119.

⁸⁵ SCLIAR, Moacyr. Do mágico ao social: trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 110.

⁸⁶ SCLIAR, Moacyr. Do mágico ao social: trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 111.

⁸⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 119.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 884.

Verifica-se que o sistema público de saúde era disponibilizado apenas aos trabalhadores urbanos com carteira assinada. “Grande parcela da população, portanto, permanecia à míngua da rede pública, dependendo de ações de caridade para ter acesso a serviços de saúde.”⁸⁹

Na década de 70, o aumento da pobreza e a repressão política fez emergir a luta pela democratização da saúde por meio da mobilização política da sociedade civil.⁹⁰

Neste período a repressão na área da pesquisa era intensa. Muitos cientistas eram indiciados, simplesmente porque lutavam pela valorização da pesquisa básica e pela criação de um Ministério da Ciência, atitudes consideradas subversivas na época. Como exemplo, tem-se o conhecido “massacre de Manguinhos” em que houve a cassação de dez cientistas do Instituto Osvaldo Cruz.⁹¹

O Governo aplicou também a esses pesquisadores e a outros cientistas cassados, o AI-10, editado em 19 de maio de 1969, impedindo dessa forma que esses profissionais altamente qualificados pudessem vir a exercer atividades em qualquer instituição pública de ensino/pesquisa e até mesmo nas particulares que tivessem financiamento do governo.⁹²

“Entre todos os países americanos, o Brasil continuaria sendo um dos que menos investia em saúde, ficando à frente apenas do Equador e do Haiti”.⁹³

A concepção que se tinha de saúde neste período campanhista, possuía uma lógica privatista e curativista. Privatista, na medida em que o sistema “público” de saúde não era universalizado, mas restrito aos contribuintes da previdência social, logo, apenas os que possuíam carteira assinada e também pelo fato da grande maioria dos serviços ser prestada por instituições privadas, que recebiam repasses do Estado. A concepção curativista se deve ao fato de não se colocar em primeiro

⁸⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70**: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias. 1. Ed. Brasília: Conasems, 2007. p. 17.

⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70**: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias. 1. Ed. Brasília: Conasems, 2007. p. 33-34.

⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70**: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias. 1. Ed. Brasília: Conasems, 2007. p. 33.

⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70**: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias. 1. Ed. Brasília: Conasems, 2007. p. 34.

plano, medidas preventivas de saúde, além de não se considerarem outros fatores como determinantes para a saúde e a prevenção de doenças como, por exemplo, o saneamento básico e a pobreza extrema.⁹⁴

Neste cenário de grande repressão às pesquisas médicas e ao sistema de saúde “público” caótico, que atendia somente aos contribuintes, os Departamentos de Medicina Preventiva de algumas Universidades, com destaque para a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidade de Campinas (Unicamp) e a Universidade Estadual de Londrina (UEL), começaram a promover discussões a respeito da organização sanitária do país. Inicia-se o Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira.⁹⁵

Segundo Simone Reissinger:

Não se tem com fidelidade o marco inicial desse movimento social. Ainda sob a vigência da ditadura militar, mas tendo início a abertura política, começaram a surgir em vários municípios experiências de implantação de redes de atenção básica à saúde, através da ação de profissionais da área de saúde coletiva. Através do Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira, os profissionais da saúde puderam denunciar as repercussões do modelo econômico sobre a saúde da população e a irracionalidade do sistema de saúde existente na época. Assim começaram a nascer as propostas de alternativas para um novo sistema de saúde com características democráticas. Por meio destas, ampliou-se o número de defensores das mudanças no sistema de saúde, que tiveram a oportunidade de se expressar em 1979, durante o I Simpósio Nacional de Política de Saúde, em que houve elaboração de uma proposta de reorientação desse sistema, tendo como finalidade a estruturação de um Sistema Único de Saúde.⁹⁶

Os debates se estendiam para além da academia, abarcando o restante da comunidade (por intermédio de sindicato de trabalhadores, associações de bairros, etc.).⁹⁷

Para Simone Reissinger, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília, em 1986, possuiu relevante destaque no processo de democratização da saúde e de reivindicação por um Sistema Único de Saúde. Estavam presentes mais de 4.000 pessoas oriundas dos mais diversos segmentos sociais e políticos. O

⁹⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

⁹⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

⁹⁶ REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 22-23.

⁹⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

evento estabeleceu um amplo processo social através do debate com a sociedade civil.

Os três eixos fundamentais de debate da VIII Conferência Nacional de Saúde eram **Saúde como Direito, Reformulação do Sistema de Saúde e Financiamento do Setor**. O seu resultado principal foi um consenso político que permitiu a elaboração do projeto da reforma sanitária caracterizado por três aspectos principais:

- a) o conceito abrangente de saúde;
- b) saúde como direito de cidadania e dever do Estado;
- c) a instituição de um Sistema Único de Saúde.

Ainda estabeleceu como princípios da reforma sanitária a universalização, integralidade, regionalização e hierarquização, descentralização, democratização das instâncias gestoras, etc.⁹⁸

No âmbito internacional possui grande relevância a Conferência Internacional sobre os Cuidados Primários da Saúde, na cidade de Alma-Ata, no atual Cazaquistão, ocasião em que foi aprovada a Declaração de Alma-Ata, em 1978, “quando a atenção básica à saúde foi alçada como objetivo a ser perseguido internacionalmente, mediante a comunhão de esforços de todos os envolvidos na promoção da saúde”.⁹⁹

Segundo a Declaração de Alma-Ata:

l) A Conferência enfatiza que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a **consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial**, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.¹⁰⁰ (grifos nossos).

Ressalte-se a relevância do direito à saúde no plano internacional sendo a mais importante meta social mundial a ser alcançada.

A Conferência de Otawa, realizada em novembro de 1986, no Canadá, foi a 1ª Conferência Internacional sobre promoção da saúde. Como resultado da Conferência foi aprovada a Carta de Otawa, que contém orientações para se atingir a saúde para todos no ano de 2000 e seguintes.

⁹⁸ REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 31.

⁹⁹ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 23.

¹⁰⁰ DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA (1978). Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978. Disponível em: < <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em 2 out 2015.

Segundo Gouvêa, os marcos construídos na Conferência foram importantes para o estabelecimento dos marcos legais do Sistema Único de Saúde, assim como de seus princípios basilares, quais sejam, universalidade, equidade e integralidade, abrangendo o ciclo completo da saúde que vai desde a promoção até a recuperação.¹⁰¹

Mas, foi o Movimento pela Reforma Sanitária que primordialmente impulsionou a previsão constitucional do Sistema Único de Saúde.

3.3 Previsão do direito à saúde nas Constituições brasileiras

A saúde passou a ser considerada um direito fundamental-social somente à partir da Constituição da República de 1988. Nas Constituições anteriores ele era previsto de forma esparsa e condicionado à necessidade de contribuição para a previdência.

Na Constituição do Império (1824) não havia qualquer previsão ao direito à saúde. Segundo Germano Schwartz:

Escassos eram os hospitais e os serviços de vigilância sanitária – para não dizer inexistentes. (...) Não cabia ao Estado interferir nessa questão quanto mais um Estado Liberal como aquele apregoada pela Constituição do Império.¹⁰²

A Constituição de 1891, igualmente, não fazia referência ao direito à saúde.

Na Constituição de 1934 havia apenas a previsão no art. 10, II, de competência concorrente da União e dos Estados de cuidar da saúde e assistência públicas, e no art. 138, alíneas “f” e “g” estabelecia que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios adotarem medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis, cuidar da higiene mental a incentivar a luta contra venenos sociais.

A Constituição de 1937 estabelecia que a competência para legislar sobre normas de defesa e proteção da saúde era privativa da União. No entanto, os

¹⁰¹ GOUVÊA, Carina Barbosa. **O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento**: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional. Brasília: Gomes & Oliveira Editora. 2015. p. 87.

¹⁰² SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 44.

Estados poderiam legislar para suprir as deficiências ou atender às peculiaridades locais.

Na Constituição de 1946, a competência para estabelecer normas gerais de defesa e proteção da saúde continua sendo da União. Ademais, “em seu art. 157, também fez menção à legislação do trabalho e da previdência social para observar a previdência contra as consequências da doença”.¹⁰³

Na Constituição de 1967 não houve avanços na positivação do direito sanitário.

Somente com a Constituição de 1988 a saúde passa a ter um tratamento diferenciado, sendo considerada um direito fundamental-social.

3.4 O direito fundamental à saúde na Constituição Brasileira de 1988

Conforme relatado no item 2.2, o forte movimento sanitário ocorrido no Brasil, principalmente nos anos 80, acarretou na ampliação e fortalecimento das bases para a positivação de um direito universal, integral e gratuito à saúde.

A CR/88 atribuiu relevância aos direitos fundamentais, positivando-os no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que difere das Cartas anteriores em que eles se encontravam no capítulo da ordem econômica e social.¹⁰⁴

O direito à saúde passou a ser considerado direito social, previsto no artigo 6º e fundamental, visto que integra o Título II, destinado à disciplina dos Direitos e Garantias Fundamentais. Por conseguinte, a fundamentalidade do direito à saúde se estende a todos os dispositivos referentes ao tema, como os dispostos nos arts. 196 a 200 da CR/88.

Para Sarlet, o direito à saúde possui dupla fundamentalidade (formal e material). A fundamentalidade material advém da importância do bem jurídico protegido constitucionalmente, indispensável para a fruição do direito à vida com dignidade, assim como condição para a fruição dos demais direitos fundamentais ou não. Já a fundamentalidade formal, decorre: a) do fato do direito à saúde, assim

¹⁰³ REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 21.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

como os demais direitos fundamentais, situar-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, possuindo superior hierarquia axiológica; b) por ser norma fundamental está protegida pelos limites formais e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional. c) possui aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da CR/88 e por isso independe de intermediação legislativa para ser efetivado.¹⁰⁵

Ademais, de acordo com Sueli Dallari e Vidal Serrano, o direito à saúde, assim como os demais direitos humanos, possui um caráter supranacional, “de tal modo que sua proteção e defesa podem realizar-se, inclusive, por meio de cortes internacionais de direitos humanos”.¹⁰⁶

Nesse ponto é importante ressaltar passagem de Sarlet, que cita os tratados internacionais que protegem o direito à saúde e dialogam com o sistema constitucional pátrio. Dentre os quais se destacam:

Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (Pidesc), de 1966¹⁰⁷, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica¹⁰⁸, arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado Protocolo de São Salvador¹⁰⁹, art. 10 (direito à saúde); Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor de saúde propriamente dito).¹¹⁰

O art. 196 estabelece o dever fundamental e também a **responsabilidade estatal** de proteção e promoção da saúde:

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. . **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 17, n.67 (jul./set.2008), p.132.

¹⁰⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 68.

¹⁰⁷ O Pidesc foi internalizado pelo Dec.-leg. 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Dec. 591, de 06/07/1992.

¹⁰⁸ O Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado pelo Dec.-leg. 27, de 26/05/1992, e promulgado pelo Dec. 678, de 06/11/1992.

¹⁰⁹ O Protocolo de São Salvador foi internalizado pelo Dec.-leg. 56 de 19/04/1995, e promulgado pelo Dec. 3.371, de 31/12/1999.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. . **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 17, n.67 (jul./set.2008), p. 128.

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.¹¹¹

O legislador lançou as bases de um sistema de saúde igualitário e universal. O que significa dizer que todos os cidadãos, independente de suas condições sociais, têm direito a usufruir do sistema público de saúde, não sendo necessária a contribuição previdenciária. “O legislador constituinte separou a saúde da previdência social, incluindo ambas e a assistência social como ações de seguridade social”¹¹²

Em relação à universalidade e gratuidade do sistema de saúde para todos os cidadãos, inclusive para os que têm condições de pagar pelo serviço, o tema é controverso no que tange à judicialização da saúde, situação que o indivíduo pleiteia determinado medicamento ou serviço, mas muitas vezes tem condições de arcar com uma parte da prestação. No entanto o Judiciário concede a prestação de forma integral gratuitamente. Os recursos muitas vezes são dispendidos de outras áreas que atenderiam pessoas que não tem condições de arcar nem com a saúde básica. Este é um aspecto controvertido da judicialização da saúde.

Também com relação à universalidade, o direito à saúde, igualmente, é estendido aos estrangeiros residentes no país, consoante art. 5º, caput da CR/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) (grifos nossos)¹¹³

Quanto à responsabilidade estatal, cumpre destacar que o Estado não só tem o dever de prestar o serviço público, como também de regulamentar o mesmo, além de fiscalizar e controlar sua execução, diretamente ou por terceiros, conforme estabelecido no art. 197 da CR/88.

O art. 197 da CR/88 ainda ressalta a relevância pública das ações e serviços de saúde. Nesse ponto, Ferraz e Benjamin elucidam que:

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

¹¹² REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 23.

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Quando a Constituição Federal afirma que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196), sendo "de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle" (art. 197) e que "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada" (art. 199, caput), diversas conclusões daí podem ser tiradas: a) a saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os que, mesmo que entes privados, sob a chancela deste, a garantam; b) a saúde é sempre assegurada através da atuação de uma função pública estatal, mesmo quando prestada por particulares, sendo que apenas as suas "ações e serviços" não têm exercício exclusivo do Estado; por isso mesmo, são consideradas de relevância pública; c) como função pública estatal, cabe ao Estado a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo aquele fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes; com isso, pode-se dizer que é limitada a liberdade dos prestadores privados; d) as desconformidades nos serviços e ações permitem que o Estado exerça todo seu múnus, inclusive com a utilização do instituto da desapropriação; e) como direito público subjetivo, a saúde cria uma série de interesses na sua materialização, interesses esses que ora são tipicamente públicos, ora difusos, coletivos, individuais homogêneos ou individuais simples; f) tais interesses, quando contrariados, dão legitimidade a uma série de sujeitos, públicos e privados, para buscarem, judicialmente, sua proteção (para tanto pode-se utilizar, além de outros estatutos, a Lei n. 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor).¹¹⁴

Observa-se que são de relevância pública as ações e serviços de saúde e que estes devem estar inseridos nas prioridades de investimento estatal. Por isso, pode ser considerada legítima a intervenção no caso de omissão e falhas.

3.5 O Sistema Único de Saúde

A criação do Sistema Único de Saúde – SUS, concretizou o objetivo de implementação de um direito à saúde universal, igualitário, obrigatório e gratuito.

Segundo Sarlet, o Sistema Único de Saúde pode ser caracterizado como uma garantia institucional fundamental e como tal:

Sujeita-se, por conseguinte, à proteção estabelecida para as demais normas jusfundamentais, inclusive no que tange à sua inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, além de estar resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral. Desse modo, eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo formal e substancialmente, até mesmo quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser consideradas inconstitucionais, pois que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o

¹¹⁴ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O Conceito de "Relevância Pública" na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 5, n. 2, jul. 2004, p. 88-89. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/80685/84337>. Acesso em 20 jan 2016.

próprio SUS, na condição de instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva.¹¹⁵

O art. 198 estabelece as diretrizes do SUS, quais sejam, a **descentralização**, a **integralidade** e a **participação da comunidade** e prescreve que as ações e serviços de saúde integram uma rede **regionalizada** e **hierarquizada** e constituem um sistema único.

Segundo Sueli Dallari e Vidal Serrano, a ideia de sistema remete ao entendimento de que “todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde integram um sistema único”¹¹⁶.

Não há que se cogitar desse modo, em liberdade de escolha dos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pois a Constituição promoveu a integração automática de todos no SUS, demarcando a imperiosidade a concorrência de esforços para a realização de suas finalidades e diretrizes.

(...) E, diga-se de passagem, é necessário que seja assim, já que a obrigação de prestar é do conjunto dos entes da federação, de forma cooperativa, de tal modo que a ausência de esforços de um deles acarreta danos ao sistema como um todo.¹¹⁷

Portanto, um cidadão na falta de recursos adequados em sua cidade pode recorrer à cidade vizinha, como usualmente ocorre nos Municípios de pequeno porte. “Assim, dentro de uma organização regional, os gestores do SUS devem compartilhar capacidades para o atendimento”.¹¹⁸

Dallari e Serrano, fazendo referência a ensinamento de Dalmo de Abreu Dallari, mencionam a autonomia política dos entes federados, os quais podem fixar sua própria orientação relativa aos seus interesses, desde que não contrariem a Constituição federal.¹¹⁹ E ressalta o traço cooperativo de todos os entes federados, sem o qual a ideia de sistema cai por terra, com isso deve haver:

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 17, n.67 (jul./set.2008), p. 140.

¹¹⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 77.

¹¹⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 78.

¹¹⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 78.

¹¹⁹ DALLARI *apud* DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 79.

(...) a integração automática de todos eles a um sistema, para o qual devem concorrer com ações e recursos, de maneira a se lograr um conjunto integrado e harmônico apto a realizar os elevados objetivos que lhe foram atribuídos pela Constituição.¹²⁰

O art. 5º da Lei 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde – traça os objetivos do Sistema Único de Saúde que abarca:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.¹²¹

E o art. 6º estabelece o campo de atuação do 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;
- II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
- III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;
- V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;
- VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;
- VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
- VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;
- IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;
- XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.¹²²

¹²⁰ DALLARI *apud* DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 80.

¹²¹ BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jan 2016.

¹²² BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jan 2016.

Percebe-se que o campo de atuação do SUS inclui não apenas ações de recuperação da saúde, mas também de promoção e proteção, assim como a formulação da política destinada a promovê-los.

3.5.1 A rede regionalizada e hierarquizada

A regionalização do Sistema Único de Saúde significa que cada ente federativo pode exercer sua autonomia, sempre de forma integrada e coordenada com os demais entes da federação. A regionalização do sistema é uma forma de otimizar a prestação do serviço, propiciando “a redução da complexidade do trato a questão relativa à saúde, já que esta passa a ser tratada segundo as peculiaridades de cada região”¹²³. Busca-se a eficiência em matéria de ações e serviços de saúde.

A hierarquização significa a divisão do sistema em complexidade crescente.¹²⁴ Com isso, o Sistema Único de Saúde é dividido em três níveis de atenção distintos: o primário, o secundário e o terciário, segundo recomendação da Organização Mundial de Saúde e da Organização Panamericana de Saúde.

O atendimento primário é o de pequena complexidade (uma consulta, um curativo, etc.), o atendimento secundário é o de complexidade intermediária (uma pequena cirurgia, o engessamento de um braço etc.) e o atendimento terciário é o de alta complexidade (uma ponte de safena, o tratamento de uma infecção generalizada etc.)¹²⁵

Inicialmente, o paciente é direcionado para o atendimento primário, de menor complexidade. Caso haja necessidade, será encaminhado para os centros de tratamentos mais complexos (atendimento secundário) ou para a alta complexidade, exceto nos casos de urgência. Portanto, para ter acesso aos tratamentos mais sofisticados é necessário que o paciente passe pela avaliação dos responsáveis nos níveis de menor complexidade.¹²⁶

¹²³ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012, p. 98.

¹²⁴ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012, p. 98.

¹²⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 83.

¹²⁶ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012, p. 98-99.

3.5.2 A descentralização

A descentralização do Sistema Único de Saúde “realça a valorização da esfera local como unidade privilegiada de gestão das políticas públicas sanitárias.”¹²⁷ A descentralização converge para a necessidade de municipalização do serviço, realçando a importância do Município na gestão das políticas públicas de saúde. Saulo Pivetta ressalta que a municipalização já estava em pauta desde as reivindicações do Movimento Sanitário Brasileiro por dois motivos fundamentais:

Os gestores municipais por estarem mais próximos das demandas sanitárias da população, poderiam desenvolver políticas sanitárias mais adequadas; por outro lado, a gestão da saúde em nível local favoreceria uma maior democratização das ações e serviços estatais, com a participação popular na definição das estratégias de saúde.¹²⁸

Tal obrigação também está prevista no art. 17, inciso I, da Lei 8080/90:

“Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:
I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;
(...)”¹²⁹

Isso significa que o Município deve dispor das ações e meios para atendimento integral à população. Conforme ensinamento de Dallari e Serrano:

Esse processo de municipalização indica, em última análise, que a tarefa de gestão dos serviços dirigidos à população deve ser realizada pelo Município, mesmo em relação a equipamentos de outras esferas do Poder Público e aos pertencentes à iniciativa privada (prestadores do SUS mediante convênio ou contrato administrativo). Logo, incrementar-se esse processo de descentralização significa, por exemplo, passar para a gestão do Município hospitais e postos estaduais e federais. Neste caso, as unidades continuam na propriedade dos demais entes da federação, mas sob o comando do gestor municipal do SUS.¹³⁰

¹²⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

¹²⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 134.

¹²⁹ BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jan 2016.

¹³⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 81.

A Norma Operacional Básica do SUS – NOB 1/96¹³¹ prevê a relevância do processo de municipalização.

Ressalte-se que, de acordo com o art. 23, inciso II, da CR/88, a responsabilidade pela promoção e prestação da saúde é solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Portanto, caso o Município não esteja cumprindo adequadamente as suas obrigações, deve haver intervenção tanto do Estado, para suprir a falta do Município, como da União, para suprir a do Estado. Conforme também estabelece a NOB 1/96 “os poderes públicos estadual e federal são sempre co-responsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal.”¹³²

É importante se discutir a descentralização do Sistema de Saúde, pois esse é um tema bastante polêmico no que tange à responsabilidade de cada ente da federação na prestação de saúde adequada e vem sendo debatido em diversas demandas judiciais.

Segundo Dresch, muitos julgadores tem interpretado a responsabilidade solidária prevista no artigo 23, inciso II, da CR/88 de modo a desconsiderar “as normas jurídicas legais e infra legais de repartição de competência e distribuição de atribuições entre os gestores, impondo indistintamente aos três entes federados a responsabilidade por qualquer ação e serviço de saúde”¹³³, o que tem tumultuado a gestão da saúde e causado impacto deslocativo no orçamento. A situação é agravada, principalmente no que tange aos Municípios, que são os que menos arrecadam e, portanto, os que mais sentem os efeitos orçamentários das decisões judiciais. Por ser o ente mais próximo do cidadão, grande parte das ações judiciais é movida tendo como polo passivo o Município.

O mesmo autor destaca que:

A carta da República impôs aos Municípios a responsabilidade de prestar diretamente os serviços de atendimento à saúde, embora devam fazê-lo em **cooperação técnica e financeira** da União e dos Estados (CF, art. 30, VII).
(...)

¹³¹ BRASIL. Norma Operacional Básica do SUS – NOB 1/96. Ministério da Saúde. 1996. Disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm>>. Acesso em 21 jan 2016.

¹³² BRASIL. Norma Operacional Básica do SUS – NOB 1/96. Ministério da Saúde. 1996. Disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm>>. Acesso em 21 jan 2016, p. 91.

¹³³ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, 2015 p. 19.

A responsabilidade do Município como executor direto das ações de saúde (CF, art. 30, VII) não exclui a responsabilidade subsidiária dos demais gestores (...). Aliás, existe a responsabilidade comum institucional prevista no art 23, II da Constituição Federal, que somente será fracionada quando pactuadas e implantados programas específicos de atendimento à população. Também, por imperativo constitucional, o financiamento do sistema de saúde é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 198, § 1º).¹³⁴

Embora a responsabilidade de prestação do serviço público de saúde seja solidária, é importante que os magistrados, quando da prolação da sentença, observem as normas infraconstitucionais que fixam critérios de distribuição e repartição de competências entre os gestores, a fim de não sobrecarregar os Municípios e gerar desorganização de gestão e orçamento.

A Lei 8.080/90 dispõe no art. 15 sobre as competências comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios; os art. 16, 17 e 18 dispõem respectivamente sobre as competências da direção nacional, estadual e municipal, respectivamente.¹³⁵

Ademais, foram criadas a Comissão Intergestores Bipartite – CIB e a Comissão Intergestores Tripartite - CIT, legitimadas pelo art. 14-A da Lei 8.080/90, introduzido pela Lei 12.466/2011, as quais são foros de negociação para a repartição de competência quanto aos aspectos operacionais do SUS, de modo que lhe cabe fixar as regras e os limites de responsabilidade de cada gestor.¹³⁶

Foram editadas diversas portarias que regulamentam a repartição de competências que, embora tenham colaborado para se ter uma maior eficiência administrativa, tornam o sistema mais complexo e de difícil assimilação pelos “operadores” do direito, principalmente, os magistrados.

Relevante é a conclusão de Dresch:

Embora no art. 35, VII, da Lei 8.080/90 esteja previsto o *ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo*, não se pode desprezar que inexistente um fluxo automático de ressarcimento administrativo, de modo que impor ações e serviços de outro ente pode

¹³⁴ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, 2015, p. 24.

¹³⁵ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, 2015, p. 32.

¹³⁶ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, 2015, p. 35.

impactar negativamente o orçamento, sobretudo se isso for imposto a pequenos Municípios.

O Poder Judiciário não pode desconsiderar as normas de regulação administrativa da saúde, devendo o julgador ficar atento ao impacto de desestruturação orçamentária que suas decisões podem provocar, até porque existe uma estrutura hierarquizada no SUS. A Constituição Federal apenas fixou as diretrizes para a organização do sistema, cuja regulação administrativa cabe às normas infraconstitucionais.¹³⁷

Embora a observância de repartição de competência entre os gestores seja importante, estando ela regulamentada nas diversas Portarias, o Judiciário posiciona-se pela responsabilidade solidária dos três entes da federação quando do cumprimento da decisão, não se atentando para essas regras.

3.5.3 Integralidade

A assistência integral que deve ser prestada pelo SUS envolve todas as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos, conforme art. 7º, II da Lei 8080/90.

A questão da integralidade é bastante controversa e ainda não há unanimidade em relação ao tema. Quais seriam os limites dessa integralidade ou não haveria limites?

Parte da literatura especializada alega que seria impossível prestar o serviço de forma integral a todos os cidadãos, pois os recursos são limitados. Contudo, nesse ponto relevante é o posicionamento de Sueli Dallari e Vidal Serrano:

A integralidade, em outras palavras, nada mais significa do que privilegiar a vida em detrimento de interesses orçamentários da administração – o chamado interesse público secundário. Nesse sentido, um dos pontos mais discutidos em relação ao tema diz respeito a protocolos clínicos, relações de medicamentos e outros expedientes administrativos similares, que intentam, por assim dizer, *delimitar o âmbito da assistência integral*.¹³⁸

Portanto, adota-se o entendimento de que a integralidade no atendimento do direito à saúde deve garantir o mínimo existencial à vida do indivíduo, sem o qual o direito resta violado.

¹³⁷ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, 2015 p. 40.

¹³⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 92.

3.5.4 Participação da comunidade

A CR/88 incentiva a participação popular na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde, inclusive, quanto à normatização. Para tanto, devem ser criados mecanismos que possibilitem a participação da comunidade. A Lei 8142/90¹³⁹ estabelece que cada esfera de governo deve conter duas instâncias colegiadas, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.¹⁴⁰

A participação da comunidade nos Conselhos, nas Conferências de saúde, assim como nas Audiências Públicas é de extrema importância para a fiscalização, controle e elaboração de uma política pública mais eficiente, devendo ser melhor incentivada e divulgada, haja vista a ineficiência que a política pública de saúde tem apresentado no cenário nacional.

3.6 O subfinanciamento da saúde

Um dos grandes problemas atinentes à baixa efetividade do direito à saúde diz respeito ao seu financiamento estar abaixo do previsto constitucionalmente e necessário para efetivação do direito dentro do mínimo desejável. Tal fato, inclusive, retira a legitimidade de argumentos como a reserva do possível utilizada pelo administrador público e pelo Judiciário quando da fundamentação de suas decisões. A reserva do possível não pode ser alegada quando não há a destinação orçamentária mínima constitucional. Caso seja cumprido financiamento mínimo previsto constitucionalmente, deveria se verificar se é capaz de suprir as necessidades mínimas em saúde da população, após o preenchimento desses requisitos o que exceder pode estar sujeito à reserva do possível.

O art. 198, § 1º da CR/88 estabelece que as ações do Sistema Único de Saúde serão financiadas com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. O § 2º do mesmo art. consignou a obrigatoriedade de destinação de recursos mínimos

¹³⁹ BRASIL. Lei 8142/90. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em 23 jan 2016.

¹⁴⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 94.

para as ações e serviços de saúde e o § 3º prevê que os percentuais mínimos destinados serão estabelecidos em Lei Complementar.¹⁴¹

A Lei Complementar 141/2012¹⁴², sancionada em 13 de janeiro de 2012, estabelece que os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar anualmente 12% da arrecadação dos impostos em ações e serviços de saúde e os Municípios deverão aplicar 15%. A LC/141/2012 não estabelece o mínimo que deve ser destinado pela União, apenas assinala que será utilizado como base de cálculo o valor empenhado no exercício financeiro anterior, o que segundo Saulo Lindrofer Pivetta, representa verdadeira inconstitucionalidade, haja vista que de acordo com a Constituição, a Lei Complementar deve prever esse patamar mínimo, inclusive, para a União. Ressalta ainda que:

O que era para promover um robusto incremento de recursos, por meio de uma soma de esforços de todos os entes federados, transfigurou-se em medida quase inócua, que somente manteve a pressão orçamentária sobre os Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁴³

Para tentar reverter esse quadro, em 17 de março de 2015 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 86/2015 que regulamenta o disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da CR/88 e prevê a progressividade de repasse anual de recursos mínimos em ações e serviços de saúde, sendo no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento).

No entanto, segundo Francisco Funcia, o disposto na EC 86/2015 representa perda no financiamento à saúde, pois de acordo com as novas regras de cálculo, não há aumento real dos repasses.¹⁴⁴

¹⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 jan 2016.

¹⁴² BRASIL. Lei Complementar 141/2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, 12 jan 2012.

¹⁴³ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 159.

¹⁴⁴ FUNCIA, Francisco. Implicações na Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde. **Revista Consensus**. Edição 15. Opinião. 2016.

Portanto, a União que é a que mais arrecada, proporcionalmente investe menos em saúde, ficando os Estados e Municípios com o ônus que deveria recair, também, na União. No que tange ao cumprimento das demandas judiciais esta situação é ainda mais acentuada, haja vista que grande parte das demandas tem o Município no polo passivo, gerando grande desestrutura orçamentária.

Élida Graziane, grande estudiosa do tema ressalta que quem tem maior capacidade arrecadatória deve ser proporcionalmente implicado na necessidade de custeio do SUS, já que o financiamento da saúde pública e, em particular, os recursos federais destinados ao setor devem ser rateados entre os três níveis da federação, “objetivando a progressiva redução das disparidades regionais”, conforme o art. 198, § 3º, inciso II da CR/88.¹⁴⁵

Menciona ainda que:

A execução cotidiana das políticas públicas definidas nas leis orçamentárias é frágil e instável não porque falte formalmente legalidade e publicidade ao seu regime jurídico. O problema é que, material e pragmaticamente, as leis orçamentárias são, sobretudo, “simbólicas”, no sentido propugnado por Neves (2007). Essa nos parece ser a razão pela qual a execução orçamentária de todos os níveis da federação se ressentem da falta de motivação, razoabilidade e finalidade para evitar e punir ocorrência de abusos.¹⁴⁶

Percebe-se o predomínio do simbolismo não só das leis orçamentárias, mas, sobretudo, das normas de direitos sociais. Segundo Marcelo Neves, há uma hipertrofia do caráter simbólico da Constituição em detrimento do político-concretizador, o que gera diversas consequências negativas com relação ao caráter coercitivo das normas. A consideração das normas de direitos sociais como normas programáticas, não envidando esforços suficientes para sua concretização no momento presente, mas considerando-as programas políticos a serem efetivados no futuro, gera uma grande descrença dos cidadãos na Constituição e nas leis que os rege. Segundo o autor:

(...) a questão não se diferencia, em princípio, do problema do bloqueio da concretização normativa (falta de normatividade) dos demais dispositivos constitucionais. Mas é através das chamadas “normas programáticas de fins sociais” que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem

¹⁴⁵ PINTO, Élida Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 28.

¹⁴⁶ PINTO, Élida Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 23.

constitucional apresenta-se de forma marcante. Embora, constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua concessão.¹⁴⁷

A inércia do Poder Legislativo em editar leis necessárias à regulamentação da Constituição, aliada à inércia e omissão do Poder Executivo na construção e execução de políticas públicas, à baixa governabilidade da administração pública em que o princípio da eficiência administrativa ainda não é considerado na *práxis*, conjuntamente com os altos índices de corrupção e desvio de verbas que seriam destinadas ao cumprimento do direito à saúde, tem gerado a descrença da população nesses dois poderes. Neste ponto relevante é a passagem de Schulze e Gebran Neto:

Nos últimos anos o legislador tem deixado de assumir o seu papel para evitar comprometimentos políticos e, principalmente, para não receber o controle da sociedade e dos seus eleitores. Além disso, a divisão em múltiplos grupos de interesses dificulta a atuação unitária do Poder, razão pela qual grande parte da atuação do Legislativo é dedicada à edição de leis simbólicas, pois elas não atingem e não prejudicam a ninguém. Pontos importantes para a sociedade, como reformas constitucionais (política, previdência, tributária) são temas que desafiam o Legislativo há duas décadas.¹⁴⁸

Este cenário de deficiente atuação do Legislativo e Executivo e de subfinanciamento do direito à saúde, tem levado os cidadãos a procurarem o Judiciário, muitas vezes como a primeira via, para se obter a prestação de saúde, o que vem gerando o crescimento de demandas exponencialmente, acarretando diversos problemas devido à proporção que a judicialização vem ganhando.

¹⁴⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 115-116.

¹⁴⁸ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 44.

4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Para se alcançar o que seria o mínimo existencial à saúde é necessário se chegar ao núcleo ou conteúdo essencial do direito à saúde, tarefa muito árdua, haja vista que o direito em si já se confunde com o seu núcleo essencial.

O direito à saúde pode ser manifestado de diversas formas como na garantia a um medicamento, a um exame, à uma cirurgia dentre inúmeros outros. Dessa maneira o conteúdo do mínimo existencial em cada situação deve ser observado de acordo com as particularidades de cada caso. Entende-se que não há uma regra que possa ser aplicada de maneira geral a todos as situações, daí a dificuldade de se chegar a um denominador comum, podendo-se dizer que a garantia do direito não pode ser inferior à garantia da dignidade humana.

A verificação do núcleo essencial do direito à saúde deve ser feita caso a caso, de modo a averiguar se o direito pleiteado é indispensável para a manutenção da vida com dignidade. Nesta averiguação é necessário apurar se o pedido já se encontra amparado por política pública. Caso positivo, é indispensável a averiguação do porquê a política pública não atender a demanda.

Alinie Moreira aponta que no caso de o pedido não constar na política pública do SUS, mas ser indispensável para a promoção, proteção e recuperação da saúde do demandante, ele deve ser garantido pelo Estado:

(...) no caso de determinada especialidade não integrar o Sistema Único de Saúde, a perspectiva subjetiva e individual que atinge o mínimo existencial – “desfrutar de atendimento médico apto a promover, proteger e recuperar as condições de saúde” – garante ao indivíduo de postular a sua implementação pelo Estado.¹⁴⁹

Já no caso do demandante postular medicamento diverso do constante na lista do SUS, deve-se verificar, por meio de laudo médico, a comprovação de que o medicamento fornecido pelo SUS não gera os efeitos desejados. Assim, deve-se dar prioridade sempre à política pública já existente.

¹⁴⁹ MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 164.

Sarlet destaca que o conteúdo do mínimo existencial é variável e que é inviável a sua determinação *a priori*, mas é possível traçar certos delineamentos a fim de guiar o intérprete na sua concretização:

De todo o exposto e a despeito de uma série de outros aspectos que ainda poderiam ser colacionados, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo como para os desenvolvimentos subsequentes, qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial. (...) O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso, evidentemente, não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial.¹⁵⁰

Segundo o autor, para se chegar à concepção do mínimo existencial à saúde deve-se “levar em consideração a realidade circundante (cultural, geográfica e climática, etc.) e as circunstâncias pessoais do titular (...)”¹⁵¹ e de modo algum equivale a um mínimo apenas fisiológico ou vital, já que o mínimo vital abarca apenas a noção de sobrevivência sem levar em consideração se ela é vivida de forma digna ou não.

Entende-se que o mínimo existencial à saúde deve ser interpretado tendo sempre como norte o princípio da dignidade humana, com isso, corresponde ao núcleo irredutível de dignidade humana presente nos direitos fundamentais.

Conforme aduz Moreira: “A definição de mínimo existencial é histórica e, nesta medida, é construída a partir das condições presentes na realidade social, cultural e econômica de cada espaço.”¹⁵²

Para que sejam implementados os direitos sociais e, portanto, os núcleos mínimos é necessário que o administrador destine recursos mínimos indispensáveis

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 26-27.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

¹⁵² MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 178.

para tanto, o que não acontece e então a reserva do possível passa a ser utilizada como limite à efetivação do direito à saúde.

Nesse ponto, relevante é o posicionamento de Sarlet, segundo o qual:

(...) em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes são absolutos.¹⁵³

Depreende-se que o mínimo existencial não é passível de restrição e, portanto, não deve ser aplicada a cláusula da reserva do possível como limite à efetivação do mínimo existencial à saúde, o que não significa que ela não possa ser alegada para denegar prestação de saúde que extrapole os limites do mínimo existencial. Assim, o núcleo essencial do direito deve ser resguardado, o que exceder pode ser objeto de ponderação e está sujeito reserva do possível.

Para se tentar chegar ao mínimo existencial no caso concreto, Sarlet estabelece alguns requisitos que devem ser observados pelo Judiciário quando da análise do caso. Segundo ele deve-se fazer uma análise mais acurada:

(...) pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes. Com isso, não se está evidentemente a concordar com o entendimento de que não pode ser imposto ao Estado medicamento ou procedimento muito oneroso, da mesma forma como não se está a endossar decisões judiciais ou doutrina que reconheçam apenas a possibilidade de exigir judicialmente do Estado o fornecimento de bens ou serviços previstos na legislação ou, como no caso dos medicamentos, em protocolos aprovados pelo Ministério da Saúde ou pelas Secretarias de Saúde dos Estados ou Municípios.¹⁵⁴

O que está em jogo na judicialização da saúde é a questão das escolhas trágicas, que antes era limitada apenas aos agentes do sistema de saúde e agora se transferiu para o julgador, que não é formado para conhecer de questões técnicas da medicina, farmacologia e de política pública. Atualmente, toda e qualquer questão

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 41.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44.

de saúde passou a ser judicializada indiscriminadamente, gerando diversos problemas como: 1) Sobrecarga de processos aliada à urgência, o que inviabiliza a análise apurada do caso; 2) Falta de conhecimentos técnicos referentes à política pública e medicina; 3) Deslocamento orçamentário.

Neste ponto é importante se estudar como se iniciou a judicialização da saúde no Brasil até se chegar ao cenário atual, os problemas apresentados e as iniciativas propostas pelo CNJ a fim de se ter uma atuação judicial mais democrática.

4.1 A judicialização da saúde

Na área da saúde o Poder Judiciário vem substituindo a atuação do Executivo ao fornecer medicamentos ou tratamento médico previsto na política pública (executa a política pública ineficiente) e do Legislativo ao fornecer medicamentos e procedimentos não previstos na política pública do SUS (cria política pública). A legitimidade dessa atuação se deve a três fatores: com a atual Constituição a saúde passa a ser um direito social (art. 6º, CR/88); ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional ou universalidade de jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, segundo o qual, “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”¹⁵⁵ e ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CR/88).

Não se objetiva com o trabalho discutir a legitimidade da atuação do Judiciário na política pública de saúde, mas estudar como o Judiciário deve atuar a fim de se efetivar o mínimo existencial do cidadão, sem esbarrar na cláusula da reserva do possível, ou seja, que o impacto de suas decisões não seja demasiadamente oneroso para a administração pública, não prejudique o direito da coletividade e tampouco o direito individual do demandante. Mesmo que se entenda pela ilegitimidade da judicialização, o que não é o caso, o fenômeno continuará a ocorrer, sendo, atualmente, entendimento pacificado no STF, a possibilidade de implementação de políticas públicas de saúde pelo Judiciário. Portanto, entende-se mais proveitoso a análise quanto à qualidade das decisões e possíveis formas alternativas de solução dos problemas apresentados pela judicialização baseadas no diálogo institucional entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Parte-se do pressuposto que o Judiciário é legítimo para efetivar o direito à saúde desde que haja omissão dos outros poderes e que sua atuação objetive suprir essa omissão.

Tem-se, portanto, dois tipos de judicialização: quando a política pública existe, mas houve a negativa administrativa de obtenção do direito, que ocorre muitas vezes por falha na gestão (falta de planejamento); o segundo caso é quando não há previsão em política pública e o direito não foi reconhecido na via administrativa, por exemplo, medicamentos/procedimentos diversos do previsto pelo SUS, medicamentos não registrados na Anvisa, não comercializado no Brasil ou quando o sujeito não tem prescrição médica. Em todas as situações a decisão judicial gera impactos no orçamento, mas no segundo caso o impacto é bem mais acentuado, pois não há previsão legal à sua concessão pelo administrador, gerando a realocação orçamentária que pode prejudicar a execução do direito para a coletividade. Isso não retira a legitimidade de atuação do Judiciário, no entanto essa atividade deve ser feita com cautela, de modo a preservar o núcleo essencial do direito e que não haja exageros.

O direito ao mínimo existencial deve ser sempre preservado independente se há ou não política pública prevista para o caso. Ressalta-se que o Judiciário ao conceder demanda excessiva ao sujeito, o que extrapola os limites do mínimo existencial, obstaculizará a fruição do direito para outros sujeitos, visto que os recursos existem, mas não são ilimitados, principalmente devido ao cenário de **subfinanciamento** vigente.

A jurisprudência corriqueiramente utiliza a expressão “reserva do possível” para justificar a impossibilidade de concessão do pedido ao cidadão, sendo tal argumento utilizado sem se provar a real inexistência de recursos, gerando um cenário de desobrigação do Estado e de possibilidade de utilização de teorias “com forte dose de senso comum e sem versar de maneira cuidadosa sobre seus efeitos.”¹⁵⁶

Entende-se que a utilização da expressão “reserva do possível” como única justificativa utilizada para a denegação do direito à saúde não é legítima, tendo em vista o não cumprimento do financiamento mínimo constitucional para a saúde.

¹⁵⁶ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 133.

Contudo, não seria coerente o Judiciário conceder toda e qualquer prestação sem análise prévia, tendo em vista que diversas questões estão envolvidas, como o lobby das indústrias farmacêuticas e interesses de terceiros que subvertem o sistema, a realocação orçamentária, além da própria saúde do demandante.

4.2 Início da judicialização da saúde no Brasil: o caso Aids

O processo de judicialização da política se iniciou no Brasil a partir da promulgação da atual Constituição, aliada a processos que vem ocorrendo desde então como o envelhecimento da população, a crescente incorporação tecnológica na área médica, os avanços da medicina e indústria farmacêutica, a ampliação do acesso à informação e do acesso à justiça - com a criação dos núcleos especializados em demandas de saúde na Defensoria Pública e Ministério Público - e também ao aumento de doenças crônicas que gerou a crescente medicalização da sociedade.¹⁵⁷

A judicialização da saúde teve início principalmente ao longo dos anos 1990 na qual a maior parte das ações judiciais impetradas contra o Estado era por medicamentos para os portadores do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV/AIDS), mas também tramitavam em menor proporção pedido de medicamentos para outras doenças, especialmente as que representavam ameaça à vida, como a fenilcetonúria (doença do pezinho), o câncer, a cirrose, a doença renal crônica e a esclerose lateral amiotrófica (ELA).¹⁵⁸

Segundo Gouvêa:

Num primeiro momento, estas ações tratavam, quase que exclusivamente, do fornecimento de medicamentos para o combate à AIDS. Tinham por fundamento normativo o art. 196 do Texto Maior, segundo o qual "a saúde é direito de todos e dever do Estado", e eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam, neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídicos positivos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ ANDRADE, Eli Iôla Gurgel *apud* ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do Estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/handle/11449/90016>>. Acesso em 06 jan 2016, p. 54-55.

¹⁵⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 370, 2003, p. 103-134.

¹⁵⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 370, 2003, p. 104.

Não obstante, o fornecimento de AZT ser realizado gratuitamente pelo Ministério da Saúde desde 1991, muitas pessoas eram intolerantes ao medicamento, necessitando de outros fármacos e, por isso, viam no Judiciário um meio de obtenção.

Uma das primeiras ações no país a obter liminar favorável pelo Judiciário merece ser destacada. Trata-se de ação em favor de professora e ativista da luta contra a Aids, integrante do Grupo de Incentivo à Vida (GIV), Nair Soares Brito, movida pela advogada do Grupo de Apoio à Prevenção à Aids (GAPA-SP), Áurea Celeste da Silva Abbade, contra o Estado de São Paulo. A liminar foi concedida pelo juiz Dr. Marco Aurélio Paoletti Martins Costa, da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em 25 de julho de 1996. A decisão favorável, determinando o imediato fornecimento da medicação solicitada, abriu precedente para o ajuizamento de outras demandas. Á época a Secretaria de Estado da Saúde fornecia gratuitamente os medicamentos AZT, no entanto eles não produziam mais efeitos positivos para a Autora. “Assim, Nair, necessitava, segundo sua médica da rede pública de saúde, dos medicamentos Saquinavir, Epivir e Neodecapytill.”¹⁶⁰

Posteriormente, o GAPA-SP obteve liminar favorável em ações semelhantes, inclusive uma ação em favor de mais de 20 pacientes.¹⁶¹

A partir desse período, com uma sucessão de decisões do Judiciário favoráveis aos pacientes, o Poder Executivo implementou uma política de reestruturação do programa de distribuição gratuita e universal, comum a todos os portadores do vírus. Dessa forma, a luta desempenhada pelos grupos de apoio à portadores da AIDS foi um fator fundamental que garantiu a aprovação da Lei nº 9.313, em 13 de novembro de 1996. A aprovação da referida Lei garantiu que todos os pacientes portadores do vírus HIV obtivessem gratuitamente (com raríssimos casos de escassez) os medicamentos prescritos e que constem na lista oficial do Ministério da Saúde, além de prever a revisão anual do tratamento oferecido pelo SUS para adequá-lo com o conhecimento científico vigente, como pode ser observado a partir da análise dos Artigos 1º e 2º (Lei nº 9.313/96), citados a seguir:

Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao tratamento.

¹⁶⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O remédio via justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais.** Brasília: 2005. Disponível em < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em 15 dez 2015.

¹⁶¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O remédio via justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais.** Brasília: 2005. Disponível em < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em 15 dez 2015, p. 25.

§1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º. As despesas decorrentes da implantação desta lei, serão financiados com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.¹⁶²

Pode-se dizer que a sucessão de decisões favoráveis criou uma jurisprudência que levou à aprovação da Lei 9.313/1996 que garantiu a distribuição gratuita de medicamentos para o controle e combate à AIDS.

Dessa forma, “o elevado número de casos individuais vitoriosos, somado a sua persistência no tempo cria uma situação praticamente irreversível, levando o Executivo a instituir uma política pública com efeito para todos.”¹⁶³

Verifica-se que nesse caso a judicialização da saúde foi um importante instrumento para a melhoria da política pública, cumprindo sim, a função de não apenas efetivar o direito na via individual, mas promovendo a política pública necessária para mudar a realidade vigente.

Apesar da Lei 9.313/1996 ampliar a política pública de fornecimento de medicamentos para AIDS que conforme, art. 1º, § 1º, prevê que os portadores de HIV receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao tratamento, sendo esta regulamentada pelo Ministério da Saúde, verificou-se que em muitos Estados e Municípios havia a demora em realizar a completa distribuição, o que impulsionava os pacientes a mover ações judiciais em busca desses medicamentos além de outros não constantes nas listas do Ministério da Saúde, ou seja, a falha na execução da lei e a ineficiência dela para casos específicos abriu brecha para a propositura de novas ações.¹⁶⁴

¹⁶² ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do Estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. p. 56-57.

¹⁶³ OLIVEIRA, Vanessa Elias de.; NORONHA, Lincoln N. T. **Direito à saúde em um mundo de escassez: judiciário e medicamentos no Estado de São Paulo**. 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2010 *Apud* ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do Estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. p. 57.

¹⁶⁴ ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do Estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. p. 58.

Segundo Gouvêa:

Circunstâncias as mais variadas, porém, fizeram com que o argumento da insuficiência do texto legal, outrora fatalmente admitido, não obtivesse mais a acolhida dos tribunais que, invertendo a tendência anterior, passaram a condenar o Estado não apenas à entrega de medicamentos, mas também à prestação dos serviços médicos necessários ao tratamento da síndrome. Impulsionadas por esta mudança no padrão decisório, ações versando o fornecimento de medicamentos para outras doenças foram se tornando cada vez mais frequentes e com maior porcentagem de êxito. O sucesso dos soropositivos impulsionou o reconhecimento do direito aos medicamentos por parte de outras classes de doentes, a despeito da inexistência de estatuto legal que amparasse esta extensão. O crescimento das solicitações por medicamentos e tratamentos para inúmeras outras doenças surgiu como consequência da mudança de postura adotada pelo Poder Judiciário a partir de 1996, sobretudo após a aprovação da Lei Federal nº 9.313/96, tendo possibilitado a aceitação de praticamente todas as ações submetidas (individuais e coletivas), ou seja, ao garantir tratamento gratuito para todos os doentes de AIDS, todas as demais decisões passaram a ser amparadas por essa “mudança no padrão decisório”.¹⁶⁵

Desde então a judicialização da saúde se torna uma tendência nacional, podendo-se dizer que hoje ela é um processo irreversível, pelo grande número de ações e a proporção que o fenômeno tomou.

Dentro desse cenário questiona-se: o Judiciário tem efetivado o mínimo existencial à saúde? Como tem sido a interpretação do mínimo existencial à saúde pelo Judiciário? Se a judicialização da saúde tem se tornado um processo irreversível e descontrolado, o que o CNJ tem feito para melhorar esse cenário?

4.3 O papel do CNJ na judicialização da saúde

Segundo dados do CNJ até 2011 tramitavam no Judiciário brasileiro, 240.980 processos judiciais na área da saúde.¹⁶⁶ Dresch ressalta que de 2011 até 2014 houve um crescimento exponencial de demandas judiciais, sendo o quantitativo elevado para 330.630 processos.¹⁶⁷

¹⁶⁵ ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do Estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. p. 59.

¹⁶⁶ CNJ. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 20 nov de 2015.

¹⁶⁷ DRESCH, Renato Luís. Os limites da integralidade nos serviços de saúde: uma revisão de literatura. Belo Horizonte: ESP-MG, 2015, 33 f. Disponível em: <<http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2015/10/OS-LIMITES-DE->

O CNJ informa, ainda, que o maior número de processo está concentrado no Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, conforme dados abaixo referentes ao ano de 2011:

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça (TJRS) concentra quase metade de todas as demandas do país: 113.953 ações judiciais sobre saúde. Em segundo lugar, São Paulo (TJSP) possui 44.690 ações. E o Rio de Janeiro (TJRJ) possui 25.234 ações em tramitação. Outros destaques, em menor escala, são os tribunais de Justiça do Ceará (TJCE, com 8.344 ações), Minas Gerais (TJMG, com 7.915 ações) e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), que compreende os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina (onde tramitam, atualmente, 8.152 ações).¹⁶⁸

Para complementar as informações, seguem dados do Portal da Saúde:

Desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões. Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões.¹⁶⁹

Em decorrência do crescimento das demandas de saúde e do protagonismo judicial, houve a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica por parte do CNJ.¹⁷⁰

Não é por acaso que, ao longo dos últimos cinco anos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem liderado e estimulado de maneira mais sistemática a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma *política judiciária* para a saúde. As estratégias oriundas dessa política judiciária envolvem desde a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde até Comitês Estaduais de Saúde e recomendações sobre como os juízes podem decidir as demandas que lhes são apresentadas. Desde então, em meio a avanços e desafios, o CNJ tem estimulado, discutido, desenvolvido e implementado diversas ações e estratégias que visam, em alguma medida, oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde.¹⁷¹

INTEGRALIDADE-NA-SA%C3%9ADE-UMA-REVIS%C3%83O-DA-LITERATURA-19.10.2015.pdf>. Acesso em 05 fev 2016.

¹⁶⁸ CNJ. **SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de Saúde**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57537-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em 03 out 2015.

¹⁶⁹ COSTA, Amanda. Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Portal da Saúde**. 2015. Acesso em outubro 17, 2015. <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>.

¹⁷⁰ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 201, p. 10.

¹⁷¹ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 201, p. 10.

Tais ações são baseadas no diálogo institucional com os diversos atores da sociedade.

De acordo com o princípio da separação de poderes adotado neste trabalho, a atuação do Judiciário na esfera dos demais poderes deve ser corretiva, de modo a corrigir eventual falha ou omissão dos demais poderes. Deve haver, assim, uma cooperação das funções no poder e não a atuação solitária e permanente de um poder em substituição dos demais como a que o Judiciário vem exercendo. O diálogo entre o Judiciário e as demais esferas do poder ainda é insipiente, o que dificulta a melhoria da própria política pública.

Segundo Canotilho, pelo princípio da separação de poderes tem-se que as funções no poder são independentes e harmônicas entre si, com isso, não há uma separação rígida entre as funções do Estado, mas um sistema de freios e contrapesos recíproco. Há, portanto, uma interdependência e uma interpenetração de funções, pois, os órgãos além de exercerem funções típicas (predominantes), referentes às suas atribuições, também exercem funções atípicas (de atribuições típicas dos outros dois órgãos).¹⁷²

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994), com o advento do Estado Social e a positivação de uma série de direitos sociais na Constituição e, portanto, sua exigência de implementação, pois os direitos sociais têm um sentido promocional prospectivo e não apenas normativo, na forma de um *a priori* formal:

(...) altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo ou o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.¹⁷³

Aduz ainda que o Judiciário possui a função corretiva:

(...) posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

¹⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?. Revista USP – Dossiê Judiciário, São Paulo, v. 21, 1994, p. 18.

clássica divisão de poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.¹⁷⁴

O Judiciário ao exercer a função corretiva, suprimindo as falhas e omissões dos outros poderes, nas demandas de saúde, tem se deparado com dificuldades como a falta de conhecimentos técnicos da área da medicina e com relação à política pública existente e falta de tempo para analisar adequadamente as demandas devido à urgência, parte desses problemas seriam evitados caso houvesse o diálogo entre as esferas de poder.

Portanto, o CNJ propõe diversas medidas baseadas no diálogo institucional.

4.3.1 O Diálogo Institucional

A teoria do diálogo institucional não propõe uma abertura dialógica apenas entre Judiciário e cidadãos, mas, principalmente entre os “demais entes, órgãos e Poderes do Estado, com o fim de conferir maior eficácia às normas estampadas no texto da Constituição”.¹⁷⁵

Tal noção decorre do Constitucionalismo cooperativo, que exige contínua e permanente aproximação entre os agentes públicos e dos tribunais com a sociedade, bem como porque há custos políticos e econômicos que são inerentes às questões levadas ao processo judicial, tal como acontece na decisão que determina o fornecimento compulsório de medicamentos, tratamentos, etc.

Assim, o diálogo existe para permitir a independência e a harmonia entre os Poderes da União, nos termos preconizados pelo artigo 2º da Constituição.

(...)

A teoria dos diálogos constitucionais surge como medida alternativa à supremacia judicial.¹⁷⁶

Segundo Jorge Munhós de Souza, o modelo dialógico seria o “meio termo entre os polos opostos de supremacia judicial e parlamentar”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?. Revista USP – Dossiê Judiciário, São Paulo, v. 21, 1994, p. 19.

¹⁷⁵ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 73.

¹⁷⁶ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 73

¹⁷⁷ SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 321.

Com isso, por meio da intercomunicação entre Judiciário, Executivo, Legislativo e sociedade, ou seja, entre todos os atores, se terá uma melhor construção e efetivação da política pública de saúde.

O interessante é perceber que a disseminação da metáfora do diálogo traz para o bojo da discussão uma imagem fecunda na política que conclama à igualdade, à horizontalidade e ao respeito mútuo entre os agentes envolvidos nas tomadas de decisões coletivas, abrindo, desta forma, possibilidade de que a separação dos poderes seja entendida, para além de sua função clássica de contenção recíproca, como instrumento de cooperação entre instituições que dialogam entre si na busca de melhores respostas que compatibilizem os direitos individuais com as finalidades coletivas perseguidas pelas maiorias (por meio das políticas públicas).¹⁷⁸

O mesmo autor citando Conrado Mendes Hübner explica a vertente prescritiva da teoria do diálogo:

Já em uma vertente prescritiva as teorias do diálogo defenderiam que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.¹⁷⁹

Com isso, a teoria do diálogo institucional não nega o controle judicial e tampouco a importância do Judiciário na construção e efetivação dos direitos sociais, mas defende que somente pelo diálogo inter-poderes e intra-poder se chegará a soluções mais democráticas e efetivas quando da interpretação e aplicação da norma.

O modelo de diálogo institucional foi adotado pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de suprir os problemas advindos da judicialização excessiva da saúde, principalmente em decorrência da tomada de decisão de forma unilateral e isolada pelo Judiciário.

¹⁷⁸ SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 322.

¹⁷⁹ SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.335.

Depreende-se que a implementação da perspectiva dialógica na judicialização da saúde se iniciou com a Audiência Pública nº 4, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, bem como nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009. A audiência foi convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em decorrência do grande número de demandas de saúde e às questões controversas ainda pendentes, na tentativa de equacionar o tema e discutir os principais pontos relativos às demandas judiciais por medicamentos e prestações de saúde.¹⁸⁰

4.3.1.1 A Audiência Pública nº 4 e a Recomendação nº 31

A audiência pública de saúde nº 4 que ocorreu em 2009 marcou o início da atuação do CNJ na área da saúde, que posteriormente veio a publicar a Recomendação nº 31 que estabelece diretrizes para os juízes em relação às demandas que envolvem o direito à saúde.

Esta foi a primeira audiência pública para tratar de judicialização da saúde realizada pelo STF, sendo a quarta audiência pública realizada pelo tribunal desde então.¹⁸¹ A primeira audiência pública foi realizada somente em 20 de abril de 2007, sendo convocada pelo Ministro Ayres Brito, na função de relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005).¹⁸²

Apenas em 2009 a audiência pública foi regulamentada no âmbito do STF, com a Emenda Regimental 29,

que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “*convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante*” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.¹⁸³

¹⁸⁰ VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo. v. 11, n. 3, Nov. 2010/Fev. 2011, p. 13-31.

¹⁸¹ MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. **Judicialização da Saúde**: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Revista Bioética, Brasília, V. 22, nº 3, set./dez. 2014. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014223039>>. Acesso em 12 jan 2016.

¹⁸² STF. Audiência Pública de Saúde Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em 10 jan 2016.

¹⁸³ STF. Audiência Pública de Saúde Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em 10 jan 2016.

Os principais pontos discutidos na Audiência Pública nº 4 foram:

- a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
- f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.¹⁸⁴

Foram ouvidas aproximadamente 50 pessoas, dentre eles, usuários do Sistema único de Saúde (SUS), professores, magistrados, defensores públicos, promotores de justiça, advogados, gestores do SUS, técnicos de saúde e médicos, que apresentaram informações a fim de subsidiar o debate e propor possíveis soluções, conjuntamente, para os problemas apresentados.

Como resultados dos debates ficaram constatadas:

(...) carências e disfunções que resultam dessas demandas, afetando, ao mesmo tempo, a eficiência da prestação jurisdicional e qualidade das políticas públicas existentes, tais como: a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas, mesmo quando essa audiência não oferece qualquer risco de afetar o direito em causa, porém sua falta é tendente a prejudicar a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS); e a necessidade de maior difusão de conhecimento entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde, inclusive aquelas que resultam da *interatuação* do SUS e as organizações privadas.¹⁸⁵

A repercussão e o levantamento das questões discutidas na audiência levou o CNJ, por meio do seu então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, a designar, um grupo de trabalho, formado por magistrados e especialistas para realizar estudos e

¹⁸⁴ STF. Audiência Pública de Saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguperg>>. Acesso em: 10 jan 2016.

¹⁸⁵ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “Judicialização da Saúde”: pontos e contrapontos. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 354.

propor medidas visando aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde.¹⁸⁶

Do dedicado trabalho deste grupo resultou na aprovação da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, que estabeleceu diretrizes aos juízes e demais operadores do direito, a fim de subsidiá-los nas demandas que envolvem o direito à saúde.

A Recomendação foi elaborada com observância dos seguintes fatores, conforme expresso na sua exposição de motivos¹⁸⁷:

- 1) O elevado número de demandas envolvendo a assistência à saúde;
- 2) A relevância da matéria para a garantia de uma vida digna à população;
- 3) A carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores das demandas, conforme constatado na Audiência Pública nº 4;
- 4) A necessidade de prévia aprovação pela ANVISA, dos medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99;
- 5) As reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência;
- 6) 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;
- 7) A necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS.

O disposto na Recomendação destina-se aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais e visa a auxiliar os magistrados e demais operadores do direito, de modo a se ter uma melhor qualidade e eficácia na solução das demandas judiciais que envolvam assistência à saúde.¹⁸⁸

¹⁸⁶ CNJ. Portaria 650, de 20 de novembro de 2009. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=496>>. Acesso em 11 jan 2016.

¹⁸⁷ CNJ. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 11 jan 2016.

¹⁸⁸ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “Judicialização da Saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 354.

Dentre os principais termos da Recomendação que devem ser observados pelos magistrados, tem-se que:

1) Celebrem convênios que objetivem disponibilizar 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;

2) 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;

3) Evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

4) Ouçam quando possível os gestores quando da apreciação da medida de urgência;

5) 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;

6) Determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

7) 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 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

8) Incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

9) 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.¹⁸⁹

Portanto, a edição da Recomendação nº 31 foi uma tentativa do CNJ “de se criar parâmetros auxiliares aos magistrados brasileiros no tocante às demandas envolvendo direito à saúde”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ CNJ. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 11 jan 2016.

Mais à frente será verificado se a Recomendação nº 31 tem auxiliado os magistrados em suas decisões de modo a se efetivar o mínimo existencial à saúde.

4.3.1.2 O Fórum Nacional do Judiciário

Em 06 de abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Fórum Nacional do Judiciário (FNJ), por meio da Resolução nº 107, para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

A criação do Fórum possui como objetivo precípuo elaborar estudos acerca da tendência apresentada nos últimos anos de crescimento e diversificação das ações judiciais em saúde, a fim de buscar soluções que aprimorem cada vez mais o processo de tomada de decisão pelos juízes, assim como identificar algumas medidas que previnam o aparecimento de novos pedidos, o que conseqüentemente evitaria dispêndios impactantes ao orçamento público.¹⁹¹

“Praticamente quatro meses após a sua instituição, o Fórum Nacional teve sua instalação datada de 03 de agosto de 2010, em sessão destacada no plenário do Conselho Nacional de Justiça”.¹⁹²

Conforme a Resolução nº 107, o Fórum Nacional possui as seguintes atribuições:

- I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;
- II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;
- III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
- IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;
- V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.¹⁹³

¹⁹⁰ ZUFELATO, Camilo; VENTURA, Nubia Regina. A Recomendação 31 do CNJ e sua vinculação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Direito e Saúde: Enfoques Interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

¹⁹¹ ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do Estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/handle/11449/90016>>. Acesso em 06 jan 2016, p. 65.

¹⁹² SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 405.

A Resolução também determina a criação de comitês executivos para coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes (art. 3º).

O Fórum Nacional da Saúde é composto pelo Comitê Executivo Nacional, pelos Comitês Estaduais e pelo Comitê Distrital (DF).

O Comitê Executivo Nacional tem sede no próprio CNJ e é integrado por um juiz auxiliar da Presidência, juízes com atuação na área, especialistas, integrantes do Ministério da Saúde, pelo CONASEMS – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, pelo CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.¹⁹⁴

Com relação aos Comitês estaduais, recomendou-se que a sua composição contemple o sistema de justiça e o sistema de saúde, pois o diálogo entre os diversos atores que os compõem e o mútuo auxílio no que cabe à especialidade de cada componente, será fundamental para se detectar os problemas e possíveis soluções para a judicialização da saúde. Muitas vezes os juízes não sabem da sistemática da gestão sanitária, como, por exemplo, o processo de compra de medicamentos, de funcionamento de hospitais, a contratação de servidores, e o contato e diálogo com os gestores os auxiliará para uma melhor fundamentação da decisão judicial e efetivação do direito à saúde. Assim como o contato de gestores, médicos e farmacêuticos com os representantes do sistema de justiça e os problemas por eles apresentados quanto ao cumprimento do direito à saúde, os auxiliará a adotarem posicionamentos diferentes e mais eficazes no que compete à execução do direito.¹⁹⁵

Como representantes do sistema de justiça têm-se: (I) juízes federais e estaduais; (II) membros do Ministério Público (federal e estadual); (III) membros das Procuradorias (Estaduais e Municipais), (IV) Defensoria Pública (federal e estadual) e (V) OAB.

¹⁹³ CNJ. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 12 jan 2016.

¹⁹⁴ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 81-82.

¹⁹⁵ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 82.

O sistema de saúde é composto por: (I) gestores das secretarias municipais e estaduais de saúde; (II) médicos; (III) farmacêuticos; (IV) gestores da medicina suplementar.

Segundo Schulze e Gebran Neto:

Estas composições ecléticas dos Comitês auxiliam, portanto, a materializar a teoria dos diálogos institucionais – constitucionais - que preconiza a contínua e permanente aproximação e conversa entre os diversos atores envolvidos e preocupados com a resolução dos conflitos de interesses.¹⁹⁶

Atualmente, se encontram estruturados e constituídos 22 Comitês Executivos Estaduais (Acre, Alagoas, Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe, São Paulo e Tocantins).¹⁹⁷

Esses Comitês participaram, em junho de 2011 em Brasília, da primeira Reunião Nacional dos Comitês Estaduais do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde,

momento precursor no qual foram estabelecidos nortes para se enfrentar a crescente judicialização das demandas na saúde, onde também foram partilhadas as práticas exitosas, já consolidadas em alguns Estados, bem como estabelecidas metas e cronogramas com o objetivo de se buscar cada vez mais uma ação uniforme nas atividades desenvolvidas pelos Comitês, e ainda a celebração de parcerias com órgãos e entidades públicas para a formação de um banco de dados que venha a subsidiar as decisões.¹⁹⁸

Portanto, o CNJ tem sido um importante instrumento de promoção de práticas exitosas e progressistas em favor de soluções democráticas para uma melhor efetividade do direito à saúde pelo Judiciário. Somente pelo diálogo entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se terá um sistema efetivamente cooperativo, com o mútuo auxílio de seus integrantes em conformidade com a harmonia e independência entre os poderes da União, preconizada pelo princípio da separação de poderes.

¹⁹⁶ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 82.

¹⁹⁷ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 406.

¹⁹⁸ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 406-407.

Para dar concretude aos objetivos propostos no Fórum Nacional do Judiciário foram adotadas as seguintes iniciativas: a criação dos Núcleos ou Câmaras de Apoio Técnico (NAT) e a organização das Jornadas de Direito da Saúde onde foram elaborados os enunciados interpretativos para auxiliar os magistrados.

4.3.1.2.1 Núcleos ou Câmaras de Apoio Técnico (NAT)

Como resultado das discussões travadas na Audiência Pública nº 4 e no Fórum Nacional da Saúde, recomendou-se aos Tribunais a adoção de medidas visando a subsidiar tecnicamente os magistrados nas demandas de saúde. Ademais, em conformidade com a Recomendação nº 31, que fixou o prazo até dezembro de 2010 para que os Tribunais de Justiça e Regionais Federais celebrassem convênios com o objetivo de disponibilizar apoio técnico aos magistrados, foram criados os Núcleos de Apoio Técnico (NAT).

Os NATs são compostos por profissionais da área médica, farmacêutica, da assistência social e por membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde que oferecem apoio técnico aos magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, sobretudo sobre a evidência científica do que estiver sendo reclamado.¹⁹⁹

Os Núcleos possuem propósito consultivo, podendo o juiz requisitar informações acerca do registro ou não do medicamento postulado na ANVISA; sobre a eficácia do tratamento postulado pelo demandante; sobre a existência de outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo ou já fornecido administrativamente pelo SUS e sobre a eficiência, eficácia e custo efetividade do tratamento.²⁰⁰

O primeiro estado a instalar o núcleo de assessoria técnica no Brasil e cujo modelo tem servido de inspiração para os demais foi o Rio de Janeiro, cujos resultados estão sendo bastante satisfatórios.²⁰¹

¹⁹⁹ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, p. 31.

²⁰⁰ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 83.

²⁰¹ ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coelho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 139.

Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça firmou contrato de suporte técnico com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess) e o Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde (Nats) da UFMG, ligado ao Hospital das Clínicas em fevereiro de 2014. O núcleo funciona da seguinte forma:

Antes de decidir pedidos de concessão de liminar, o julgador, de primeiro ou de segundo grau pode requisitar, eletronicamente, nota técnica de evidência científica do produto reclamado. As respostas fornecidas, em prazo que varia de 24 a 72 horas, trazem informações da evidência científica, a sua oferta ou não pelo SUS, ou sobre a existência de produto com eficácia terapêutica similar. Em que pese as críticas à atuação protagonista e proativa do Poder Judiciário, a experiência demonstra, no entanto, que as decisões judiciais reiteradas para garantir o acesso a novos produtos têm servido de ensejo para a análise da incorporação de novas tecnologias ao sistema público de saúde.²⁰²

Por meio desse convênio o Judiciário consegue dialogar com o Poder Executivo e não só buscar informações para melhor fundamentar as suas decisões, mas, também, auxilia o Poder Executivo na melhoria do serviço público prestado, pois este último ao entrar em contato com as reiteradas demandas judiciais tem uma melhor visão das principais falhas na prestação do serviço.

Os NATs foram implementados em diversos tribunais do país e tem obtido resultados muito positivos.

O Fórum Nacional do Judiciário do CNJ também promoveu as Jornadas de Direito da Saúde para se debater as principais questões versadas nas demandas de saúde, o que abarca tanto a saúde pública, a suplementar e o biodireito. Como resultado das Jornadas foram aprovados enunciados interpretativos de direito à saúde que devem ser utilizados pelos magistrados de modo a auxiliá-los na decisão judicial.

4.3.1.2.2 Enunciados da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ

Em 14 e 15 de maio de 2014, o CNJ promoveu a I Jornada de Direito da Saúde com o objetivo de reunir autoridades da área do direito e a saúde a fim de discutirem novas propostas para uma melhor solução dos problemas advindos com

²⁰² DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, p. 31.

a judicialização da saúde “e, principalmente, produzir e aprovar enunciados interpretativos voltados à uniformização de entendimentos e auxiliar as decisões dos agentes de saúde e dos integrantes do sistema de saúde.”²⁰³

O evento foi organizado com base em três eixos temáticos: saúde pública, saúde suplementar e biodireito. E o resultado foi a aprovação de quarenta e cinco enunciados, disponível no anexo 1 deste trabalho.²⁰⁴

4.3.1.2.3 Enunciados da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ

A II Jornada de Direito da Saúde, promovida pelo CNJ, ocorreu nos dias 18 e 19 de maio de 2015 e teve o mesmo objetivo da I Jornada.

Foram aprovados vinte e dois enunciados que complementaram os enunciados aprovados na I Jornada. Abarcando enunciados de saúde pública, saúde suplementar e biodireito, disponível no anexo 2 deste trabalho.²⁰⁵

Depreende-se que o CNJ tem implementado relevantes iniciativas sendo um importante instrumento de promoção de práticas exitosas e progressistas em favor de soluções democráticas para uma melhor efetividade do direito à saúde pelo Judiciário.

Entende-se que o disposto na Recomendação e nos Enunciados são importantes para se chegar ao mínimo existencial à saúde, pois eles retiram do âmbito do que é devido ao cidadão o que é excessivo, protegendo o que é essencial. Ao estabelecer parâmetros para nortear a decisão judicial, baseados na política pública já existente e no constante diálogo com o Executivo e Legislativo, será mais fácil se chegar ao que seria a essencialidade do direito à saúde no caso concreto. Mas, essa questão será melhor apresentada no próximo tópico, assim como será verificado se o disposto na Recomendação nº 31, têm sido utilizados pelo Judiciário, na fundamentação de suas decisões e se tem auxiliado na delimitação do

²⁰³ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 87.

²⁰⁴ CNJ. I Jornada de Direito à Saúde. Enunciados Aprovados II Jornada de Direito à Saúde. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 13 jan 2016.

²⁰⁵ CNJ. II Jornada de Direito à Saúde. Enunciados Aprovados II Jornada de Direito à Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em 13 jan 2016.

que seria o mínimo existencial à saúde e dos limites da reserva do possível no caso concreto.

4.4.1 Análise jurisprudencial no âmbito do STF

4.4.1.1 Análise das decisões até 2009

Inicialmente se utilizará a pesquisa realizada por Daniel Wei Liang Wang, que fez uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, publicadas a partir do ano 2000 até 2009, sem excluir as decisões anteriores a 2000 que foram citadas como precedentes nos julgados e que contribuíram para a pesquisa. Posteriormente, faz-se a pesquisa de 2010 até 2015.

Daniel Wang verificou se as limitações de recursos e os custos dos direitos são efetivamente problemas enfrentados pela jurisprudência, se é coerente a forma como o Tribunal lida com esses temas dando-lhes o mesmo tratamento para todas as matérias e em todos os casos julgados ou se seria mero instrumento retórico para o Tribunal se exonerar de um maior ônus argumentativo na sustentação de suas decisões.²⁰⁶

A busca foi feita no site do STF (www.stf.jus.br), na seção “Jurisprudência – A Constituição e o Supremo”, a partir dos termos “educação”, “reserva do possível”, “saúde”, “direitos sociais” e “dever do Estado”.

De acordo com a pesquisa, no que tange ao direito à saúde, até 2007 todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia voto divergente nos acórdãos encontrados e não se admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para a não concessão do medicamento ou tratamento médico. As questões dos custos envolvidos na efetivação da saúde e a escassez de recursos eram questões de menor relevância e quase não apareciam nas decisões, com exceção da ADPF 45.

Sempre que um medicamento não era fornecido havia, no entendimento do STF, uma restrição injusta de direito constitucional à saúde. Essa restrição

²⁰⁶ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 349 – 371.

autorizaria o Judiciário a corrigir uma omissão estatal que violasse esse direito fundamental.²⁰⁷

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada pelo Ministro Celso de Mello, em 29 de abril de 2004, é um dos julgados mais destacados em que se discute a reserva do possível, o mínimo existencial e os limites para a atuação do Poder Judiciário. A ADPF se tornou paradigma no tratamento judicial dos direitos sociais, sendo citada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois tratou de questões antes não discutidas pela Corte, como o conflito entre escassez de recursos e a concretização dos direitos sociais prestacionais e se tornou o “pontapé” inicial para o aprofundamento dessas mesmas questões em decisões posteriores.

Trata-se de ação movida em decorrência de veto do Presidente da República ao art. 59 da Lei 10.707/03, destinada a fixar as diretrizes orçamentárias para o ano de 2004. O autor da demanda sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que garante a aplicação de recursos financeiros mínimos nas ações e serviços públicos de saúde. No entanto, posteriormente, o artigo vetado foi integralmente restaurado no texto da Lei 10.777/03, o que supriu a omissão motivadora da presente ação constitucional. Não obstante a superveniência da referida Lei, o que causou a perda do objeto da ADPF, o Ministro Relator reconheceu que a presente ação constitucional é instrumento idôneo e apto a concretização de políticas públicas, quando, previstas na Constituição, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais.

Primeiramente, o Ministro aprecia a questão da possibilidade do Judiciário interferir na política pública e é evidente o seu posicionamento de que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para intervir no caso de violação a direitos prestacionais, conforme trecho:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com

²⁰⁷ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 357.

as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...).²⁰⁸

Ademais, ainda no que diz respeito ao mesmo tema, ou seja, à Separação de Poderes e à interferência do Poder Judiciário em esfera do Executivo e Judiciário, aduz ainda que:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízo de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação de Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.²⁰⁹

O Ministro Relator, embora entenda que, o caráter programático das regras constitucionais não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente devendo dar-lhes a máxima efetividade, faz importantes considerações acerca da reserva do possível, “caracterizando a decisão como importante marco ao conferir relevância ao problema financeiro, trazendo à baila a necessidade de sua real apreciação quando da aplicação da lei ao caso concreto.”²¹⁰

Posteriormente, o Ministro faz ponderações acerca da reserva do possível versus mínimo existencial e entende que ainda que a implementação dos direitos fundamentais de segunda geração seja sempre onerosa, o Estado não pode se utilizar da reserva do possível como justificativa para a denegação de condições materiais mínimas (mínimo existencial). Essas condições mínimas devem estar necessariamente abarcadas dentro do que seja possível de realização pelo Estado.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04 mai 2004.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04 mai 2004.

²¹⁰ FARIA, Edimur Ferreira de *et al.* A Judicialização das Políticas Públicas de Saúde. In: CASTRO, João Antônio Lima (coord.). **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009, p. 341.

condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.(...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.²¹¹

Interessante é o posicionamento de Élide Graziane nesse ponto:

A adoção da ADPF foi adequada, nesse caso, não só para que fosse vedado o retrocesso inconstitucional perpetrado pelo Executivo Federal, como também para que fosse fixada a interpretação constitucionalmente adequada do preceito fundamental sob discussão, qual seja, a regra diferenciada de financiamento do direito fundamental à saúde.²¹²

A ADPF foi um importante precedente, abrindo espaço para uma melhor fundamentação das decisões judiciais, não obstante entender-se que ela não estabeleceu parâmetros específicos e bem definidos, vindo estes a ser estabelecidos apenas com a STA 175 julgada em 2010. Contudo, foi a partir desta ADPF que se iniciou um debate mais profundo da “reserva do possível” *versus* mínimo existencial nos tribunais brasileiros.

Voltando à pesquisa de Daniel Wang, o autor menciona que após 2007 houve uma melhor análise das questões envolvidas e reflexão sobre as consequências econômicas das decisões.

A STA 91 e a SS 3073, julgadas pela Ministra Ellen Gracie, foram as primeiras decisões determinando a não obrigatoriedade do Estado a fornecer o medicamento ou tratamento pedido. Entre os argumentos utilizados a Ministra alega a limitação de recursos, a necessidade de racionalização dos gastos para atendimento do maior número de pessoas, além de considerar que o Estado somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados na Portaria 1318 do Ministério da Saúde. “Isto representa o respeito a uma decisão alocativa tomada

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04 mai 2004.

²¹² PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 211.

no âmbito da Administração Pública”.²¹³ Após essas decisões, a Ministra julgou outros casos, decidindo tanto pela obrigatoriedade do fornecimento, como a negando.

O autor destaca a decisão STA 223, em que houve posicionamento divergente da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Celso de Mello, sobre o pedido é que uma operação seja realizada por um médico estrangeiro.

Inicialmente o pedido é indeferido pela Ministra Ellen Gracie sob o argumento de risco de lesão à ordem pública e administrativa, em razão de ser tratamento experimental, sem avaliação clínica prévia e de custo elevado. Contudo, a maioria do Tribunal divergiu da sua posição. O Ministro Celso de Mello, entre outros argumentos, diz que matéria de finança pública é um interesse secundário do estado e que “não há opção possível para o Judiciário, nessa relação dilemática, senão destacar, senão dar primazia, senão fazer prevalecer o direito à vida”. O Ministro destaca, ademais que “quem salva uma vida, salva toda a humanidade”.²¹⁴

Interessante é a passagem em que o autor cita o posicionamento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes em suas decisões mais recentes sobre direito à saúde. Para o Ministro não há interferência indevida do Judiciário quando defere prestação de saúde já prevista no SUS. Quando o pedido está fora da política pública, deve-se ponderar e verificar se o SUS teria condições de arcar com as despesas da parte e dos demais cidadãos que se encontrem em situação idêntica.²¹⁵

Contudo, considerando-se o subfinanciamento da saúde, há o risco de se chegar à conclusão que o SUS quase sempre não teria condições de arcar com as despesas dos outros cidadãos em igual situação.

O autor conclui que após 2007 percebe-se uma maior qualidade da argumentação, o que antes era decidido sempre por meio da ponderação abstrata entre direito à saúde versus questões financeiras, prevalecendo sempre o direito à vida, posteriormente passa-se a fazer análises mais aprofundadas, levando em consideração a política pública existente, bem como a legislação que rege a questão. Contudo, entende que analisando criticamente o conjunto das decisões,

²¹³ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 357.

²¹⁴ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 358.

²¹⁵ Idem, p. 358.

não houve coerência em relação ao uso de critérios para a fundamentação destas, sendo que em algumas decisões levou-se em consideração a gravidade e necessidade de continuidade do tratamento e em outras esse critério não foi considerado. Houve casos em que se utilizou como critério de obrigatoriedade do fornecimento, o medicamento constar em uma política pública de distribuição de medicamentos, em outros casos os medicamentos não constavam e ainda assim foram concedidos.

Portanto, entende-se que, ainda que o STF tenha feito análises mais criteriosas, após 2007, ainda não houve uniformidade no julgamento de questões semelhantes, o que fere o princípio da igualdade.

Ressalta-se que o autor fez a análise de decisões publicadas até o ano de 2009.

Agora far-se-á a análise das decisões proferidas à partir de 2010, de modo a se verificar se houve mudanças no entendimento do mínimo existencial à saúde e da reserva do possível e, principalmente, se as considerações realizadas na Audiência Pública de Saúde nº 4 foram úteis de modo a auxiliar os Ministros e norteá-los em suas decisões, assim como o disposto na Recomendação nº 31 do CNJ e nos Enunciados publicados nas Jornadas de Direito da Saúde.

4.4.1.2 Análise das decisões pós 2009

Fez-se a pesquisa de acórdãos publicados no lapso temporal de 01/01/2010 à 31/12/2015. A busca foi realizada no *site* oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), na seção “Jurisprudência”, com as expressões de busca “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “saúde”. Foram encontrados 7 acórdãos, quais sejam: RE 581488, ADPF 347, ARE 745745 AgR, ARE 727864 AgR, RE 581352 AgR, RE 642536 AgR, ARE 639337 AgR. Ressalta-se que a ADPF 347 não será analisada, pois não se trata de ação que pleiteia prestação de saúde, mas de situação precária das penitenciárias, o que foge ao tema da dissertação. Da mesma forma o RE 639337 não será analisado, visto que se trata de atendimento em creche e pré-escola, o que remete primariamente ao direito à educação e não à saúde.

A fim de ampliar o leque de julgados, fez-se nova pesquisa, utilizando os termos “reserva do possível”, “saúde”, “direitos sociais” e “dever do Estado” e foram

encontrados os acórdãos: SL 47, STA 175 e RE 368564, além dos já encontrados na busca feita anteriormente.

Buscou-se também por “direito à saúde” e “SUS” e foram encontrados os acórdãos ARE 831385 AgR e o ARE 827931 AgR.

Ao todo foram analisados dez julgados.

Passa-se à análise dos argumentos utilizados pelos Ministros em cada acórdãos.

Far-se-á a análise dos acórdãos por ordem cronológica de publicação, iniciando-se por duas decisões que representaram o marco na história da judicialização da saúde, depois da ADPF 45, pois os Ministros fizeram ponderações de questões antes não debatidas e essenciais para a análise do caso e, principalmente, levaram em consideração em suas análises, as sugestões apresentadas na Audiência Pública de Saúde para se chegar à essencialidade do direito. São a STA 175 e a SL 47.

- **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará – julgado em 17/03/2010**

Trata-se de pedido de medicamento de alto custo, Zavesca, que não consta nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS e, portanto, não é contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. A interessada é portadora de doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial. Os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação, considerada instituição de referência nacional, relatam que o uso do Zavesca (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores da doença Niemann-Pick Tipo C. A família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês e de que há provas de que o medicamento buscado é o único capaz de deter o avanço da doença ou de pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade.

Manteve-se a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento à autora.

A União (agravante) requer a reforma da decisão, ou seja, a suspensão da tutela antecipada, alegando a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Alega que a decisão viola o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustenta a ilegitimidade passiva da União, argumentando que só deve figurar no polo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que o desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União implicará deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

Verifica-se que, no caso em questão, está em discussão, o direito ao **mínimo existencial** da autora *versus* **reserva orçamentária**, envolvendo questões como a **possibilidade do Poder Judiciário efetivar política pública não prevista** e a **responsabilidade solidária dos entes da federação**, prevista no art. 23, II da CR/88. Portanto, as linhas de argumentação presentes nos votos dos Ministros versarão sobre esses pontos.

O **Ministro Gilmar Mendes** em seu voto argumentou que não foram comprovados os elementos fáticos e normativos que atestassem grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Verifica-se que essa é uma questão bastante comum, pois, os entes da federação alegam em suas defesas grave lesão ao orçamento, mas não comprovam com dados fáticos o real prejuízo que o ente irá sofrer ao dispender recursos para cumprir a decisão.

Ademais, o Ministro constatou, ainda, que existem casos na jurisprudência da Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

Na análise do mérito, o Ministro considerou, principalmente: 1) a existência de prova pré-constituída apresentada pela Autora, consistente em laudo médico do hospital Sarah; 2) a essencialidade do medicamento para o aumento da sobrevida e da qualidade de vida da paciente; 3) A impossibilidade da paciente custear o tratamento; 4) Existência de registro do fármaco na ANVISA.

Alega que as divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza

prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou “**mínimo existencial**” e “**reserva do possível**”.

O Ministro fez referência às observações realizadas na **Audiência Pública de Saúde** e utilizou-as em seu convencimento, ponderando sobre:

1) **a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte:** ao deferir prestação de saúde já incluída na política pública do SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas dando-lhes cumprimento.

Considera, ainda, que caso a prestação pleiteada não esteja prevista na política pública do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre: a) de omissão legislativa ou administrativa; b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; c) de uma vedação legal à sua dispensação. Alega que essa verificação é importante, pois não raras vezes são pleiteados medicamentos não registrados na ANVISA, enquadrando-se no item c (a não prestação decorre de uma vedação legal à sua dispensação). Esses medicamentos não registrados na ANVISA não são incorporados pelo SUS, com exceção dos fármacos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde, neste caso o registro na ANVISA é dispensado.

O caso em questão se enquadra no item a) a não prestação decorre de omissão legislativa ou administrativa.

2) **existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS:** deve-se sempre justificar o motivo da necessidade de prestação de saúde diversa da oferecida pelo SUS, pois sempre será privilegiado o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde.

Portanto, a motivação deve se enquadrar em dois casos:

a) **o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente:** neste caso deve ser comprovada a ineficácia do tratamento fornecido pelo SUS. Neste ponto o Ministro cita a fala da Ministra da Saúde, na Audiência Pública, que ressalta a necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

b) **o SUS não tem nenhum tratamento específico para a patologia:** este caso pode se dar em decorrência de duas situações: 1) o tratamento ser

puramente experimental e, por isso, o Estado não pode ser condenado a fornecê-lo; 2) novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS: deve-se verificar a eficácia do tratamento e, caso positivo, ele poderá ser concedido, pois a evolução da medicina se dá de forma muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Posteriormente, o Ministro expõe sobre a **responsabilidade dos entes da federação em matéria de saúde pública**, afirmando ser solidária. Aduz que a responsabilidade dos entes da federação foi muito enfatizada durante os debates da **Audiência Pública de Saúde** e ressalta que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos.

Portanto, ele entende que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública, tendo em vista as normas constitucionais que fixam a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência dessa Corte.

Em relação aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas arguidos pelo agravante, alega 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.

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

Por todo o exposto, negou provimento ao agravo regimental.

A **Ministra Ellen Gracie** acompanhou o voto do Relator.

O **Ministro Celso de Mello** em seu voto faz remissão à ADPF 45/DF, salientando a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada ao STF e que, por isso, a Corte não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Ele reitera os seus próprios argumentos utilizados no exame da ADPF 45/DF, de que a atribuição de formular e de implementar políticas públicas cabe, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo não sendo atribuído, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário. Contudo, a

incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados na estatura constitucional, como sucede no caso em exame.

Aponta que no caso não há afronta à separação de poderes, pois a intervenção jurisdicional foi justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental e, por isso, torna-se plenamente legítima.

Com relação à “reserva do possível”, entende que a limitação orçamentária não pode ser alegada para denegar condições materiais mínimas de existência ou direitos de essencial fundamentalidade, conforme já relatado na ADPF 45 e que entre proteger o direito à vida e o interesse financeiro e secundário do Estado, entende que deve privilegiar o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Entende que o caso se enquadra no contexto das denominadas “escolhas trágicas”, que nada mais exprime 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.

Faz referência ao princípio da proibição do retrocesso em matéria social, impedindo que direitos sociais de natureza prestacional possam ser reduzidos ou suprimidos. Neste ponto cita lição de Canotilho:

(...) **O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim:** o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.²¹⁶

Conclui o seu voto, alegando que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a

²¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar 2010, p. 25. *Apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 1998, p. 320/321.

incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de ilegitimidade da inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração ao direito à saúde.

Por todo o exposto, nega seguimento ao agravo regimental.

O **Ministro Ayres Brito** nega seguimento ao recurso acompanhando o voto do Relator, ressaltando o juízo de ponderação e razoabilidade utilizados.

Os **Ministros Eros Graus e Marco Aurélio** acompanharam o voto do Relator.

Por unanimidade e nos termos do voto do Relator, foi negado provimento ao recurso de agravo.

No exame da fundamentação utilizada pelos Ministros, principalmente pelo Ministro Relator, verificou-se que houve uma atenta consideração e referência aos termos da Audiência Pública de Saúde.

Nesse sentido, foi feita a análise prévia sobre o registro do medicamento pela ANVISA. Ademais, conforme recomendado na Audiência Pública, houve a criteriosa observância dos relatórios médicos emitidos por instituição reconhecida e verificação de que o medicamento é o único capaz de tratar a doença da paciente e, portanto, não havia nenhum substitutivo fornecido pelo SUS.

Em relação à distribuição de competências entre União, Estados e Municípios não houve maiores considerações, sendo entendimento consolidado pela responsabilidade solidária na prestação dos serviços de saúde.

Na ponderação entre mínimo existencial e reserva do possível, prevaleceu a proteção do mínimo existencial, sendo a reserva do possível refutada pelo fato da União não trazer aos autos provas efetivas da impossibilidade financeira de não cumprimento da decisão, assim como do prejuízo para a coletividade. Foi considerado também o princípio da proibição do retrocesso social que não permite que as conquistas em termos de direitos fundamentais retroajam a ponto de aniquilar o núcleo essencial desses direitos.

- **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco – julgado em 17/03/2010**

Trata-se de ação civil pública, a qual determinou ao Município de Petrolina, ao Estado de Pernambuco e à União a adoção de providências administrativas para a melhoria do atendimento no Hospital Dom Malan. As medidas foram deferidas contra o Município, mas ao Estado e à União foi determinada a adoção de todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento dessas medidas.

Após a análise da decisão verificou-se que os seus fundamentos jurídicos são idênticos ao da STA 175, portanto se dará maior atenção apenas ao que acrescentar à decisão anterior.

Igualmente à STA 175, o **Ministro Relator Celso de Melo** inicia seu voto levando em conta as experiências e os dados colhidos na **Audiência Pública de Saúde** e apresenta os mesmos fundamentos da referida decisão.

Relata que a decisão objeto da suspensão convoca os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços pela unidade de saúde, entre os quais: ausência de médicos de plantão na UTI, falta de medicamentos, falta de materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica, deficiência no atendimento de especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia e número insuficiente de leitos.

Com relação à alegação do agravante de que a decisão objeto da suspensão invade competência administrativa e provoca desordem nessa esfera ao impor ao Estado deveres que são do Município, o Ministro defende que a decisão liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências.

Alega que o agravante não trouxe dados concretos para justificar o perigo de grave lesão, havendo assentado que a decisão concessiva de liminar impôs ao requerente apenas uma participação subsidiária, dentro dos limites de sua competência.

Por fim, conclui que:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu

cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.²¹⁷

A **Ministra Ellen Gracie** acompanhou o voto do Relator.

Os demais Ministros proferiram os seus votos nos mesmos termos da STA 175.

Por unanimidade e nos termos do voto do Relator, foi negado provimento ao recurso de agravo regimental.

Da mesma forma que a decisão anterior, no embate entre mínimo existencial e reserva do possível, deu-se prevalência ao mínimo existencial, entendendo-se que a melhorias no Hospital Dom Malan seriam essenciais para a garantia do atendimento eficiente de saúde para a população local.

- **Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal – julgado em 13/04/2011**

Trata-se de um grupo de pessoas que entrou com mandado de segurança contra ato do Secretário de Assistência à Saúde – Ministério da Saúde -, para compelir a autoridade impetrada a liberar a quantia equivalente a US\$ 12.580,00, necessária ao tratamento, em Cuba, de “retinose pigmentar”, doença degenerativa rara que causa a cegueira e não tem tratamento no Brasil. O juiz denegou a ordem dizendo que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia emitiu um laudo dizendo que não há de fato, tratamento no Brasil e nem no exterior. Em grau de recurso o Tribunal Regional Federal da 1ª região concedeu a ordem de segurança, entendendo que a saúde é dever de todos e obrigação do Estado e de que há direito líquido e certo.

A União interpôs Recurso Extraordinário alegando ser inconcebível que o Estado custeie tratamento médico, a ser realizado no exterior, quando idêntico tratamento já se realiza aqui no Brasil, por profissionais cujas habilidades técnicas utilizadas são equivalentes às de Cuba.

O **Ministro Relator Menezes Direito** conheceu e proveu o RE, sob o argumento de que não há o direito à prestação, pelo fundamento de que o direito só se confere se existe a possibilidade certificada de que há a cura, de que há o tratamento e de que é possível perante os requisitos que o Estado estabeleceu que

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar 2010.

são: o laudo, o parecer e a indicação. E de acordo com o laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, não existe esse tratamento. Portanto, entende que não há direito líquido e certo à prestação.

Em pedido de vista aos autos, o **Ministro Marco Aurélio** se manifestou no sentido de que em nenhum momento houve a apreciação do caráter experimental do tratamento e tampouco da possibilidade de existir no Brasil, profissionais que cuidam da saúde dos cidadãos portadores de retinose pigmentar. E sem adentrar nas questões alusivas ao caráter experimental do tratamento e à existência, no Brasil, de profissionais habilitados a implementá-lo, o Ministro desproveu o recurso e manteve o acórdão.

A **Ministra Carmen Lúcia**, no mesmo sentido, negou seguimento ao recurso.

Em pedido de vista, o **Ministro Ricardo Lewandowski** aborda a questão da separação de poderes, em que há a diferenciação de atuação de cada poder, sendo esse um elemento característico do Estado de Direito. Alega que se cuida, portanto, de uma lógica que busca garantir o equilíbrio político, mediante o sistema de *checks and balances*, ou seja, de freios e contrapesos, entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Esse equilíbrio é levado a efeito mediante uma divisão clara e o mais possível objetiva, das competências e atribuições conferidas a cada um dos poderes pelo ordenamento jurídico-positivo. Acrescenta que, nessa linha de pensamento, a Constituição delimitou a esfera de ação de cada um dos poderes e que o Judiciário ao definir o conteúdo e a forma de execução de políticas públicas gera uma profunda modificação nesse equilíbrio.

Expõe que o caso em exame trata-se de questão que habita as zonas limítrofes entre política e direito e que o Judiciário ao tratar de questões para as quais não dispõe dos instrumentos adequados para intervir na realidade concreta, termina por conferir a alguns indivíduos direitos pretensamente subjetivos que, a rigor, deveriam ser contemplados sob a ótica universal e não individual.

Ressalta que ao conferir natureza individual a um direito de caráter universal, o Judiciário não só deixa de aplicar, de modo correto, o texto constitucional, como ainda interfere na distribuição de recursos pelo Estado sem ter como definir, de modo racional e com um mínimo de objetividade, os graus de prioridade com que devem ser contemplados.

Por fim, alega que o caso exige dilação probatória, não sendo o mandado de segurança instrumento adequado para a hipótese. Ao postular sobre recurso

escasso do Estado, a impetrante, ora recorrida, deveria comprovar a eficácia do tratamento pleiteado e também da impossibilidade de obtê-lo no país.

Conclui que, como o tratamento é de eficácia duvidosa ou ainda não identificada no País, não se enquadram em um direito à saúde efetivado mediante políticas públicas sérias.

Por todo o exposto, entende que o recurso merece prosperar para que o acórdão recorrido seja reformado, com a denegação da ordem.

O **Ministro Luiz Fux** elucidou casos semelhantes que entendiam ser vedado ao poder público e ao intérprete do ordenamento jurídico – amparado em parecer técnico que desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinoses Pigmentária em Cuba e na Portaria 763 que proíbe o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS – ante a exegese que transponha a intangibilidade do direito à saúde consagrado na Constituição Federal.

Portanto, votou no sentido de dar seguimento ao recurso.

A Turma, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowsky e Menezes Direito.

Apesar do julgamento deste RE ter se iniciado em 2008, os Ministros Ricardo Lewandowsky e Luiz Fux proferiram seus votos em 2011, após a realização da Audiência Pública de Saúde e da edição da Recomendação nº 31 do CNJ. No entanto, verifica-se que a referida Recomendação não foi colocada como auxiliar na decisão, tendo em vista que sequer foi citada.

Contudo, é notável uma melhor apreciação, principalmente no que tange à eficácia ou não do tratamento e à função do Judiciário na esfera de políticas públicas. Por exemplo, no voto do Ministro Lewandowsky que pondera sobre a eficácia do tratamento, apesar de não fazer referência expressa à Recomendação, a sua análise está de acordo com o disposto nela, qual seja: “b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;”²¹⁸.

²¹⁸ CNJ. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 11 jan 2016.

No entanto, nesse caso seria importante a verificação da eficácia ou não do tratamento e da possibilidade de existir no Brasil profissionais que o realizem.

Nos votos não há referência expressa ao direito ao mínimo existencial à saúde e ao que seria o núcleo essencial do direito no caso. Não há maiores considerações sobre se o direito é essencial para a vida e dignidade humana. Alegam que o direito à saúde deve prevalecer ante o embate com a “reserva do possível”.

- **Recurso Extraordinário 642.536 Amapá – julgado em 05/02/2013**

O Ministério Público ajuizou ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado e o Município do Amapá, pleiteando a condenação dos entes públicos em obrigações de fazer que implicassem na adoção de medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde local. Alega que a Unidade Mista de Saúde – UMSA, único hospital de referência do Município, vem padecendo de uma falência progressiva por falta de manutenção e renovação de equipamentos médico-hospitalares e de suas instalações, carência de renovação do quadro de pessoal, contratação de profissionais técnicos para a chefia de farmácia do laboratório clínico, e outros. Resultando, assim, no colapso geral das ações e serviços de saúde, dando ensejo à violação cotidiana, sistemática e reiterada do direito universal à saúde.

O magistrado singular reconheceu a ilegitimidade passiva do Município e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para impor ao Estado do Amapá a obrigação de fazer consistente na prestação adequada e contínua dos serviços de saúde no âmbito do município de Amapá, promovendo, em caráter emergencial, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a reforma e manutenção geral da UMSA; pintura de toda a unidade; aquisição de condicionadores de ar; reativação das salas de cirurgia e de parto; reforma na rede elétrica; aquisição de extintores de incêndio e mangueiras; contratação efetiva de 1 (um) farmacêutico ou bioquímico.

Irresignado, o Estado do Amapá interpôs apelação, requerendo, preliminarmente, a inclusão da União e do Município do Amapá no polo passivo da lide, com respaldo no artigo 23, inciso II, da CF/88.

No mérito, sustentou que ‘o princípio da reserva do possível torna inviável a condenação da Fazenda Pública no feito sub examine’, destacando que ‘o princípio

em pauta determina que a Administração Pública só tem o dever de atuar quando presentes os requisitos idôneos à atividade administrativa. Inexistindo meios materiais, como recursos financeiros aptos a arrostar as despesas solicitadas, queda inviável a providência desejada.

Nas razões do apelo extremo, o Ministério Público afirma que ‘a ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais. Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos poderes – inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais’. Ressalta ainda que o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado quando não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do Estado, bem como não pode ser empecilho à garantia da dignidade da pessoa humana. Alega, por fim, violação do artigo 196 da CF/88, segundo o qual, ‘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’.

O TJ/AP proferiu acórdão reconhecendo a ilegitimidade passiva do Município; que em decorrência da autonomia administrativa e financeira de que goza cada Estado Federado (CF, artigos 18 e 25), e, especialmente, em decorrência do princípio da independência e harmonia entre os poderes (CF, artigo 2º), não pode o Poder Judiciário, substituindo a Administração Pública do Estado, em sua apreciação de conveniência e oportunidade quanto à gestão e aplicação dos recursos públicos, estabelecer onde e como deverão ser aplicados tais recursos e feitos os investimentos necessários à prestação satisfatória e eficiente de qualquer serviço, inclusive aquele vinculado à Unidade Mista de Saúde instalada em determinado Município do Estado.

Dessa decisão o Ministério Público interpôs recurso extraordinário, que foi provido pelo **Ministro Relator Luiz Fux**, sob o fundamento de que a controvérsia objeto dos autos já foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47 – AgR e que naquele julgamento a Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se

tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas e que em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente.

Aduz que a decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cita: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

Ressalta que conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a ordem liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências. E que o deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública é evidente.

Dessa decisão foi interposto agravo regimental pelo Estado do Amapá sustentando que o recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público não preenche um dos requisitos de admissibilidades indispensáveis ao seu conhecimento: o prequestionamento. Alega, ainda, que a análise da controvérsia objeto destes autos dependeria do revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via extraordinária. Ao final, requer a reconsideração da decisão hostilizada, com o conseqüente não provimento do apelo extremo interposto pelo Parquet.

O Ministro Relator negou seguimento ao agravo regimental, alegando que o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a decisão hostilizada, razão pela qual entende que a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Verifica-se que esse é um caso semelhante ao tratado na SL 47 em que também se pleiteava a adoção de providências administrativas para a melhoria do atendimento em hospital da região. A decisão da SL 47 e os critérios utilizados na

análise do caso se tornaram paradigma para decisões futuras, conforme foi constatado.

- **Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul – julgado em 29/10/2013**

Trata-se de ação civil pública interposta pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul cujo polo passivo é a União, o Município de Canela e o Estado do Rio Grande do Sul e postula-se o acesso à **internação** de paciente pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes, e que fique autorizada a contratação de médico de sua confiança, tudo pela prática comumente denominada de atendimento por “diferença de classe”. A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIFERENÇA DE CLASSE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO. Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal.²¹⁹

Dessa decisão foi interposto recurso pelo Conselho Regional de Medicina alegando que o acórdão viola o art. 196 da CR/88 na medida em que o direito à saúde, enquanto direito de todos e dever do Estado, não pode sofrer embaraço por parte de autoridade administrativa que resulte em redução de seu âmbito ou em dificuldade de seu acesso. Sustenta, ainda, que a diferença de classe não representaria quebra da isonomia, pela qual se pauta o acesso ao Sistema Único de Saúde, uma vez que ela não estabeleceria tratamento desigual entre pessoas em uma mesma situação, mas apenas facultaria o atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem promover a ampliação do direito previsto na Constituição Federal, nem gerar ônus adicional para o sistema público. Prossegue afirmando que

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581488 Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 dez 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em 05 jan 2016.

a vedação à complementariedade acabaria por violar o objetivo maior do próprio Estado, qual seja, o da assistência à saúde.

A AGU em sua defesa argumentou que a proibição questionada destina-se a evitar que os hospitais, diante de eventual escassez de vagas para o SUS, viessem a optar, dentre os indivíduos sujeitos a iminente internação, por aqueles que se dispusessem a pagar a complementação por acomodação e atendimentos superiores.

O Ministro (relator) **Dias Toffoli** fundamentou primordialmente sua decisão no princípio da igualdade:

O oferecimento de serviços em igualdade de condições a todos foi pensado nesse contexto – nem poderia ter sido diferente, uma vez que possibilitar assistência diferenciada a cidadãos numa mesma situação, dentro de um mesmo sistema, vulneraria a isonomia, também consagrada na Carta Maior, ferindo de morte, em última instância, a própria dignidade humana, erigida a fundamento da República.²²⁰

Defende ainda que quem deseja atendimento personalizado de saúde deve procurar o sistema privado de atendimento e que o sistema público de saúde não há de se submeter, ainda que indiretamente, à lógica do lucro, por não ser este o papel e finalidade do Estado e por não ser concebível que um sistema apregoadamente igualitário admita a criação de castas em seu interior.

O Ministro traz como possível consequência nefasta, no caso da escassez de vagas, o pagamento da diferença poder ser adotado como fator determinante de quem será atendido ou não, caso a “diferença de classes” seja adotada.

Em relação à possibilidade de ser atendido, no Sistema Único, por médico de sua confiança, mediante o pagamento de remuneração extra, o Ministro aduz que na rede pública sendo igualitário o tratamento, igualitário será também o atendimento médico e que ao internar-se no SUS, o indivíduo aceita todo o pacote, inclusive a assistência por profissional da rede pública.

Relativo ao pedido de desnecessidade de triagem prévia em postos de saúde antes da internação pela rede pública reitera o princípio da igualdade de acesso ao SUS ressaltando que ao se tolerar que o próprio médico do paciente autorize e determine a internação, poderá haver o risco de desrespeito à ordem das filas,

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581488 Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 dez 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em 05 jan 2016.

podendo alguns pacientes com melhor condição econômico-financeira passar à frente dos demais, relegando os mais necessitados a um atendimento mais precário e moroso.

Portanto, negou provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro não faz menção ao mínimo existencial e tampouco à reserva do possível, mas fundamentou sua decisão, primordialmente, no princípio da igualdade.

O Ministro **Edson Fachin** faz sua fundamentação nos mesmos termos do relator, ressaltando o princípio da isonomia do SUS. Aduz que a matéria é regulada pela Portaria nº 113/97 do Ministério da Saúde, que manteve a vedação à prática da diferença de classe.

Com relação à reserva do possível, o Ministro entende que:

(...) tendo sempre em mira a notória escassez de recursos para custeio do SUS, a imediata migração de um número incalculável de pessoas que hoje não se configuram como usuários primordiais do sistema, gera, a toda evidência, um custo imprevisível aos entes públicos, e que torna ainda mais complexa a alocação de recursos e o planejamento da organização dos serviços, imprescindíveis para o funcionamento mais eficiente do SUS.²²¹

Conclui pelo desprovimento do recurso extraordinário.

O Ministro **Teori Zavaski**, acompanha o Relator. Entende que inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender prestações minimamente essenciais à efetividade de direito fundamental social, abre-se espaço para a atuação jurisdicional. No entanto, não explicita de forma clara se o direito pleiteado constitui o mínimo existencial à saúde do cidadão. Concluindo que não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação.

Os votos dos **Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Marco Aurélio** acompanharam o Relator não havendo discussão em torno do mínimo existencial e reserva do possível.

Por fim entendeu que é vedada a prática de internação em acomodações superiores no âmbito do Sistema Único de Saúde, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. Tal vedação está disposta na

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581488 Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 dez 2015, p. 47.

Portaria nº 113/97 do Ministério da Saúde e não afronta o disposto no art. 196 da CR/88.

- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas – julgado em 29/10/2013**

Trata-se de ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado do Amazonas postulando a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas proferiu acórdão no sentido de que a ação civil pública deveria ter sido proposta perante o Juizado da Infância e da Adolescência do local onde ocorrera a omissão a ser corrigida, que visa a proteger o direito fundamental à vida e à saúde de criança e adolescente. Acrescentou que não cabe ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender e que pensar diversamente implicaria violar o princípio da separação das funções estatais e a iniciativa do Poder Executivo quanto aos projetos de lei que disponham sobre a fixação de despesas públicas.

Contra essa decisão o Ministério Público do Estado do Amazonas interpôs Recurso Extraordinário, que invalidou o acórdão recorrido e restaurou, em sua integralidade a sentença definitiva de primeira instância, que condenou o Estado do Amazonas a implementar medidas de ampliação e de melhoria no atendimento a gestantes e a recém-nascidos em maternidades estaduais.

Foi interposto agravo regimental contra essa decisão.

O **Ministro Relator Celso de Mello** em seu voto entende que as ações e serviços de saúde são prestações de relevância pública (art. 197, CF), devido à sua essencialidade, o que legitima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nessas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixam de respeitar os mandamentos constitucionais, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. E que, por isso, tem o beneplácito da jurisprudência constitucional da Corte.

Ressalta trecho de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das políticas públicas, o administrador **está vinculado** às políticas públicas **estabelecidas** na Constituição Federal; a sua omissão **é passível** de responsabilização **e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.** (...)

Conclui-se, portanto, **que o administrador não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência **de implementação** de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

Em relação à “reserva do possível” alega os mesmos fundamentos que utilizou na ADPF 45/DF e em decisões anteriores, de que é inaplicável sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Ressalta, também, a proibição do retrocesso social.

Por todo o exposto nega prosseguimento ao recurso de agravo, mantendo a decisão agravada que condenou o Estado do Amazonas a implementar medidas de ampliação e de melhoria no atendimento a gestantes e a recém-nascidos em maternidades estaduais.

- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 827.931 Santa Catarina – julgado em 16/09/2014**

A autora pleiteia medicamentos diversos dos disponibilizados pelo SUS, alegando que estes não surtem efeitos positivos para a melhora de sua doença. A Turma Recursal de Santa Catarina manteve a sentença alegando que a autora não comprovou a utilização do medicamento disponibilizado pelo SUS e com relação ao outro medicamento pleiteado, a perita atesta que possui a mesma constituição química do fornecido pelo SUS e, portanto não há qualquer justificativa para que a autora não se utilize deste último.

Foi interposto recurso extraordinário contra decisão da Turma Recursal de Santa Catarina alegando que foi comprovado por meio de formulário preenchido pelo médico da autora, que os medicamentos fornecidos pelo SUS não surtiram melhoras na doença. No entanto, o recurso foi inadmitido, pela **Ministra Relatora Cármen Lúcia**, com fundamento na Súmula 279 do STF, qual seja, para simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário.

Portanto, nesse caso não houve análise de mérito.

- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864 Paraná – julgado em 04/11/2014**

Trata-se de ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná pleiteando o custeio pelo Estado de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública.

Foi proferido acórdão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no sentido de que o Estado do Paraná deve custear os serviços hospitalares privados aos pacientes do SUS nos casos de urgência e quando não houver leitos na rede pública, devendo tal determinação ser observada pelos médicos do SAMU.

Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário pelo Estado do Paraná.

O **Ministro Relator Celso de Mello** alega que a legitimidade ativa “ad causam” do Ministério Público para propor ação civil pública visando à defesa do direito à saúde já é confirmada na jurisprudência constitucional da Corte.

Ao decidir a questão central da causa e verificar se é possível ao Judiciário determinar ao Estado, quando este for omissivo, a execução de políticas públicas, faz referência ao que já foi decidido na ADPF 45, em que houve o entendimento de que o Judiciário pode intervir, caso haja descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante e que, por isso, venha a comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Em relação à cláusula da reserva do possível, se remete novamente à ADPF e adverte que a referida cláusula não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais, quando essa conduta negativa puder resultar na aniquilação de direitos impregnados de essencial fundamentalidade.

Portanto, em face da jurisprudência que já se formou no Supremo Tribunal Federal sobre a questão, entende ser inviável o recurso extraordinário deduzido pelo Estado do Paraná.

Foi interposto agravo regimental pelo Estado do Paraná.

O Ministro Relator Celso de Mello entende que não assiste razão à parte recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame.

Cita fragmentos de decisão unânime proferida pelo Tribunal de Justiça local:

(...) não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível ou a ausência de previsão orçamentária quando a questão trata do direito à saúde do cidadão. (...)

Destarte **cabe ao Poder Judiciário**, sopesar os interesses alegados pelas partes **e solucionar a questão à luz** do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa forma a imposição de internamento digno, em hospital público ou particular, dos pacientes que dele necessitam é medida necessária face à inércia do Estado em solucionar tais problemas. (...)

Destarte, considerando que o internamento em leitos de hospitais privados seja medida excepcional, mas necessária a garantia da saúde, as alegações de prejuízo ao erário, ônus excessivo e de observação da reserva do possível devem ser afastadas. (...)²²²

Posteriormente, cita jurisprudência do STF que entende pela responsabilidade solidária dos entes da federação pela prestação do serviço público de saúde.

Por fim, nega seguimento ao recurso de agravo, mantendo a decisão agravada.

- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais – julgado em 02/12/2014**

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, mediante a Promotoria de Justiça e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude, ajuizou ação civil pública contra o Município de Belo Horizonte, requerendo o restabelecimento dos convênios firmados com trinta e três clínicas de reabilitação que foram descredenciadas ou a celebração de convênios com outras clínicas que pudessem atender a demanda de, pelo menos, 6.500 crianças e adolescentes que tiveram o tratamento interrompido, ou, ainda, o encaminhamento dessas pessoas para o tratamento, às custas do Município, oferecido pela rede privada suplementar, até a completa estruturação da Rede de Assistência à Pessoa Portadora de Deficiência Física, Visual, Auditiva, com Paralisia Cerebral, Distúrbios Comportamentais, Deficiência Mental ou Autismo, nos moldes estabelecidos pela Portaria nº 1.635/2002, do Ministério da Saúde.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864 Paraná. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04 nov 2014.

As instâncias ordinárias concederam, parcialmente, o pedido, afirmando que o Estado tem o dever de zelar, com prioridade absoluta, pelo atendimento eficaz de crianças e adolescentes que apresentam as condições de saúde retratadas.

Foi interposto recurso extraordinário pelo Município de Belo Horizonte, alegando ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes, expresso nos artigos 1º, 2º e 18 da CF, destacando que a decisão atacada caracteriza indevida interferência do Judiciário na gestão e organização da Administração. Respalda a atuação do Município nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e na cláusula da reserva do possível.

O recurso não foi admitido na origem devido a não demonstração, pela parte, de repercussão geral.

Foi interposto agravo alegando que o caso em tela se assemelha ao RE nº 592.581 RG/RS, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário Virtual do STF (Tema nº 220 da Sistemática).

O agravo foi conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário. O Ministro Celso de Mello decidiu que a controvérsia suscitada no recurso extraordinário a que se refere o presente agravo já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal no AI 759.543-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, no RE 634.643-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa e no RE 642.536-AgR/AP, Rel. Min. Luiz Fux.

Cita jurisprudência que entende que a Corte já firmou orientação de que:

1 - O Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

2 - O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

3 - A Administração não pode invocar a cláusula da 'reserva do possível' a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.

4 - O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

5 - É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

Sendo assim, entende que o acórdão impugnado ajusta-se à diretriz jurisprudencial que a Suprema Corte firmou na matéria em referência e, por isso, negou seguimento ao RE.

Dessa decisão foi interposto agravo regimental que foi inadmitido pelo **Ministro Relator Celso de Mello** sob o fundamento de que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame.

- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 831.385 Rio Grande do Sul – julgado em 17/03/2015**

Neste caso foi negado provimento ao agravo regimental, pelo **Ministro Relator Luís Roberto Barroso**, sob o fundamento da Súmula 279 do STF, portanto não houve apreciação de mérito. No entanto, o Tribunal confirmou os termos do acórdão *a quo*, e afirmou o entendimento do STF no sentido de que:

1 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos.

2 - O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793).

3 - O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade.

4.5 Resultados e Discussão

Verifica-se uma melhor uniformidade e uma mudança na análise dos casos pelo STF após a Audiência Pública de Saúde no ano de 2009 e após o julgamento da STA 175 e da SL 47.

É notável que o fundamento decisório dos acórdãos posteriores a estes dois julgados seguem a mesma linha de argumentação em relação ao mínimo existencial, à reserva do possível, à possibilidade do judiciário implementar o direito à saúde e à responsabilidade solidária dos entes da federação pelo adequado cumprimento da prestação de saúde.

É possível se fazer a divisão entre dois momentos: o anterior a 2009, em que a reserva do possível era sempre desconsiderada e não havia parâmetros pré-estabelecidos para uma melhor análise do pedido e o posterior a 2009 em que as ponderações realizadas da audiência pública foram consideradas e utilizadas pelos Ministros, havendo uma maior homogeneidade no fundamento decisório.

Os critérios estabelecidos na STA 175 e na SL 47, que foram baseados nos debates da Audiência Pública de Saúde foram de suma importância para se tentar chegar ao mínimo existencial à saúde, pois retira da abrangência do direito o que excede.

Apesar da Recomendação nº 31 ser direcionado às instâncias ordinárias, alguns dispositivos são aplicáveis ao STF, como o disposto no item “b.2”, qual seja: “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei²²³, além do disposto no item “b.1” que aconselha os magistrados a se atentarem aos relatórios médicos, com a descrição da doença. Verifica-se que a Recomendação aponta para a necessidade de se haver comprovação científica do tratamento e, também, a sua adequabilidade para a patologia. Tais verificações são importantes a fim de se evitar fraudes e excessos nas decisões e, contudo, não foram adequadamente observadas. Por exemplo, no RE 368.564, em que os requerentes pleiteiam tratamento em Cuba, grande parte dos Ministros demonstram a dúvida sobre o caráter experimental do tratamento e sobre a possibilidade de existir

²²³ CNJ. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 11 jan 2016.

no Brasil profissionais capacitados para o tratamento da doença e, ainda assim, o tratamento é concedido.

Entende-se que o disposto na Recomendação é de fundamental relevância para nortear os magistrados em suas decisões. Um dos dispositivos pouco utilizados nas instâncias ordinárias é o item “b.3” da Recomendação, que dispõe que os magistrados ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medida de urgência. Verifica-se que esse preceito é de suma importância, tendo em vista que o gestor é o que convive de perto com a dinâmica e os problemas que afligem o Sistema Único de Saúde e pode prestar relevante auxílio aos julgadores. Tais observações também foram constatadas por Camilo Zufelato e Nubia Ventura em pesquisa realizada nos julgados do STF e do STJ. Os autores fizeram a busca pelas palavras-chaves “CNJ, Recomendação, Recomendação 31 CNJ”, bem como por algumas palavras-chaves mais amplas como “saúde, CNJ, direito à saúde” e não foi encontrada nenhuma jurisprudência que utilizou expressamente as diretrizes da Recomendação 31 do CNJ nas decisões.²²⁴

Conclui-se que as medidas baseadas no diálogo institucional, promovidas pelo CNJ, ainda estão sendo assimiladas de forma gradativa pelos Tribunais e entende-se que através da utilização dessas medidas será possível estar mais próximo do cumprimento do mínimo existencial à saúde.

Uma das medidas mais inovadoras e que se considera a mais viável, a ser aplicada nas instâncias ordinárias, para solucionar os problemas que a judicialização excessiva da saúde tem gerando é a mediação sanitária, que seria a tentativa de solução prévia da pretensão de saúde pleiteada, por meio do diálogo entre administração pública, o Judiciário e a parte. A mediação sanitária foi implantada em poucas comarcas no Brasil e é uma tentativa de desafogar o Judiciário e dar uma melhor solução para o demandante.

Como exemplo de experiências bem sucedidas cita-se as experiências vivenciadas no Rio de Janeiro e em Brasília.

Foi demonstrado em estudos recentes que nas ações ajuizadas contra os estados de Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro predominam os

²²⁴ ZUFELATO, Camilo; VENTURA, Nubia Regina. A Recomendação 31 do CNJ e sua vinculação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Direito e Saúde: Enfoques Interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

medicamentos não pertencentes às listas oficiais. E que em “80% das ações ajuizadas contra o estado do Rio de Janeiro e julgadas na segunda instância, havia a solicitação de pelo menos um medicamento não presente na lista pública estadual.”²²⁵

Com o objetivo de resolver administrativamente os litígios evitando a propositura de demandas judiciais, foi criada, no Rio de Janeiro, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, que atua antes da propositura da ação, na tentativa de resolução administrativa das demandas oriundas dos cidadãos. Verificou-se “a importância de ampliar e tornar permanente o diálogo entre os Poderes Executivo e Judiciário a fim de encontrar meios preventivos que permitam um equilíbrio do sistema.”²²⁶

A Câmara foi criada em 12 de junho de 2012, por meio de um convênio celebrado, pelo Estado do Rio de Janeiro, pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), Secretaria de Estado de Saúde (SES), Defensoria Pública Geral do Estado (DPGE) e o Tribunal de Justiça do Estado (TJRJ), o Município do Rio de Janeiro, pela Procuradoria Geral do Município (PGM) e Secretaria Municipal de Saúde (SMS), e a União Federal, pela Defensoria Pública da União (DPU).

A CRLS busca inserir ou reinserir o assistido no SUS, antes da propositura da demanda judicial, tornando o acesso mais célere e resolutivo e diminuindo o número de novas ações. A CRLS é também um espaço que disponibiliza as informações de avaliação de incorporação de tecnologia, tendo a função de nortear a formulação de proposta de ampliação ou modificação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) Estaduais.²²⁷

Como resultado positivo obtido com a implantação da CRLS verificou-se que em relação a internações, cirurgias, exames e consultas a Câmara demonstrou-se

²²⁵ GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na secretaria de saúde do estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. *In: Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS.* Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>>. Acesso em 2 set 2015, p. 4.

²²⁶ GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na secretaria de saúde do estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. *In: Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS.* Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>>. Acesso em 2 set 2015, p. 5.

²²⁷ GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na secretaria de saúde do estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. *In: Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS.* Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>>. Acesso em 2 set 2015, p. 6.

altamente resolutiva e evitou o ajuizamento de diversas demandas judiciais. Em relação a medicamentos, como 60% das solicitações são por medicamentos não padronizados, o percentual de encaminhamento administrativo foi de 26,31%. Então, para tentar resolver esses casos de forma administrativa e mais célere a CRLS retorna ao médico do paciente as alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, com o objetivo de incluir o paciente na política pública existente sempre que possível. Como resultado obtido, tem-se que cerca de 50% dos pacientes retornam à CRLS com a sua solicitação substituída pela alternativa terapêutica disponível, conseguindo de forma rápida o atendimento de sua solicitação.²²⁸

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde recebeu menção honrosa pelo trabalho realizado, ficando entre os três finalistas do prêmio Innovare.²²⁹

Assim como no Rio de Janeiro, no Distrito Federal a maioria das ações na área da saúde também é por medicamento e/ou serviços não padronizados pelo SUS, o que vem gerando excessos nas decisões judiciais e desigualdade no acesso à saúde.

Diante do crescimento considerável da judicialização, foi instituído em 2011 pela SES/DF, o Núcleo de Judicialização que tem o objetivo de subsidiar os magistrados em suas decisões, pois as informações são prestadas por profissionais médicos e farmacêuticos. Ademais, por meio do diálogo com o cidadão:

(...) buscou melhorias na prestação de serviço ao indivíduo que requer atendimento pelo SUS e que ainda não recorreu ao Poder Judiciário, orientando o paciente sobre os possíveis tratamentos padronizados, bem como a disponibilidade na rede, local e como o paciente será prontamente assistido. Melhorias essas, com atendimento mais humanizado, contato direto com o paciente, por meio de telefonemas ou documentos administrativos. A ideia inicial é conscientizar o cidadão de que o medicamento ou serviço que ele requer não é padronizado, mas que a Rede SES/DF pode oferecer alternativa terapêutica de imediato, substituindo por medicamentos/serviços padronizados.²³⁰

²²⁸ GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na secretaria de saúde do estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: **Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>>. Acesso em 2 set 2015, p. 7-8.

²²⁹ GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na secretaria de saúde do estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: **Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>>. Acesso em 2 set 2015, p. 8.

²³⁰ PAIM, Patrícia; MARQUETO, Alessandra; LOPES, Ivaneide de Oliveira. Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência no Distrito federal. In: **Direito à Saúde. Como entender**

Posteriormente, foi instituída a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis) em fevereiro de 2013 por meio de um convênio entre a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal e a Defensoria Pública do Distrito Federal, haja vista que 95% das ações são oriundas da Defensoria Pública. A Defensoria Pública atua como mediadora entre as partes envolvidas, que são o cidadão e a Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal.

Como resultados positivos, tem-se que 85% dos casos foram resolvidos por meio de mediação, acarretando uma redução de 20% das ações judiciais. Ademais, além da celeridade no atendimento tem-se uma economia bastante relevante aos cofres públicos, visto que, o valor médio das custas de uma ação judicial é de R\$ 5.606,67 (cinco mil, seiscentos e seis reais, sessenta e sete centavos), e, com isso, foram economizados aproximadamente R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), durante o pouco tempo de existência da Câmara.²³¹

a **Gestão do SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: < <http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude>>. Acesso em 2 set 2015, p. 4.

²³¹ PAIM, Patrícia; MARQUETO, Alessandra; LOPES, Ivaneide de Oliveira. Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência no Distrito federal. In: **Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: < <http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude>>. Acesso em 2 set 2015, p. 8.

5 CONCLUSÕES

O Judiciário vem exercendo um importante papel na efetivação do direito à saúde, no entanto, ao prolatar as suas decisões deve-se ter o cuidado para se evitar excessos e não gerar desigualdades. Para que as decisões não sejam excessivas, entende-se que prestação concedida deve proteger e estar adstrita ao mínimo existencial à saúde, que seria a garantia de vida com dignidade e não apenas à sobrevivência. O que exceder a proteção do mínimo existencial está sujeito à reserva orçamentária.

O mínimo existencial à saúde deve ser verificado caso a caso, haja vista que não se chegou a uma regra geral que possa ser aplicada para todas as situações.

Foi verificado que em grande parte das demandas, o Judiciário não faz a análise adequada, a qual deveria incluir a averiguação preliminar de que o pedido não esteja amparado por política pública já existente; caso o pedido não conste da política pública, a comprovação de que o tratamento fornecido pelo SUS não gera os efeitos desejados e a verificação de que o tratamento é o adequado para a doença.

Foi apurado por meio de análise jurisprudencial no âmbito do STF que até 2007 todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido. Não havia voto divergente nos acórdãos encontrados, sendo considerada de menor relevância pelo Tribunal, as questões afetas aos custos envolvidos na efetivação do direito e à escassez de recursos, com exceção da ADPF 45, julgada em 2004, em que houve uma análise mais apurada do mínimo existencial, da reserva do possível e dos limites para a atuação do Poder Judiciário.

Após 2007 percebe-se uma maior qualidade da argumentação, com análises mais aprofundadas, levando em consideração a política pública existente, bem como legislação que rege a questão. Contudo, analisando o conjunto das decisões, não houve coerência no uso de critérios para a fundamentação destas, sendo que o que foi considerado relevante e obrigatório para a concessão de uma pretensão, em outros casos foi desconsiderado. Concluindo-se que até 2007 ainda não havia uniformidade no julgamento de questões semelhantes.

A convocação da Audiência Pública nº 4, em 2009, pelo Ministro Gilmar Mendes, para tratar dos temas controvertidos advindos da judicialização excessiva, marcou o início da atuação do CNJ na judicialização da saúde e com ela, a instituição de propostas dialógicas a fim de superar os problemas apresentados.

A publicação da Recomendação nº 31, pelo CNJ, a qual teve como fundamento as constatações da Audiência Pública nº 4, foi uma importante iniciativa para auxiliar aos magistrados nas decisões.

Logo em seguida, a instauração do Fórum Nacional do Judiciário em 2010 com o objetivo de buscar soluções que aprimorem cada vez mais o processo de tomada de decisão pelos juízes, averiguando medidas que previnam o aparecimento de novos pedidos, de modo a evitar dispêndios impactantes no orçamento, a criação dos NATS nos diversos tribunais e a promoção das Jornadas de Direito da Saúde, com posterior elaboração de enunciados interpretativos, foram construtivos e geraram efeitos positivos no que tange à qualidade das decisões judiciais. Tal fato pôde ser constatado por meio da análise das decisões proferidas após essas medidas, ou seja, a partir de 2010, em que foi verificada uma melhor uniformidade e melhor análise dos casos pelos Ministros, principalmente a partir do julgamento da STA 175 e da SL 47, em que foi levado em consideração o que foi ponderado na Audiência Pública nº 4.

Contudo, ainda há muitas mudanças a serem promovidas, tendo em vista que o diálogo entre o Judiciário e a administração pública em busca de soluções conjuntas para efetivação do mínimo existencial, ainda é incipiente.

Entende-se que o Judiciário por si só não está sendo capaz de efetivar o direito ao mínimo existencial à saúde e que somente por meio do diálogo entre as três esferas de poder e a sociedade será possível um caminho mais razoável para os excessos cometidos via judicialização.

Por isso, acredita-se que o diálogo institucional entre os poderes e a implementação das medidas propostas pelo CNJ será o caminho para resolver os problemas da judicialização excessiva.

Por fim, entende-se que a mediação sanitária, é a forma alternativa de resolução dos conflitos de saúde que mais se adequa a esse modelo dialógico e que pode ser a solução que se inicia e que dará bons frutos num futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Marcela Fernanda. **Análise das características da judicialização da saúde do estado de São Paulo**. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências e Letras Campus de Araraquara – SP. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/handle/11449/90016>>. Acesso em 06 jan 2016.

ALEMANHA. BVerGE 33,303 – numerus clausus I. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em 02 abril 2015.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução: Assis Mendonça, Aachen. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 15 jan 2015.

ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2015.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2007, p. 97-135.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 883.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos de Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**. n. 52, p. 33-65, 1999. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/813727/DLFE-47868.pdf/Revista52Doutrina_pg_36_a_65.pdf>. Acesso em 21 abr 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: **Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política**. MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 jan 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70**: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias. 1. Ed. Brasília: Conasems, 2007. Disponível em <http://observasaude.fundap.sp.gov.br/BibliotecaPortal/Acervo/Controle%20e%22Participa%C3%A7%C3%A3o%20Social/Estudos%20e%20artigos%20correlatco/Lvr_MovSantDec70.pdf>. Acesso em 20 jan 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04 mai 2004.

BRASIL. Lei Complementar 141/2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis n^{os} 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, 12 jan 2012.

BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jan 2016.

BRASIL. Lei 8142/90. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em 23 jan 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O remédio via justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais.** Brasília: 2005. Disponível em < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em 26 jan 2016.

BRASIL. Norma Operacional Básica do SUS – NOB 1/96. Ministério da Saúde. 1996. Disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm>>. Acesso em 21 jan 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 642.536 Amapá. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 05 fev 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Min. Rel. Celso de Mello. Brasília, 29 out 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília. 13 abr 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 745.745 Minas Gerais. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 02 dez 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 727.864 Paraná. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04 nov 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 831.385 Rio Grande do Sul. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 17 mar 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 827.931 Santa Catarina. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 16 nov 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 254.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CNJ. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde.** 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 20 nov de 2015.

CNJ. I Jornada de Direito à Saúde. Enunciados Aprovados II Jornada de Direito à Saúde. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIR EITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIR_EITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em 13 jan 2016.

CNJ. II Jornada de Direito à Saúde. Enunciados Aprovados II Jornada de Direito à Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em 13 jan 2016.

CNJ. Portaria 650, de 20 de novembro de 2009. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=496>>. Acesso em 11 jan 2016.

CNJ. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 11 jan 2016.

CNJ. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 12 jan 2016.

CNJ. **SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de Saúde.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57537-sp-rs-e-rj-sao>>

estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 03 out 2015.

COSTA, Amanda. Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Portal da Saúde**. 2015. Acesso em outubro 17, 2015. <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 287.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. **Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, p. 19-43, 2015.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA (1978). Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em 2 out 2015.

FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. In: Nilton Carlos de Almeida Coutinho (Org.). **Advocacia e Direito Público: aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013, p. 45-61.

FARIA, Edimur Ferreira de; PINTO, João Lúcio Martins; RESENDE, Patrícia Newley Kopke. A Judicialização das Políticas Públicas de Saúde. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito Processual: fundamentos constitucionais**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2009, p. 327-353.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O Conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 5, n. 2, jul. 2004, p. 88-89. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/80685/84337>. Acesso em 20 jan 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?. *Revista USP – Dossiê Judiciário*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, 1994.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde**: Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUNCIA, Francisco. Implicações na Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde. **Revista Consensus**. Edição 15. Opinião. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. Ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento**: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional. Brasília: Gomes & Oliveira Editora. 2015.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique di mais. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na secretaria de saúde do estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. *In: Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS*. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>>. Acesso em 2 set 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Controle jurisdicional de políticas públicas x mínimo existencial: uma análise da atuação da jurisdição brasileira na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito & Paz**. Lorena, SP: UNISAL, v. 14, n. 27, p. 371-407, jul. 2012.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. **Judicialização da Saúde**: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista Bioética*, Brasília, V. 22, nº 3, set./dez. 2014. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014223039>>. Acesso em 12 jan 2016.

MARÇAL, Antonio Cota e outros (organizadores). Metaprincípios no Estado Democrático de Direito a partir de um ponto de vista pragmatista. *In: Os Princípios na Construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9-36.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011

NETO, Eurico Bitencourt. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Direitos do Homem**. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 9 dez 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, 118f.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 17, n.67 (jul./set.2008), p. 125-172.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13-50.

SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

Schwabe, Jüngen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Urugua: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 02 abril 2015.

SCHWARTZ, GERMANO. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 2, n. 1, mar 2001.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**. V. 31, n.5, out. 1997, p. 538-542.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 405-428.

SIMÕES, Alexandre Maciel. Estudos para uma abordagem desconstrutivista do mínimo existencial e da reserva do possível. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 77, p. 149-164, jan/fev. 2013.

SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 313 – 357.

STF. Audiência Pública de Saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguperg>>. Acesso em: 10 jan 2016.

PAIM, Patrícia; MARQUETO, Alessandra; LOPES, Ivaneide de Oliveira. Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência no Distrito federal. *In: Direito à Saúde. Como entender a Gestão do SUS*. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude>>. Acesso em 2 set 2015

SIMÕES, Alexandre Maciel. Estudos para uma abordagem desconstrutivista do mínimo existencial e da reserva do possível. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n.77, jan./fev. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313-342.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em 03 jul 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 349 – 371.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. v. 11, n. 3, p. 13-31, Nov. 2010/Fev. 2011.

ZUFELATO, Camilo; VENTURA, Nubia Regina. A Recomendação 31 do CNJ e sua vinculação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni (coord.). **Direito e Saúde: Enfoques Interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

ANEXO I

ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM 15 DE MAIO DE 2014 – SÃO PAULO-SP ENUNCIADOS SAÚDE PÚBLICA

ENUNCIADO N.º 1

Nas demandas em tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos e/ou com problemas de álcool, crack e outras drogas, quando deferida a obrigação de fazer contra o poder público para garantia de cuidado integral em saúde mental (de acordo com o laudo médico e/ou projeto terapêutico elaborado por profissionais de saúde mental do SUS), não é recomendável a determinação a priori de internação psiquiátrica., tendo em vista inclusive o risco de institucionalização de pacientes por longos períodos.

ENUNCIADO N.º 2

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, 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.

ENUNCIADO N.º 3

Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO N.º 4

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

ENUNCIADO N.º 5

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.

ENUNCIADO N.º 6

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.

ENUNCIADO N.º 7

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do 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 CACON/UNACON.

ENUNCIADO N.º 8

Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO N.º 9

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.

ENUNCIADO N.º 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 N.º 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 (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

ENUNCIADO N.º 12

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

ENUNCIADO N.º 13

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

ENUNCIADO N.º 14

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

ENUNCIADO N.º 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.

ENUNCIADO N.º 16

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

ENUNCIADO N.º 17

Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios.

ENUNCIADO N.º 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS.

ENUNCIADO N.º 19

Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente.

ENUNCIADOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

ENUNCIADO N.º 20

A inseminação artificial e a fertilização "in vitro" não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.

ENUNCIADO N.º 21

Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n.º 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

ENUNCIADO N.º 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.

ENUNCIADO N.º 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, 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 N.º 24

Cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento médico, odontológico e/ou cirúrgico, é garantida a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo consumidor, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais, cuja remuneração ficará a cargo da operadora.

ENUNCIADO N.º 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.

ENUNCIADO N.º 26

É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

ENUNCIADO N.º 27

As Resoluções n.º 1956/2010 Conselho Federal de Medicina e n.º 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.

ENUNCIADO N.º 28

Nas decisões liminares 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 o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ.

ENUNCIADO N.º 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 N.º 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 custoefetividade da prescrição.

ENUNCIADO N.º 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.

ENUNCIADO N.º 32

No juízo de admissibilidade da petição inicial (artigos 282 e 283 do CPC) o juiz deve, sempre que possível, exigir a apresentação de todos os documentos relacionados com o caso 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.

ENUNCIADO N.º 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* e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec)** para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação.

*<http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans>

**<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/oministerio/principal/secretarias/sctie/conitec>

ENUNCIADO N.º 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 N.º 35

Nos planos coletivos, contratados a partir da vigência da Resolução Normativa n. 195/09 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, 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 N.º 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 ANS e as segmentações contratadas.

ENUNCIADOS BIODIREITO

ENUNCIADO N.º 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 N.º 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 N.º 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.

ENUNCIADO N.º 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 N.º 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.

ENUNCIADO N.º 42

Quando comprovado o desejo de viver e 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 N.º 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

ENUNCIADO N.º 44

O absolutamente incapaz em risco de morte pode ser obrigado a submeter-se a tratamento médico contra à vontade do seu representante.

ENUNCIADO N.º 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.

ANEXO II

Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde

46 – Saúde Pública - As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado.

47 - Saúde Pública - Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados.

48 – Saúde Pública - As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.

49 – Saúde Pública - Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

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

51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

52 - Saúde Pública - 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.

53 – Saúde Pública - 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 SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

54 - Saúde Pública – 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.

55 – Saúde Pública - O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

56 – Saúde Pública - Havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos.

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

58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

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

60 – Saúde Pública - 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.

61- Saúde Pública - 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 ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

62 - Saúde Suplementar -Para fins de cobertura assistencial, o conceito de urgência e emergência deve respeitar a definição legal contida no art. 35-C, Lei Federal 9.656/98.

63 – Saúde Suplementar -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.

64 - Saúde Suplementar -A atenção domiciliar não supre o trabalho do cuidador e da família, e depende de indicação clínica e da cobertura contratual.

65 - Saúde Suplementar -Não é vedada a intervenção de terceiros nas demandas que envolvam plano de saúde.

66 – BioDireito - Poderá constituir quebra de confiança passível de condenação por dano, a recusa imotivada 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 públicos ou privados.

67 – BioDireito - 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.

68 – BioDireito - Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana.