

# JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CRÍTICAS ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

## JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL CRITICISM

*Eliana Maria de Souza Franco Teixeira\**

### RESUMO

A dificuldade da administração pública em realizar as ações preventivas e curativas no âmbito da saúde tem levado à judicialização de tais direitos. A pesquisa tem por objetivo examinar as críticas administrativa e financeira acerca da judicialização do direito à saúde, de acordo com Souza Neto (2010), a fim de verificar se o voto do Ministro Barroso, em sede do Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais, supera tais críticas e quais os efeitos do precedente vinculante. A hipótese é de que o voto tenha considerado as mencionadas críticas e tenha minimizado os efeitos de desorganização administrativa e de inviabilidade financeira do sistema de saúde. A pesquisa abordará o direito à saúde como direito social fundamental na Constituição Republicana de 1988, o Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais, especialmente a tese do ministro Luís R. Barroso, e verificará se houve a superação às críticas administrativa e financeira.

**Palavras-chaves:** Direito à saúde. Judicialização da saúde. Críticas administrativas. Críticas financeiras. Medicamentos.

### ABSTRACT

The difficulty of the public administration in carrying out preventive and curative actions in health has led to the judicialization of such rights. The research aims to examine the administrative and financial criticism about the judicialization of the right to health, according to Souza Neto (2010), in order to verify whether Minister Barroso's vote, in Extraordinary Appeal n. 657,718, Minas Gerais, overcomes such criticisms and what the

---

\* Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora permanente do Programa de Mestrado em Gestão Pública do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos – NAEA – UFPA. Este artigo é fruto de pesquisa realizada no âmbito do grupo de pesquisa intitulado “A igualdade na Filosofia Política – o Liberalismo Igualitário”, vinculado ao CNPq. E-mail: eliana.ft@hotmail.com.

effects of the binding precedent. The hypothesis is that the vote considered these criticisms and minimized the effects of administrative disorganization and financial unfeasibility of the health system. The research will approach the right to health as a fundamental social right in the Republican Constitution of 1988, Extraordinary Appeal n. 657,718, Minas Gerais, especially the thesis of Minister Luis R. Barroso, and will verify if there was an overcoming of administrative and financial criticism.

**Keywords:** Right to health. Judicialization of health. Administrative criticism. Financial criticism. Medicament.

## INTRODUÇÃO

De acordo com Souza Neto<sup>1</sup>, as decisões judiciais sobre questões relativas ao direito à saúde vêm sendo emitidas desde a década de 90, com o intuito de proteger o direito fundamental à saúde das pessoas. Desde então, ocorreram diversos questionamentos acerca da legitimidade de o Poder Judiciário poder decidir sobre a concessão de direito à saúde, pois as atividades da administração pública seriam atinentes ao Poder Executivo. Longa construção jurisprudencial vem ocorrendo desde aquele momento, bem como estudos e pesquisas que abrangem o direito à saúde.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais<sup>2</sup>, que medicamentos podem ser concedidos em pedidos individuais, desde que determinados critérios constantes daquela decisão sejam obedecidos. Assim, a fim de verificar as críticas filosóficas políticas sobre o assunto, esta pesquisa busca cotejar o texto escrito por Cláudio Pereira de Souza Neto, intitulado “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros”<sup>3</sup>, e a tese do Ministro Luís Roberto Barroso naquele RE, assim como outras referências bibliográficas de apoio que consolidem a percepção do direito à saúde e da responsabilidade prestacional positiva por parte do Estado no tocante à garantia de referido direito. Desse modo, o problema da pesquisa trata de verificar se a tese do Min. Barroso, no RE n. 657.718, Minas Gerais, supera as críticas administrativa e financeira que são projetadas contra as decisões judiciais no âmbito do direito à saúde, tal como os efeitos deste precedente vinculante.

---

<sup>1</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 505-541.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. 657.718/Minas Gerais*. Data de publicação DJE 25/10/2019 – Ata n. 162/2019. DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>3</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *op. cit.*, p. 505-541.

De acordo com Lakatos e Marconi<sup>4</sup>, o método será o estudo de caso e a metodologia, descritiva e bibliográfica, considerando a comparação argumentativa, para que se possa compreender e colaborar para a reflexão dos atores jurídicos e sociais envolvidos em dilemas que decorrem de pedidos judiciais na área da saúde.

O artigo está dividido em cinco seções: a primeira, trata do direito à saúde na Constituição Republicana de 1988; a segunda, abrange as críticas à Judicialização de direitos sociais; a terceira, aborda a tese do min. Luís Roberto Barroso em sede de RE n. 657.718/ Minas Gerais e os efeitos do precedente vinculante; a quarta, verifica se houve a superação das críticas financeira e administrativa observadas no voto do min. Luís R. Barroso; e a quinta, por fim, indica os parâmetros para efetividade do direito à saúde.

### DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

O direito à saúde encontra-se de maneira transversal e expressa na Constituição Republicana de 1988. De maneira transversal, pode ser verificada na composição dos fundamentos da República Federativa do Brasil quando se manifesta como condição para efetividade da cidadania e da dignidade da pessoa humana, sendo este segundo na perspectiva material externa à condição humana. Também de modo transversal, o direito à saúde está intrinsecamente conectado aos objetivos da República Federativa do Brasil de 1988 quando se pretende manter uma sociedade livre, no sentido amartyano<sup>5</sup>, quer dizer no sentido de que as pessoas possam escolher o modo como devem levar a vida e ter liberdade de realização para tanto. Também se configura nos objetivos da República a promoção do bem-estar, sendo a saúde situação *sine qua non* para o seu usufruto.

Verificada a existência de direito à saúde de modo transversal, há certa facilidade em perceber o direito à saúde de maneira expressa, posto que constará de modo evidente tal direito no texto constitucional. Assim, é no artigo 6º da CRFB/1988 que se verifica o direito à saúde de modo expresse, textual, consolidando o direito social com *status* constitucional na Constituição Republicana de 1988. Além deste artigo, a Constituição de 1988 reserva título próprio, que foi pensado ao longo do processo de ajustamento do texto constitucional, para inclusão de um sistema que seria mais completo de atenção à população, que é o da Seguridade Social, envolvendo o direito à saúde, conjuntamente com a Assistência e a Previdência Sociais. Embora este sistema não tenha sido originário dos primeiros pensamentos dos constituintes, foi concebido durante a construção

---

<sup>4</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: [https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy\\_of\\_historia-i/historia-ii/china-e-india](https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india). Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>5</sup> SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

do texto, tendo sido o Estado brasileiro o primeiro a ter esta organização sistêmica relacional de direitos, reconhecidos como direitos de seguridade social<sup>6</sup>.

Assim, a saúde como parte de um sistema está inserida no Título VIII denominado DA ORDEM SOCIAL, da Constituição Republicana de 1988, fazendo parte do Capítulo II, Da Seguridade Social, Seção II, artigos 196 a 200.

O direito à saúde é uma condição/direito para efetividade do direito à vida, daí a sua importância fundamental inquestionável. Em que pese a responsabilidade sobre o direito à saúde ser compartilhada pelas pessoas e pelo Estado, o artigo 196 atribui ao Estado a responsabilidade de garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas. Todavia, caberá também à pessoa a responsabilidade de manter a sua saúde a partir da sua ação em buscar ser atendido por tais políticas.

Caberá à administração pública organizar as políticas preventivas, promocionais e curativas<sup>7</sup> que serão disponibilizadas à população. Lembrando que, nesse caso, a administração pública funciona como instituição ativa do Poder Executivo.

Em se tratando de tal direito, verifica-se a satisfatória atuação do Poder Legislativo na promoção de leis no âmbito federal. Restam, porém, obrigações não cumpridas pelo Poder Executivo e, no que concerne ao Poder Judiciário, observa-se grande ativismo judicial contra a administração pública para a efetividade do direito à saúde. Como pode-se verificar desde 2005, para Souza Neto, há uma inquietude de políticos quanto à intervenção judicial na administração pública, conforme constata-se por meio de relato do Secretário de Saúde de São Paulo em entrevista:

Fazemos mensalmente uma reunião com secretários municipais de Saúde e, às vezes, há algum que não pode comparecer porque está com mandato de prisão porque não entregou a insulina glargina. Essa insulina parece que é a maior invenção da Humanidade agora, porque todo mundo precisa tomá-la e ela custa muito mais caro que a comum. E a justiça, cada dia mais, dá ganho de causa aos pais que querem que os filhos tomem essa insulina. E, assim, muitos colegas secretários estaduais ou municipais têm que fugir do oficial de justiça porque, senão, vão para a cadeia. Vejam a que ponto chegamos! Vamos gerenciar o sistema de saúde ou fugir da polícia<sup>8</sup>?

---

<sup>6</sup> DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. *Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania*. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps\\_n17\\_vol01\\_seguridade\\_social.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps_n17_vol01_seguridade_social.pdf). Acesso em: 10 ago. 2019.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariane Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção da saúde aos 20 anos de Constituições*. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 12 nov. 2019.

<sup>8</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 518.

Por isso, a crítica administrativa contra o ativismo judicial tomou maior proporção. Em meio aos problemas de gestão, dificuldade em organizar o orçamento e substituições políticas de governos em governos, o Poder Judiciário exige que a Administração Pública cumpra o seu papel de gestor, mas não somente isto: demanda que seja uma gestão eficiente e com qualidade na entrega das prestações positivas do Estado.

## DAS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

O texto “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros” aborda críticas à Judicialização dos direitos sociais por meio de comentários principiológicos e institucionais, bem como aponta recomendações para atuação de magistrados e, de modo reflexo, da forma como atores que atuam na justiça devem argumentar seus pleitos e posicionamentos no que se refere à exigência de prestação de direitos sociais.

Dentre as críticas principiológicas, tem-se as liberais e as democráticas. As primeiras referem-se à separação de poderes ao estilo mais hermético de interpretação no tocante ao “Espírito das Leis” de Montesquieu<sup>9</sup>. Não caberia ao Poder Judiciário produzir decisões que interferissem na atividade típica, fim do Poder Executivo, ou seja, não pode o magistrado interferir na Administração Pública para tentar gerenciar minimamente as atividades do Poder Executivo. Do ponto de vista teórico, tal crítica é superada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois não é admitida divisão completa entre os Poderes internos do Estado, mas, sim, admite-se o controle de um Poder sobre o outro com o conhecido sistema *Cheks and Balances*<sup>10</sup>.

A segunda crítica toma por base que as decisões judiciais não seriam legítimas, posto que os juízes não são eleitos. Ora, esta crítica também não se sustenta, uma vez que é previsto na Constituição Republicana de 1988 que o Poder Judiciário não pode se privar de analisar demanda que chegue até este. Além disso, o próprio constituinte determinou a forma de acesso ao Poder Judiciário; logo, não há que se fortalecer tal crítica dita democrática.

---

<sup>9</sup> Souza Neto trata da tripartição dos Poderes no contexto das críticas administrativas, assim sugere-se ver Op. cit. p. 509, e também a leitura de PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delauti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três Poderes da República. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, nov./dec. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122011000600006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006). Acesso em: 11 nov. 2019. p. 2-3.

<sup>10</sup> Sobre o sistema *Cheks and Balances*, sugere-se ler os apontamentos de Waldron in WALDRON, Jeremy. Separation of Powers or Division of Power?. New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper n. 12-20. May, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2045638](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045638). Acesso em: 12 nov. 2019.

Das críticas institucionais que fazem parte da pesquisa, destacam-se: a financeira, a administrativa, a técnica, a econômica e a desigualdade de acesso à justiça. Com relação à primeira, trata-se do reconhecimento de que, apesar de a Constituição Republicana de 1988 expressamente manifestar que o direito à saúde é direito de todos, não haveria recursos suficientes para fazer frente a todas as demandas, caso toda a população apresente solicitações simultâneas. Este reconhecimento é preocupante, pois, no Brasil, o direito à saúde enquanto direito social tem *status* constitucional, ou seja, é direito fundamental e pode ser exigido judicialmente. Para fazer frente à crítica financeira, tem-se que ao Estado não cabe eximir-se de sua responsabilidade para com o direito à saúde sob o argumento da falta de recurso, tendo o Estado a difícil arte de saber gerir os recursos públicos, bem como fazer as escolhas acertadas para a devida aplicação de tais recursos. Destaca-se que o que for obrigatório reconhecido, inclusive por lei infraconstitucional, não pode ser negado pelo Estado sob nenhum tipo de argumentação, como é o caso da entrega de medicamentos registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Apesar de o destaque à ANVISA ser concedido no processo de Judicialização relativa a medicamentos, também é necessário esclarecer o papel da Agência, da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Para Santana, Rafael e Nair, o papel da ANVISA é abrangente porque trata do registro e autorização de medicamento em todo o mercado nacional e não somente no SUS. Quanto ao processo de avaliação de tecnologias em saúde, a CONITEC é responsável pela incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde utilizadas pelo SUS; constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; e atualização da relação de medicamentos. A polêmica em torno da RENAME decorre da falta de certeza da harmonia entre as listas de recomendação e de financiamento de medicamentos a partir da promulgação da Lei n. 12.401/2011 e do Decreto n. 7.646/2011<sup>11</sup>.

Quanto à segunda crítica institucional (administrativa), esta está vinculada ao fato de que as decisões judiciais sobre a saúde interrompem o fluxo de procedimentos da administração pública, podendo levar a verdadeiros descabros, como é o caso de se retirar um paciente do tratamento de Unidade Intensiva para alocar outro paciente cuja internação adveio de decisão judicial. De fato, as decisões judiciais no campo da saúde impactam a gestão da Administração Pública, sendo necessário que o magistrado tenha cautela com as sentenças neste aspecto.

---

<sup>11</sup> SANTANA, Rafael Santos; LUPATINI, Evandro de Oliveira; LEITE, Silvana Nair. Registro e incorporação de tecnologias no SUS: barreiras de acesso a medicamentos para doenças da pobreza?. *Ciênc. Saúde Colet.* 22 (5) Maio 2017. Disponível em: [https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n5/1417-1428/pt/?abstract\\_lang=pt](https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n5/1417-1428/pt/?abstract_lang=pt) . Acesso em: 10 nov. 2019.

A respeito das críticas técnicas, para Souza Neto<sup>12</sup>, estão relacionadas à falta de preparação técnico-científica por parte dos magistrados para emitirem decisões na área da saúde contra a administração pública, obrigando-a a realizar alguma ação supostamente em favor do direito à saúde do postulante. Para responder a tais críticas, a atuação do *amicus curiae*, a utilização de perícias técnicas e produção de laudos possibilitam a realização da atividade jurisdicional com mais qualidade, podendo cobrir as exigências técnicas que faltarem aos magistrados.

Sobre as críticas econômicas, Souza Neto<sup>13</sup> indica que estas trazem o modelo estadunidense consequencialista contra as decisões judiciais em favor dos direitos sociais, pois enquanto se aplica recursos para determinados tratamentos mais onerosos, os defensores<sup>14</sup> daquela crítica entendem que tais recursos poderiam ser utilizados para salvar mais pessoas em detrimento das que precisam de tratamento mais custoso.

Por sua vez, a crítica da desigualdade, quanto ao acesso à justiça, trata da possibilidade de todas as pessoas terem tal acesso na busca por seus direitos. Ocorre que, de acordo com Souza Neto<sup>15</sup>, é a classe média que consegue acionar mais a justiça em oposição à população mais pobre. Isso significa que é preciso investir na Defensoria Pública, por exemplo, para proporcionar melhor acesso à justiça à população mais vulnerável economicamente.

### **DA TESE DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, EM SEDE DE RE N. 657.718/MINAS GERAIS<sup>16</sup>**

O caso decorrente do RE n. 657.718/Minas Gerais discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamento não registrado pela ANVISA. Observa-se que foi reconhecida a repercussão geral deste recurso.

---

<sup>12</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 519-522.

<sup>13</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 522-523.

<sup>14</sup> Souza Neto indica como um dos defensores das críticas econômicas Varun Gauri. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 522.

Com relação às críticas econômicas, Souza Neto também menciona o texto de Posner in POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law?. 63 *Southern California Law Review*, 1990. p. 1653-1670. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles). Acesso em: 12 nov. 2019. Indica-se também Posner (1990) para melhor compreensão das críticas econômicas, a leitura de outro texto de Posner (1998) in POSNER, Richard A. Values and consequences: as an introduction to economic analysis of law. *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53*. (2 D series) Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 1-13. Disponível em: [https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019.

<sup>15</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 523-524.

<sup>16</sup> O Recurso Extraordinário n. RE 657.718/Minas Gerais apresenta a seguinte decisão: “o Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário,

O caso concreto refere-se à ação de obrigação de fazer contra o Estado de Minas Gerais, no sentido de este ser compelido a fornecer medicamento ainda não registrado pela ANVISA, sendo que na questão se tratava de entrega de medicamento denominado Mimpara 30 mg (Cloridrato de Cinacalcete). O medicamento já tinha registro em agências internacionais na *Food and Drug Administration* – FDA (EUA) e na *European Medicine Agency* – EMEA (União Europeia), mas ainda não tinha registro naquela Agência.

Em primeiro grau, o requerente foi vitorioso, tendo o Estado de Minas Gerais recorrido, utilizando-se dos seguintes argumentos: a) o medicamento não possuía registro na ANVISA; b) seria inviável conceder a entrega de todo tipo de medicamento escolhido pelo paciente; e c) não havia provas nos autos da necessidade do medicamento por parte do paciente. O Estado ainda argumentou, na circunstância de manutenção da decisão, que fossem estabelecidos limites temporais de concessão do medicamento e a necessidade de entrega de receita médica, bem como a possibilidade de realização de perícia médica no paciente.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu pela procedência à apelação, reconhecendo que o Poder Judiciário não pode obrigar o Estado a custear tratamento médico sem registro na ANVISA. Este acórdão foi objeto do Recurso Extraordinário, tomando por base a violação ao direito à saúde (CRFB/88, arts. 1º, III; 6º; 23, II; 196, II e § 2º; e 204).

Durante o processo judicial ocorreu o registro do medicamento pleiteado pela ANVISA, o que teve como consequência a posição do Procurador-Geral da República no sentido de não conhecimento do recurso, pela perda do objeto.

O Min. Relator, Marco Aurélio, proferiu voto no sentido do desprovimento do recurso extraordinário, fincando tese de que

[não] podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes

---

nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: '1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n. 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União"', vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>.

particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente.<sup>17</sup>

Com isso, o min. Luís R. Barroso pediu vistas do referido RE e realizou em seu voto um estudo que, embora não se refira diretamente ao texto que serve de base de análise para o enfrentamento às críticas quanto à judicialização de direitos sociais apresentados nesta pesquisa, pode ser relacionado a este, visto que os argumentos utilizados pelo voto do referido ministro superam as críticas principiológicas e institucionais, exceto o acesso à justiça que não se aplica diretamente ao voto. A superação das críticas será demonstrada na seção 5.

A tese do Min. Luís R. Barroso fixou:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na ANVISA, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.<sup>18</sup>

A tese busca atender ao direito à saúde prometido pela Constituição Republicana de 1988, da mesma forma que funciona como resposta à determinação constitucional de que caberá ao Poder Judiciário sempre responder às demandas a este apresentadas (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988). De acordo com Lemos<sup>19</sup>, a intenção do legislador, ao conjugar os artigos 1.030 e 1.042, permitiu a necessidade de que os precedentes criados a partir de julgamentos de RE's, dotados de repercussão geral, sejam considerados precedentes legalmente vinculantes.

---

<sup>17</sup> Marco Aurélio *in* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*. Data de publicação DJE 25/10/2019 – Ata n. 162/2019. DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. p. 5-6. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*, cit. p. 23-24.

<sup>19</sup> LEMOS, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em Repercussão Geral do STF. *Revista Eletrônica de Direito*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1. jan./abr. 2017. p. 412. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/27946/20285>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Ressalta-se que todo ativismo judicial em prol da saúde inicia com a interpretação e atuação do Poder Judiciário em virtude deste dispositivo constitucional. A mora da Administração Pública e a do Poder Legislativo em rever suas legislações também corroboram para o ativismo judicial.

A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social na década de 40 obrigou a Administração Pública a revolucionar-se no sentido de ser menos burocrática e mais eficiente, seguindo a trilha do modelo gerencial de administração<sup>20</sup>. Tal Estado de bem-estar social demanda por parte do Brasil uma atuação prestacional positiva. Esta exigência ganha mais força com a Constituição Republicana de 1988, pressionando que o Estado seja eficiente na prestação de direitos sociais.

### **DA SUPERAÇÃO ÀS CRÍTICAS À CONCESSÃO DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE EM SEDE DO RE N. 657.718/MINAS GERAIS**

No voto do min. Luís Roberto Barroso, as críticas administrativa e financeira foram superadas, pois este considerou a primeira de forma direta e contemplou a segunda pela exigência de cumprimento de critérios determinados para que possa ser exigido do Estado o fornecimento de medicamentos.

Para Souza Neto<sup>21</sup>, as críticas administrativas, que determinam que cabe ao Poder Executivo, pela Administração Pública, gerenciar as políticas públicas e todas as atividades voltadas às obrigações prestacionais positivas por parte do Estado, pontuam que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas atividades da gestão pública. Todavia, por questões que não serão objeto desta pesquisa, o Poder Judiciário vem agindo ativamente, ao obrigar o Estado a efetivar o direito à saúde.

No caso do RE n. 657.718/Minas Gerais, o Min. Barroso enfrentou as críticas técnicas, também objeto de Souza Neto<sup>22</sup>, a partir do reconhecimento de que um novo medicamento deve passar por registro, cumprindo um complexo procedimento, de modo a garantir que o fármaco utilizado pelo paciente seja seguro<sup>23</sup>. Ainda para a superação das críticas técnica e administrativa, o Poder Judiciário não pode simplesmente afrontar a ANVISA, órgão destinado a registrar medicamentos,

---

<sup>20</sup> PEREIRA-BRESSER, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano*. Rio de Janeiro: VFG, 2009, p. 205-209 e 261-264.

<sup>21</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 518-519.

<sup>22</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 519-521.

<sup>23</sup> Nas palavras do ministro Barroso: “Em regra, juízes e tribunais devem ser autoconfiantes e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas ou científicas complexas ou que envolvam a formulação e a implementação de políticas públicas. Nessas situações, muitas vezes faltam ao Poder Judiciário a capacidade institucional e a expertise para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões. Esse é justamente o caso do registro de medicamentos” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*. p. 12. Percebe-se aí o reconhecimento de que os magistrados não são farmacêuticos, médicos e que não têm condições de afiançar a indicação direta de medicamentos para tratamentos médicos.

para que faça os registros de medicamentos, bem como não pode, sem que seja constatada contundente violação do direito à saúde, decidir pela concessão de medicamento não registrado em órgão sanitário ou em fase experimental.

Apesar disso, para o ministro, se o medicamento tiver registro internacional em órgão com alta credibilidade, além de outras condicionantes, o medicamento deve ser fornecido pela administração pública. A limitação de critérios de entrega de medicamentos supera as críticas técnica e administrativa, pois a decisão judicial deve obedecer ao critério temporal mínimo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias de análise não finalizada pela ANVISA. Ressalte-se que tal lapso temporal, conforme destaca o ministro, foi copiado do Projeto de Lei do Senado n. 5.462/2016, ou seja, o voto não determinou o lapso temporal para análise do registro de medicamento de forma aleatória, mas observando a vontade inerente ao Poder Legislativo brasileiro e, portanto, reconhecendo a tripartição de Poderes.

Com relação à crítica financeira apontada por Souza Neto<sup>24</sup>, a escassez de recursos é a bandeira de tal crítica, porém não pode a administração pública negar o atendimento à saúde com base na falta de recursos e na utilização da malfadada Teoria da Reserva do Possível. Esta teoria foi criada em decisão da Corte Constitucional Alemã, não mais sob a égide da Constituição de Weimar, a qual reconhecia os direitos sociais como constitucionais, mas sob a vigência da Constituição Alemã de 1949 que relegou a plano infraconstitucional à questão dos direitos sociais<sup>25</sup>. Além disso, a posição do direito à saúde é um argumento geográfico e de *status* legal, e a realidade brasileira não guarda semelhança com a alemã<sup>26</sup>.

O Estado alemão comprovou que já cumpria com seus deveres sociais prestacionais, quando sua Corte instituiu tal teoria, em sede de caso que tratava de vagas universitárias, pois aquele Estado já havia disponibilizado 3.000 (três mil vagas para o curso de medicina – objeto do pleito –, sendo que a Teoria da Reserva do Possível fixou a tese de que não seria razoável exigir o acréscimo de vagas por parte do Estado<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 515-517.

<sup>25</sup> KRELL, Andreas Joachin. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma versão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36. n. 14, out./dez. 1999. p. 230 a 260. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

<sup>26</sup> CRITSINELIS, Marco Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e a sua transposição para o Direito Público Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.71.11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.11.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>27</sup> São conclusões a partir da leitura de Critsinelis in CRITSINELIS, Marco Falcão. *A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e a sua transposição para o direito público brasileiro*, op. cit., p. 122-136.

Quer dizer, a tese foi criada para responder a não disponibilidade de acesso ao ensino superior que, por sua vez, não é obrigatório nem direito fundamental na Alemanha e no Brasil. A teoria foi transportada para o Brasil a fim de fazer frente a argumentos financeiros em defesa do Estado nas suas três esferas de Poder, com o intuito de protegê-las em relação à sua incapacidade administrativa. Ora, pode-se com isso concluir que não cabe teoricamente a utilização da Teoria da Reserva do Possível para negar o direito social à saúde, nem mesmo como argumento a ser utilizado pelo Poder Judiciário.

No enfrentamento às críticas financeiras, ainda que não fosse baseada na Teoria da Reserva do Possível, é necessário tratar da questão que também é ligada à crítica administrativa, no sentido de gerar alteração na programação de recursos e de procedimentos criados no âmbito do atendimento à saúde, sobretudo para as administrações de Estados e Municípios, ainda que o caso em tela reconheça e escolha a União como o ente que deve responder em casos de demandas de fornecimento de medicamentos por falta de registro na ANVISA. Assim, o debate às críticas financeiras se dá com a demonstração dos custos atribuídos à satisfação do direito à saúde, sendo, neste sentido, que se destaca o voto do Min. Barroso.

...Para que se tenha uma ideia, de 2011 a 2013, a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo gastou cerca de R\$ 88,5 milhões apenas para atender menos de 700 demandas judiciais por medicamentos não registrados na agência reguladora. O custo médio despendido pelo Estado foi, assim, de quase R\$ 127 mil por cada pessoa – e isso, muitas vezes, sem que houvesse comprovação científica de que tais compostos eram seguros e eficazes para combater as doenças desses pacientes. Já em 2014, o Estado de São Paulo destinou R\$ 56,2 milhões para cumprir determinações judiciais de fornecimento de medicamentos importados, sem registro no país. No mesmo ano, o Ministério da Saúde despendeu aproximadamente R\$ 258 milhões para a compra de apenas 11 tipos de remédios não registrados na Anvisa<sup>28</sup>.

O voto destaca os custos com a judicialização relativa ao fornecimento de medicamentos no estado-membro de São Paulo. Todavia, pode-se observar que o custo em termos nacionais é também bem elevado, conforme informa Vieira, em publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

O gasto do SUS com medicamentos passou de R\$ 14,3 bilhões em 2010 para quase R\$ 20 bilhões em 2015 (crescimento de 40%), caindo para R\$ 18,6 bilhões em 2016 (-7% nos últimos dois anos), em termos reais, como provável consequência da crise econômica sobre a capacidade de gasto dos entes subnacionais e do maior protagonismo do Ministério da Saúde na

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*, cit. p. 6-7.

aquisição de medicamentos e no financiamento da oferta de produtos farmacêuticos por meio do programa Farmácia Popular do Brasil. Entre 2010 e 2016, essas despesas do SUS registaram crescimento de 30%. O importante aumento do gasto com medicamentos nos últimos setes anos ocorreu devido ao esforço especial do Ministério da Saúde<sup>29</sup>.

Os requisitos exigidos para que a concessão de medicamentos, por parte do Estado, ocorra a partir do voto reduzirá o volume de decisões, porque haverá exigência de reconhecimento de que o medicamento esteja em processo de registro junto à ANVISA. Não será entregue medicamento em fase experimental, bem como não será fornecido medicamento sem registro em agência sanitária reconhecida internacionalmente e se não tiver tratamento terapêutico menos custoso que possa ser utilizado em lugar do fornecimento de medicamento mais oneroso e sem registro. Todos estes critérios, se seguidos pelos magistrados de forma exata, trarão segurança jurídica nas decisões e terão menor impacto financeiro em termos de custo e menor impacto na gestão da administração pública.

As decisões judiciais ao longo de quase 30 (trinta) anos<sup>30</sup> passaram por diversas etapas, possibilitando a vasação às críticas ferozes e verdadeiras, tais como a intervenção no plano administrativo, o aumento de gastos não previstos no orçamento e até mesmo a irresponsabilidade em determinar a entrega de medicamento experimental sem comprovação de eficiência científica. Tudo isso fez com que as decisões judiciais amadurecessem, produzindo teses mais ajustadas, sem perder de vista a efetividade do direito à saúde enquanto direito fundamental e a responsabilidade prestativa positiva estatal.

## DOS PARÂMETROS PARA CONCESSÃO DE DIREITO À SAÚDE

Os direitos sociais como direitos prestacionais positivos demandam atuação direta do Estado, mas tal atuação não pode e não deve ser irrestrita e não planejada. De igual maneira, não deveriam também ter ocorrido decisões judiciais nestes mesmos termos, quer dizer, sem firme fundamento e considerando a mínima intervenção nas atividades da Administração Pública.

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpiano. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. IPEA. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117\\_td\\_2356.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117_td_2356.pdf). Acesso em: 09 ago. 2019. p. 6.

<sup>30</sup> Para Paixão, “nos últimos 30 anos, observou-se, com amparo no regramento constitucional, uma crescente judicialização do direito à saúde... Entre 2016 e 2017, observa-se que o número de processos tratando do direito à saúde aumentou em quase 50%. Detalhe: os dados do CNJ retratam apenas as demandas que foram efetivamente apresentadas ao Poder Judiciário” PAIXÃO, André Luís Soares da. *Reflexões sobre a Judicialização do direito à saúde e implicações no SUS*. *Ciência. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jun. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232019000602167](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000602167). Acesso em: 12 nov. 2019. As críticas financeiras e administrativas ainda pairam sobre as decisões judiciais no âmbito do direito à saúde.

A questão da saúde no Brasil poderia ser qualificada quase que como um “estado de coisas inconstitucionais”, aos moldes da Corte Constitucional Colombiana<sup>31</sup>, pois com tanta Judicialização desde a década de 90, ainda que reconhecendo certo ativismo judicial, fica demonstrado que a Administração Pública tem sérias dificuldades em realizar a sua tarefa de gestão. Utilizar argumentos financeiros para justificar tais problemas é inadequado, pelo menos até que as necessidades na área da saúde ultrapassem os orçamentos, o que não se comprova ao verificar os valores orçados no âmbito da União, na área da saúde, nos anos de 2016, 2017 e 2018<sup>32</sup>. Inclusive, o espanto com a definição do “teto de gastos públicos” impacta atualmente não pela falta de recursos ainda – admitindo-se que isso será um problema nos próximos anos (provavelmente em menos de três, conforme números da Transparência Brasil) –, mas porque os orçamentos não foram totalmente executados, restando valores remanescentes naquele período. Embora a pesquisa não tenha investigado esta constatação, o fato é que ou faltam

---

<sup>31</sup> A Corte Constitucional Colombiana julgou mais de cem processos com a tese do “estado de coisas inconstitucionais”, sendo o primeiro deles o desconto de contribuição social de professores municipais não repassado ao sistema previdenciário colombiano. COLÔMBIA. *Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 559/97*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 05 set. 2016. Os requisitos que caracterizaram o “estado de coisas inconstitucionais” nas sentenças da Corte Colombiana determinaram que estava nesta situação violação ou o não cumprimento de a vulnerabilidade da coletividade atingida pela falta de garantia de efetividade de direitos fundamentais, a omissão das autoridades em garantir direitos, a falta de cumprimento de normas, a falta de normas e a grande demanda da tutela jurisdicional. O “estado de coisas inconstitucional” representa o descumprimento de direitos constitucionais. Sobre estudos de decisões da Corte Colombiana, sugere-se a leitura do artigo “Teste da democracia na América Latina”, de Teixeira e Cichovski in TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. *Teste da democracia na América Latina*. In: IV Encontro Internacional do CONPEDI – COSTA RICA. Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Florianópolis. Anais [...] Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 86-109. Disponível em: <http://conpedi.daniolr.info/publicacoes/c7yrg601/9rnpqlye/OYW75LN2wH9cFyGJ.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019. VIEIRA, Fabiola Sulpiano. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. IPEA. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117\\_td\\_2356.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117_td_2356.pdf). Acesso em: 09 ago. 2019.

<sup>32</sup> O orçamento da União para a saúde dos anos de 2016, 2017 e 2018 não foi utilizado de forma plena, quer dizer, os recursos foram orçados em um determinado montante, mas não foram executados no todo. Veja-se: em 2016, o orçamento da saúde foi de R\$ 104 bilhões, sendo o valor executado de R\$ 84 bilhões; em 2017, o orçamento de R\$ 120,46 bilhões, sendo executados R\$ 102,71 bilhões; e em 2018, foi orçado R\$121,86 bilhões e executados R\$108,18 bilhões. BRASIL. *Portal da Transparência*. Controladoria Geral da União. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2019>. Acesso em: 19 ago. 2019. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Orçamento Cidadão*. Projeto de Lei Orçamentária 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2016/ploa/orcamento-cidadao-2016.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019. A não execução dos valores orçados pode ter diversas justificativas, como a falta de eficiência na gestão pública. Todavia, este ponto não foi objeto desta pesquisa.

ações voltadas para a saúde por parte do Estado, desembocando em má administração pública, ou as necessidades na área da saúde ainda não consumiram os recursos disponíveis naqueles orçamentos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde os resultados da Audiência Pública n.4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em maio e abril de 2009, criou um grupo de trabalho, tendo sido produto dos grupos a aprovação da Recomendação n. 31/2010, pelo Plenário do CNJ, o qual traçou diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvam a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitorar demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde<sup>33</sup>.

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e integrado por Comitês Estaduais. O objetivo é acompanhar as demandas na área da saúde de perto, sendo objeto de acompanhamento também a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo.

Em sua I Jornada de Direito da Saúde, o CNJ determinou, no Enunciado n. 8, que nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competências entre gestores. Este enunciado enfrenta as críticas administrativas e determina um parâmetro de decisão aos magistrados.

Outra crítica à Judicialização de direitos sociais que é combatida pelo CNJ é a de falta de condições técnicas para decidir. Por isso, a Resolução CNJ n. 238/2016<sup>34</sup> concedeu atribuição aos Comitês Estaduais de Saúde para criarem núcleos técnicos do Judiciário, com profissionais de saúde para auxiliarem os magistrados.

---

<sup>33</sup> Observando o elevado número e a diversidade de demandas judiciais referentes ao direito à saúde, bem como o impacto dos custos decorrentes sobre os orçamentos públicos, o CNJ instituiu, pela Resolução n. 107/2010, o Fórum Nacional para monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde, para propor estudos e medidas concretas à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

<sup>34</sup> A Resolução n. 238/2016 do CNJ, considerando as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ n. 107/2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês de Saúde Estaduais como melhor forma de prestação jurisdicional, instituiu os Comitês de Saúde Estaduais com atribuição de auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, com profissionais da área da saúde para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências. Os Comitês de Saúde Estaduais devem considerar, no processo de auxílio às questões de saúde, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCTs) adotados pelo SUS, como expressão da Metodologia Baseada em Evidências (MBE), sendo tais protocolos documentos elaborados após anos de pesquisa, fruto de consenso científico, nos quais estão expostas as alternativas disponíveis no SUS, para tratamento da enfermidade apresentada. Sobre os PDCTs, sugere-se a leitura de SANTOS, Juliana dos Reis. A necessidade de valorização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas como efetivação do princípio do contraditório em demandas de saúde. *RPGE*, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 189-230, 2016. p. 192-193. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154247-revista-pge-78-6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Os parâmetros para concessão de direitos à saúde por parte de magistrados devem considerar tal Resolução, estudos e encaminhamentos do CNJ, além de poderem ser formatadas teses mais explícitas em casos específicos que discutam direito à saúde<sup>35</sup>.

Souza Neto<sup>36</sup> elenca sete parâmetros materiais e quatro parâmetros processuais como orientações a serem observados pelos magistrados. O autor considerou parâmetros materiais: 1) legitimidade de atuação judicial, circunscrita à esfera da fundamentalidade; 2) legitimidade da atuação judiciária, em regra restrita aos hipossuficientes; 3) possibilidades de universalidade da medida; 4) dever de considerar o Sistema de Direitos Sociais em sua unidade; 5) prioridade por opção técnica da Administração; 6) prioridade para a solução mais econômica; e 7) variação da intensidade do controle jurisdicional, de acordo com os níveis de investimentos em políticas sociais.

Com relação aos parâmetros processuais, o autor assim os estipula: 1) prioridade para as ações coletivas; 2) legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de (a) dano irreversível e de (b) Inobservância de Direitos Conferidos pelo Legislador e pelo Administrador, Lei ou Programa já instituído; e 3) atribuição do ônus da prova de quem não tem recursos à Administração Pública.

Em termos de garantia de direito à saúde e proteção contra sua violação, o magistrado deve considerar uma constelação de parâmetros, quer dizer, os critérios estabelecidos pelo CNJ e as teses do Supremo Tribunal Federal. A liberdade de agir da magistratura se limita à Constituição Republicana de 1988, às leis infraconstitucionais e a todos os parâmetros materiais e processuais elencados. É importante destacar que, em fase de litígio processual, caberá ao Poder Judiciário o dever de garantir os direitos fundamentais, sobretudo os relativos ao direito à saúde, considerando a hipossuficiência da pessoa pleiteante e as leis e programas de saúde existentes, especialmente quando estes não forem cumpridos.

---

<sup>35</sup> Catanheide, Lisboa e Souza realizaram uma pesquisa sistematizada acerca do fenômeno da Judicialização a partir da verificação de 53 (cinquenta e três) estudos publicados no período de 1988 a 2014, em que se pode verificar de tal fenômeno que “Primeiro: a prescrição médica é a prova necessária e suficiente para embasar a sentença judicial no deferimento de liminares. Segundo: predomina a prescrição pelo nome comercial, em detrimento da denominação genérica. Terceira: a maioria das ações teria sido evitada, caso fossem observadas as alternativas terapêuticas presentes nas litas do SUS. Quarto: os medicamentos sem registro na agência reguladora são exceção como objetos de ações” CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela. Características da Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 26 [4]:1335-1356, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2016.v26n4/1335-1356>. Acesso em :12 nov. 2019.

<sup>36</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 525-532.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é reconhecido pela Constituição Republicana de 1988 como direito fundamental constitucional, portanto exigível a sua efetividade por parte do Estado brasileiro. Desde a década de 90, conforme Souza Neto<sup>37</sup>, vem se debatendo sobre os limites de concessão do direito à saúde no âmbito judicial, o que demonstra incapacidade administrativa de solucionar a questão nos moldes administrativos atuais. Esta situação demanda uma nova atitude gerencial da Administração Pública, pois as ações atuais têm levado não somente à insatisfação no atendimento, mas às vezes até a morte do paciente.

As críticas principiológicas e institucionais dirigidas ao Poder Judiciário foram consequência do ativismo judicial no campo da saúde desde a década de 90, voltando à tona o debate dos limites de atuação do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que se constatou o fracasso da Administração Pública em processo de questionamento de sua mudança do modelo de gestão de burocrático para o modelo gerencial. Há que se reconhecer os excessos que foram praticados em decisões judiciais relativas aos direitos sociais, porque, se assim não fossem, não haveriam tantas críticas à atuação judicial. Em contrapartida, também há que se admitir a falha da Administração Pública e sua ineficiente gestão.

O Poder Judiciário vem amadurecendo sua atuação decisional e deve continuar com o seu compromisso em defender o direito à saúde, sobretudo das pessoas hipossuficientes.

Os custos da saúde advindos de decisões judiciais, de alguma forma, atacam o planejamento da administração pública, o que deve ser considerado nas demandas judiciais, sobretudo, não permitindo que, além de poder afetar a saúde do postulante, a decisão crie um ambiente de desordem administrativa. E mais, deve-se reconhecer a existência da igualdade e harmonia entre os Poderes do Estado, a fim de evitar constrangimentos que tragam maiores problemas a quem precisa de satisfação do direito à saúde.

A Emenda Constitucional n. 95/2016, desde 2018, congelou o orçamento da saúde, considerando apenas o ajuste inflacionário, o que vai estabilizar os custos da saúde. Contudo, em curto prazo, poderá gerar mais violações de direitos sociais a esta área.

A Administração Pública precisa se adequar às necessidades sociais de proteção à saúde. É necessária, pois, uma gestão talentosa, sem corrupção, fincada na cooperação entre os entes da federação e com olhos voltados a quem interessa: as pessoas.

---

<sup>37</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 505.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. 657.718/Minas Gerais*. Data de publicação DJE 25/10/2019 – Ata n. 162/2019. DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Fórum da Saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. *Resolução n. 107 de 06/04/2010*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- BRASIL. *Resolução n. 238 de 06/09/2016*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2339>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- BRASIL. *Portal da Transparência*. Controladoria Geral da União. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2019>. Acesso em: 19 ago. 2019.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Orçamento Cidadão*. Projeto de Lei Orçamentária 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2016/ploa/orcamento-cidadao-2016.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 26[4]: 1335-1356, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2016.v26n4/1335-1356>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- COLÔMBIA. *Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 559/97*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.
- CRITSINELIS, Marco Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e a sua transposição para o direito público brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, jan./abr. 2017. p. 122-136. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.71.11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.11.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019.
- DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. *Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania*. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps\\_n17\\_vol01\\_seguridade\\_social.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps_n17_vol01_seguridade_social.pdf). Acesso em: 10 ago. 2019.

KRELL, Andreas Joachin. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma versão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 14, out./dez. 1999. p. 230 a 260. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LEMOS, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em Repercussão Geral do STF. *Revista Eletrônica de Direito*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 403- 427. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/27946/20285> . Acesso em: 10 nov. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: [https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy\\_of\\_historia-i/historia-ii/china-e-india](https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india) . Acesso em: 05 nov. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachoo. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod\\_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis\\_completo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf) . Acesso em: 11 nov. 2019.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e implicações no SUS. *Ciência. Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jun. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232019000602167](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000602167). Acesso em: 12 nov. 2019.

PEREIRA-BRESSER, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delauti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três Poderes da República. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, nov./dez. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122011000600006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006). Acesso em: 11 nov. 2019.

POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law?. 63 *Southern California Law Review*, 1990. p. 1653-1670. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles). Acesso em: 12 nov. 2019.

POSNER, Richard A. Values and consequences: as an introduction to economic analysis of law. *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53*. (2 D series) Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 1-13. Disponível em: [https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019.

SANTANA, Rafael Santos; LUPATINI, Evandro de Oliveira; LEITE, Silvana Nair. Registro e incorporação de tecnologias no SUS: barreiras de acesso a medicamentos para doenças da pobreza?. *Ciênc. Saúde Colet.* 22 (5) Maio 2017. Disponível em: [https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n5/1417-1428/pt/?abstract\\_lang=pt](https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n5/1417-1428/pt/?abstract_lang=pt) . Acesso em: 10 nov. 2019.

SANTOS, Juliana dos Reis. A necessidade de valorização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas como efetivação do princípio do contraditório em demandas de saúde. *RPGE*, Porto Alegre, v. 37, n.78, 2016. p. 189-230. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154247-revista-pge-78-6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariane Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção da saúde aos 20 anos de Constituições*. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 12 nov. 2019.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 505-541.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. *Teste da democracia na América Latina*. In: IV Encontro Internacional do CONPEDI – COSTA RICA. Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano, Florianópolis. Anais [...] Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 86-109. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c7yrg601/9rnpqlye/OYW75LN2wH9cFyGJ.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpiano. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. IPEA. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117\\_td\\_2356.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117_td_2356.pdf)

Acesso em: 09 ago. 2019.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers or Division of Power? *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 12-20. May, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2045638](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045638). Acesso em: 12 nov. 2019.

*Data de recebimento: 27/08/2019*

*Data de aprovação: 24/10/2019*