

A JUDICIALIZAÇÃO E OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE EM FACE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO

Gleison do Prado de Oliveira¹
Heloisa Cristina Luiz Cappellari²

RESUMO

A saúde é direito de todos os cidadãos abrangidos pelo Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos, prevista fundamentalmente na Constituição Federal de 1988 como obrigação do Estado em oferecê-la com qualidade. Entretanto, os Entes Federativos encontram inúmeras dificuldades em cumprir a promessa de saúde pública devido a várias causas, dentre elas, destacam-se: tanto a indisponibilidade financeira para manter os serviços de saúde e ambientes hospitalares em funcionamento, quanto para cobrir cirurgias e tratamentos de alto custo solicitados por alguns poucos cidadãos em caráter individual, além da falta de registro na Anvisa, pelo fato de alguns medicamentos estarem em fase experimental. Ante a complexidade da entrega de um serviço eficiente, especialmente no contexto pandêmico atualmente enfrentado, surgiram inúmeras demandas judiciais, que sobrecarregaram tanto o judiciário quanto os líderes do poder executivo, especialmente no âmbito Federal. As demandas propostas em face da União, sendo esta, responsável solidária pela saúde estatal e municipal, parece-nos, não apresentarem, muitas vezes, como a melhor so-

ABSTRACT

Health is a right of all citizens covered by the Democratic State of Law in which we are inserted, fundamentally provided in the Federal Constitution of 1988 as obligation of the State to offer it with quality. However, the Federative Entities face numerous difficulties in fulfilling the promise of public health due to several causes, among which stand out: both the financial unavailability to keep health services and hospital environments in operation, as well as to cover surgeries and treatments for high cost requested by a few individual citizens, in addition to the lack of registration with Anvisa, due to the fact that some drugs are in the experimental phase. Due to complexity of delivering an efficient service, especially in the pandemic context currently faced, numerous legal demands emerged, which overloaded both the judiciary and the leaders of the executive branch, especially at the Federal level. The demands proposed in the face of the Union, which is jointly responsible for state and municipal health, it seems to us, not often present as the best solution to combat the precariousness of public health. This way, the present work aims to analyze the

1 Graduando em Direito (2020-2024) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Graduado em Ciências Contábeis (2015-2018) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Pós-Graduando em Direito Tributário, Direito do Trabalho, e Gestão Pública (2020-2021) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior, Controladoria e Finanças (2019-2020) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direito e Desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná – Campus de Palmas. Integrante do Projeto de Iniciação Científica da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR.

2 Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Paranaense (UNIPAR). Especialista em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Advogada. Presidente da Comissão de Advocacia Iniciante na Subseção de Cruzeiro do Oeste-PR. Endereço: Rua Antônio Pereira Farias, 146, Cruzeiro do Oeste-PR.

lução para combater a precariedade da saúde pública. Assim, o presente trabalho visa analisar as limitações enfrentadas pelo Estado na entrega de uma saúde pública eficaz, e a conseqüente judicialização da saúde pública. Abordou-se ainda, as melhores formas de solução para o problema no contexto judicial, apontando alguns limites do direito à saúde em face dos Entes da Federação.

limitations faced by the State in delivering effective public health, and the consequent judicialization of public health. The best ways to solve the problem in the judicial context were also addressed, pointing out some limits to the right to health in the face of Federation Bodies.

PALAVRAS-CHAVES: Judicialização; Saúde; Medicamentos; Limites; Estado Democrático.

KEYWORDS: Judicialization; Health; Medicines; Limits; Democratic State.

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental do cidadão brasileiro e dever de prestação dos entes da Federação. Tal afirmação advém da Carta Cidadã de 1988.

Diante da complexidade em que vivemos, sobretudo no contexto pandêmico, a judicialização de demandas à saúde mostram-se crescentes e potenciais responsáveis pelo comprometimento dos recursos públicos, ante a desconformidade entre os projetos orçamentários elaborados pela União, Estados e Municípios, e as decisões judiciais que condenam os entes federativos a arcarem com custos elevados e não projetados.

Fato é que os entes federais possuem responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e afins, na área da saúde. O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado segundo esta concepção, e, conseqüentemente, formado precedentes a respeito.

Todavia, as lides são adversas: demandas de fármacos não registrados na Agência Nacional de Saúde (ANVISA); solicitações de medicamentos em fase experimental e de eficácia duvidosa; requerimento de cirurgias de alto risco; pedido de remédios de custo elevado e incompatível com a faixa etária do paciente; pedidos de reembolso de Estados para com a União Federal; decisões dos Tribunais em que condenam entes federais a aplicarem recursos previstos em lei, na área da saúde; dentre outras.

Um olhar sobre a complexidade das causas que motivam a judicialização da saúde poderia levar-nos a enxergar o interregno, onde, os antigos meios de resolver problemas tornaram-se, paulatinamente, inefetivos, e, por outro lado, os novos modos de solução de litígios ainda não foram completamente estruturados. Afinal, os meios alternativos de resolução de conflitos, como a negociação, a mediação e a conciliação, ainda estão sendo cogitados, e gradativamente sendo implantados por instituições como a Procuradoria Geral dos Estados, o Ministério Público, a Defensoria Pública, dentre outras envolvidas nas demandas judiciais da saúde.

Frente a problematização das conseqüências causadas pelas inúmeras lides judiciais do direito à saúde, o presente trabalho buscou analisar as decisões dos Tribunais Superiores, sobretudo o posiciona-

mento da Suprema Corte.

Buscou-se, também, identificar limitações do direito à saúde contra o Estado, onde a teoria dos princípios e a Proporcionalidade mostraram-se importantes para fixação de diretrizes a serem apreciadas e analisadas por magistrados, no mundo dos fatos. Por fim, a ideia de um projeto de Lei de Responsabilidade Social foi sugerida, com o objetivo de melhor organizar o sistema e fomentar o diálogo entre as instituições.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 tem o objetivo prestacional positivo de proteger os cidadãos, garantindo a dignidade humana, a harmonia e a pacificação social. Mendes e Branco afirmam que “a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde”³.

A saúde, direito do cidadão brasileiro e dever de prestação do Estado, está inserido no rol da seguridade social (capítulo II, do Título VIII [Da Ordem Social] da Carta Maior). O art. 196 da CF/88 estabelece o direito universal à saúde: “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.”

Dada a extensão de alcance do art. 196, torna-se importante uma análise dos principais aspectos do dispositivo legal:

1) direito de todos: afirmar um direito como sendo de todos não faz do dispositivo em comento, quando aplicado, uma norma ampla, inconsequente e generalizada, pelo contrário, estabelece um vínculo obrigacional de prestação positiva do órgão estatal. O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em Agravo de Recurso Extraordinário 271.286-8⁴, estendeu a garantia da prestação Estatal à saúde ao art. 197, ratificando que tal direito fora resguardado pelo constituinte como ações de relevância pública⁵.

2) dever do Estado: Na CF/1988, os direitos fundamentais são objetos da prestação estatal como efetivação da proteção do cidadão e da sociedade⁶. Na doutrina, afirma-se ainda que nos direitos fundamentais, encontra-se “os direitos a prestação que partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades”⁷. O direito a saúde, no contexto de prestação se concretiza por intermédio do agir positivo do estado com vistas a reduzir as desigualdades sociais e assegurar as condições materiais de existência das camadas sociais hipossuficientes que necessitam da promoção do Estado constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais.

3) garantias concedidas mediante políticas sociais e econômicas, e que reduzam o risco de

3 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

4 AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19-09-2000.

5 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

6 ARAÚJO, Fábio Caldas. Curso de Processo Civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 54-55.

7 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 163.

doença e de outros agravos, além de visarem o acesso universal e igualitário: Aristóteles, na antiga Grécia afirmara que o homem é um animal político que se relaciona, por isso, naquela época, a criação de estruturas capazes de satisfazer as necessidades da população tornara-se fator preponderante para efetivação do bem-estar social⁸. No contexto pós-moderno, além de desenvolver políticas públicas para suprir as necessidades da sociedade, as decisões políticas cumprem papel imperioso para manter a indústria farmacêutica aquecida, v.g. ao impedir que medicamentos estrangeiros sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) fossem importados, fixando pena de reclusão mínima em dez anos através de dispositivos legais que foram inseridos no Código Penal brasileiro por meio da lei 9.677/1998 que dispôs sobre crime contra a saúde pública⁹. Tais influências políticas, além de fomentar a economia do país e evitar o uso de medicamentos de eficácia duvidosa, objetivam prevenir possíveis proliferações de doenças e epidemias¹⁰. Neste tópico, observa-se que o art. 7, inciso IV, da Lei n. 8.080/1990, corrobora com a ideia de sistema universal e igualitário da saúde ao destacar a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

4) aperfeiçoamento de meios para promoção, e recuperação da saúde: Mendes e Branco, prosseguem afirmando que o meio para realização do direito fundamental a saúde não concerne “à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”¹¹. Uma vez que o aperfeiçoamento dos meios de concretização à saúde está ligado uma lacuna na seara administrativa de execução das políticas públicas, cumpre informar que a arrecadação de recursos financeiros pelo órgão estatal é de suma importância para garantir o acesso ao tratamento adequado e remédios – muitas vezes, de alto custo. Deste modo, uma arrecadação tributária eficiente pode ser considerada como um dos pilares sacramentais para que a concessão do serviço público esteja ao alcance da população.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A LEI N. 8.080/1990

Novamente, a CF/88 alude a garantia do direito fundamental à saúde nos termos do art. 200:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

8 CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado de; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Imunidade Tributária em Entidades Filantrópicas: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480. II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2020, Florianópolis, Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 59-76.

9 Cumpre destacar que a pena mínima de reclusão por homicídio simples é de seis anos. Subentende-se, por meio do teor quantitativo da pena de reclusão que o ato de prejudicar a saúde de outrem é pior do que tirar-lhe a vida, como na hipótese de homicídio simples. Todavia, a quantificação da pena de crimes contra a saúde pública imposta pela lei 9.677/1998, foi, nada mais nada menos, que a influência das decisões políticas que repercutiu em consequências penais no Judiciário. Ora, o Poder Legislativo é formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, autênticos poderes políticos legitimados para elaboração da legislação nacional (cf. art. 59 e incisos da Constituição Federal de 1988).

10 Atividades preventivas tidas como prioritárias pelo art. 198, inciso II, da CF/88.

11 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 769.

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Posteriormente, no plano infraconstitucional o legislador disciplinou as Leis Federais 8.142/1990¹² e a Lei 8.080/1990¹³, sendo esta, alterada pelas Leis 12.466/2011¹⁴ e 12.864/2013¹⁵.

O projeto do Sistema Único de Saúde implantado pelo constituinte originário delineou um sistema regional hierarquizado, considerando o critério da subsidiariedade, definindo no art. 23, inciso II, a competência comum da União, Estados e Municípios pelo dever de amparar os cidadãos no tocante as necessidades relacionadas à saúde. Vale pôr em evidência o caráter subsidiário dos entes da federação em termos de responsabilidade a prestatividade nas demandas na área da saúde, ratificadas em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral pelo Min. Edson Fachin:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro¹⁶.

Cumprir apontar, ainda, que as formas de financiamento das demandas prestacionais à saúde é vital para a concretização desse direito social inerente ao cidadão. Nestes termos, o art. 198, parágrafo primeiro da Carta Maior define que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”¹⁷. Por seu turno, o art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias organiza a distribuição dos recursos arrecadados para a saúde: “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”¹⁸. Por derradeiro, a Lei Complementar 141/2012 regulamentou os valores mínimos a serem aplicados pelos entes federativos na saúde pública. O *caput* do art. 5 da referida Lei Complementar estabelece que a União aplicará o valor empenhado no exercício financeiro anterior, somado com a variação do Produto Interno Bruto ao período atual. No art. 6º, a LC 141/2012 dispõe que os Estados e o Distrito Federal aplicarão 12% (doze por cento) dos recursos arrecadados com ITCMD, ICMS

12 Lei Federal que 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.

13 Esta, por sua vez, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

14 Acrescentando os artigos 14-A e 14-B para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências.

15 Alterando o *caput* do art. 3 para incluir a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde.

16 STF, RE com repercussão geral 855.178 ED, rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 23 mai. 2019.

17 O artigo 195 da Carta Constitucional assevera que a seguridade social – nela, incluída a saúde – será financiada, principalmente, pelas contribuições sociais, incidentes sobre a folha de salários, faturamento (PIS e COFINS) e lucro das empresas (CSLL).

18 O seguro-desemprego tem natureza jurídica previdenciária, estando previsto no art. 201, III, da CF/1988.

e IPVA¹⁹, e dos recursos oriundos do imposto “da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituïrem e mantiverem”²⁰, e o mesmo percentual sobre o total arrecadado previsto no art. 157, inciso II da Constituição da República de 1988. Por fim, o art. 7 da Lei Complementar em comento, determina que aos Municípios, compete aplicar 15% (quinze por cento) da arrecadação em IPTU, ITBI e ISSQN²¹ e os valores recebidos pela União no Fundo de Participação dos Municípios²² e montante arrecadado nos termos do art. 159, parágrafo terceiro, da CF/88.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Estamos passando por um momento histórico em que a complexidade das relações humanas se torna, amiúde, relações jurídicas que necessitam da apreciação do Poder Judiciário. Tal fenômeno social pode ser definido como a judicialização do direito subjetivo inerente ao indivíduo. Neste sentido, concordamos com a reflexão proposta por José Miguel Garcia Medina: “Segundo Zigmunt Bauman, ‘no momento, nós estamos em um interregno. Um interregno que significa, simplesmente, que a antiga maneira de agir não funciona mais, e os novos modos de agir ainda não foram inventados. Esse é o interregno’”²³.

O Poder Judiciário não é responsável por implementar políticas públicas do direito e acesso à saúde pública, todavia, é competente para fiscalizar os órgãos responsáveis pelo atendimento do mandamento constitucional previsto no art. 196 da Constituição Federal.

Em nosso país, sobretudo no contexto pandêmico, diversas são as pretensões de requerimento de remédios, tratamentos, cirurgias de alto risco e aumento de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI). No entanto, quando tais demandas prestacionais são negadas pela Administração Pública, a porta última do demandante é o pedido junto ao Judiciário, que analisará as razões que levaram a não concessão dos direitos constitucionais à saúde. Ante a situação apresentada, cumpre noticiar o que se convencionou chamar de judicialização da saúde.

A gestora governamental e especialista em políticas públicas Fabiola Sulpino Vieira, afirma que:

[...] a judicialização da saúde é definida como uma situação de acionamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidores, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas e até mesmo com pessoas físicas, em matéria de saúde²⁴.

Dado o exposto, cumpre enfatizar que inúmeras demandas são preiteadas em juízo, e variadas são as causas de indeferimento parcial ou total dos requerimentos a tal direito. Mendes e Branco²⁵ afirmam

19 Tributos previstos no art. 155, incisos I, II e III, da CF/88.

20 Art. 157, I, da Carta Magna.

21 Impostos estatuidos no art. 156, incisos I, II e III da Constituição Federal de 1988.

22 Art. 159, I, alínea b.

23 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 88.

24 VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2020. 01-74. p. 25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 05 ago. 2021.

25 Mendes e Branco. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 775.

que os fármacos requeridos podem constar na lista do Ministério da Saúde, mas não serem oferecidos a população por problemas de gestão pública. Em outras solicitações, pode acontecer de o Sistema Único de Saúde não fornecer o remédio prescrito pelo médico do paciente, mas disponibilizar um fármaco similar que trate da mesma patologia. Haverá ainda, demandas de medicamentos em fase experimental e não registrados na ANVISA, levando o Judiciário a analisar cuidadosamente as solicitações de acordo com a legislação pertinente ao tema²⁶, de tal modo a não distribuir a coletividade, medicamentos de eficácia duvidosa e não comprometer os cofres públicos com a disponibilização dos fármacos ainda não registrados. Fato ainda mais complexo surge quando um remédio registrado na ANVISA é solicitado, porém, não listado nas tabelas de medicamentos do SUS²⁷, e o que é pior, quando não existe até o momento, tratamento similar a patologia enfrentada pelo demandante²⁸.

Segundo uma pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça²⁹, entre os anos de 2008 em 2017, o aumento de ações relacionadas ao direito à saúde chegou a exponencial marca de 130%. Deste índice, 498.715 processos foram pleiteados em primeira instância, enquanto 277.411 foram propostos em segunda instância, sendo distribuídos em 15 tribunais estaduais de justiça. Em razão dos números crescentes, estima-se que o impacto no orçamento do Ministério da Saúde chegou a 1,6 bilhões de reais.

Em auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União em 2017, foram constatados, em média, R\$ 2,7 bilhões com medicamentos, sendo que 54% deste valor correspondeu a três fármacos de alto custo³⁰.

Informação divulgada pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná³¹ destaca que 50 processos judiciais levantados contra a União Federal estimam a expectativa de reembolso ao cofre público do Estado, em aproximadamente 9,5 milhões, em virtude do não ressarcimento de valores gastos com medicamentos de alto custo e oncológicos desde 2018. Segundo a PGE-PR, a judicialização da saúde pode chegar a 300 medidas até o final do ano de 2021, podendo ser recebidos, aproximadamente, 20 milhões de reais.

Divulgação recente do Superior Tribunal de Justiça³², aponta condenação ao Estado do Rio de Janeiro a reposição de 183 milhões na saúde, em razão da não alocação do valor mínimo de recursos previstos na Constituição brasileira para a referida área. No mesmo julgamento, condenou a União ao repasse das verbas do Fundo de Participação dos Estados somente após o cumprimento da obrigação pelo Estado do RJ.

26 Referimo-nos a Lei 6.360/1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e os Medicamentos, Drogas e Insumos Farmacêuticos sujeitos ao registro no Ministério da Saúde.

27 Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

28 Citamos um dado jurisprudencial de 2007, quando a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, em Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, entendeu que o Estado de Alagoas não era obrigado a disponibilizar medicamento não listado no rol de fármacos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

29 Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

30 TCU – Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. p. 2. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

31 Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-cobra-reembolso-da-Uniao-de-R-95-mi-destinados-medicamentos>. Acesso em: 04 ago. 2021.

32 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16072021-STJ-condena-Rio-de-Janeiro-a-repor-mais-de-R--183-milhoes-nao-aplicados-na-saude-em-2005.aspx>. Acesso em 04 ago. 2021.

Sobre as demandas judiciais envolvendo medicamentos de alto custo, o TRF-2 divulgou em abril de 2021, informação oriunda do CNJ, afirmando que, atualmente, no Brasil, 42 mil processos tramitam no Judiciário, e que tais medicamentos não se encontram incorporados à lista do SUS³³.

Frente ao contexto de inúmeros litígios judiciais e altos gastos com a judicialização, a Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul firmou convênio com a Secretaria de Estado da Saúde e com Defensoria Pública Estadual, com o fim de estabelecer um elo cooperativo entre as instituições para a formalização de acordos administrativos na área da saúde, através da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (Casc/PGE). No primeiro semestre de 2020, aproximadamente 8.784 unidades de medicamentos foram disponibilizadas à pacientes, por meio do convênio firmado entre as instituições³⁴.

Seguindo a iniciativa dos meios adequados de resolução de conflitos, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Min. Luiz Fux, por intermédio da Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021, recomendou logo no art. 1, a atuação dos magistrados nas demandas da saúde, de tal forma a priorizar os métodos de mediação, conciliação e negociação para solucionar as lides judiciais. No art. 2, o Presidente conferiu aos magistrados, a possibilidade de designar um mediador capacitado para mediar o diálogo entre o demandante e os gestores da saúde pública. Em seguida, no art. 3, recomendou aos tribunais, a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (Cejudsc), para tratamento especial nos processos ajuizados, ou em fase pré-processual³⁵.

Nota-se que o sistema multiportas apresenta-se como uma grande aposta, frente as expectativas das instituições envolvidas nas demandas judiciais sobre a saúde. De fato, o diálogo institucional contribui para a resolução pacífica de conflitos, reduz o número e o custo dos processos e antecipa a efetivação de direitos sociais constitucionalmente previstos na Carta Cidadã.

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde, há alguns anos vem sendo formada em razão das diversas solicitações de prestação estatal. Relacionam-se neste rol o “fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criações de vagas de UTI e leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, dentre outros”³⁶.

Segundo José Miguel Garcia Medina “a escassez de recursos públicos, em oposição a gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa para a ausência de concretização do dever normativo, fomentando o conceito de reserva do possível”³⁷. Não obstante, em contrarrazão as

33 Tribunal Regional da 2. Região. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/cnj-stf-estabeleceram-balizas-na-jurisprudencia-sobre-saude-publica/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

34 Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/camara-administrativa-de-solucao-de-conflitos-contribui-para-diminuir-a-judicializacao-na-saude/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

35 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860ccb12b53b0d.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

36 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 778.

37 MEDINA, José Miguel Garcia Medina. Constituição Federal Comentada. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 984.

justificativas omissivas estatais, o Min. Celso de Mello advertiu:

[...] 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 dos direitos fundamentais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade³⁸.

Em julgamento de Recurso Extraordinário, o mesmo Min. Celso de Mello proferiu com maestria que “o direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida”. Mais adiante, afirma que as políticas de distribuição gratuita de medicamentos “representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua de sua essencial dignidade”³⁹. Observa-se, a preocupação em tornar as políticas públicas efetivas quanto ao direito à saúde em suas vertentes de prestação e concessão de medicamentos.

Pouco mais de uma década após o RE 271.286, o Min. Luiz Fux foi assertivo ao proferir que:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional⁴⁰.

Nota-se claramente o caráter de competência comum e solidária dos entes da federação, segundo dispõe o art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988⁴¹. Os Municípios sendo entes competentes para conceder a devida prestação jurisdicional, “não podem furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos”⁴². Pois, se um cidadão requerer os seus direitos à saúde, é dever solidário dos Municípios, providencia-lo. “O art. 23, II, da Constituição da República estabelece competência comum entre a União, Estados e Municípios para cuidar da saúde, sendo possível propor ação contra qualquer um deles”⁴³. Por fim, cumpre destacar novamente a linha de argumentação do Min. Edson Fachin sobre a competência comum dos entes da federação no tocante a responsabilidade solidária nas “demandas prestacionais na área da saúde”⁴⁴.

Em maio de 2019, o Min. Roberto Barroso disciplinou com prudência a tese firmada em julgamento de RE com Repercussão Geral:

“1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de re-

38 STJ, REsp 811.608/RS, rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, j. 15 mai. 2007.

39 STF, RE 271.286-AgRg, rel. Min. Celso de Mello, j. 12 set. 2000.

40 STF, RE 607.381-AgRg, rel. Min. Luiz Fux, j. 31 mai. 2011.

41 Art. 23, II, CF/88: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública.

42 STF, AgIn, 550.530-AgRg, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 26 jun. 2012.

43 TJRJ, 0064909-32.2012.8.19.0000, rel. Des. Fernando Foch Lemos, 3. C.C., j. 07 ago. 2013.

44 STF, RE com repercussão geral 855.178 ED, rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 23 mai. 2019.

gistro 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 regulamentação 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 ser propostas em face da União.⁴⁵

Nota-se que as manifestações dos Tribunais Superiores estão tomando forma de precedentes, ao serem proferidos com zelo e caráter conservador do Poder Judiciário.

No Agravo Interno de Agravo em Recurso Especial 1694822/SP, o Min. do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, em decisão de negativa ao provimento, recorreu a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Conforme adverte a abalizada doutrina, o fenômeno denominado ‘judicialização da saúde’ exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao temerário exame insulado dos casos concretos, que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria’. Com efeito, o ‘grande risco da concessão judicial indiscriminada [...] é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substituiu ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica⁴⁶.

Por derradeiro, em Suspensão de Tutela Provisória pelo Min. Luiz Fux, importante decisão de Medida Cautelar, certamente, será um parâmetro para as análises vindouras sobre o tema. No caso em tela⁴⁷, a União Federal propôs suspensão de tutela provisória contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O TRF-3, anteriormente, havia determinado o fornecimento de medicamento de alto custo pela União, em razão da parte autora – criança de dois anos e nove meses, acometida pela doença Amiotrofia Muscular Espinhal Tipo 2 – AME.

Na fundamentação da decisão judicial, o Min. Luiz Fux utilizou-se da seguinte linha argumentativa:

Constatada, pois, nos limites cognitivos próprios dos pedidos de suspensão, a plausibilidade da tese sustentada pela União autora, vislumbra-se, outrossim, a existência de risco à economia pública na manutenção da decisão impugnada, ante o elevado valor da prestação de saúde controvertida. Deveras, perfaz circunstância inexorável o fato de serem os recursos públicos escassos à vista da multiplicidade das necessidades sociais, de modo que a alocação de recursos para o atendimento de uma determinada finalidade pública acarreta necessariamente o desatendimento de outras, sejam elas de menor ou igual importância, de modo que aspectos relacionados aos custos os direitos não podem simplesmente ser desconsiderados, sob pena de afronta ao princípio da eficiência e desestruturação das políticas de saúde, em detrimento da maioria da população.⁴⁸

45 STF, RE com repercussão geral 657.718, rel. p/ ac. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 22 mai. 2019.

46 STJ, AgInt no AREsp 1694822/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 31 mai. 2021.

47 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 14 jul. 2021.

48 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 14 jul. 2021.

Na mesma decisão, o Ministro prosseguiu analisando o caráter irrestrito da responsabilidade comum e solidária dos entes da federação em consagrar a efetividade das demandas judiciais relacionadas à saúde:

Trata-se de preocupação muito bem declinada pelo Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do já referido RE 657.718, de cujo acórdão se extrai o seguinte excerto: “A força normativa e a efetividade da Constituição brasileira já não são novidade e a jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático dessa conquista. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferaram decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo⁴⁹.”

Em suma, a autora pleiteou medicamento com custo de R\$ 2.878.906,14 (dois milhões, oitocentos e setenta e oito mil, novecentos e seis reais e quatorze centavos), que fora negado pelo juízo de primeira instância, alegando este, o valor elevado do fármaco e a não autorização da ANVISA para a faixa etária da criança. Todavia, em sede de apelação, o desembargador relator do TRF-3, concedeu a tutela provisória recursal, determinando a concessão do medicamento pela União. Esta, por sua vez, ao entrar com pedido de suspensão de tutela provisória na Corte Suprema, obteve a suspensão cautelar da decisão monocrática produzida perante o Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

A referida STP 803 MC/SP tornou evidente a existência de limites do direito fundamental à saúde contra o Estado, e que os parâmetros limitadores deverão de ser propostos de tal maneira a serem discutidos nas próximas pautas de julgamento.

Em resumo literário, convém destacar os pontos negativos da judicialização da saúde, elencados pelo Dra. Vanessa Elias de Oliveira:

- i) elitização do acesso à saúde pela via judicial; ii) o lobby exercido pela indústria farmacêutica, utilizando a judicialização para o lucro; iii) a não observância, pelo Judiciário, do planejamento orçamentário elaborado pelos poderes Legislativos e Executivos; iv) as limitações técnicas dos juízes para decidir sobre políticas públicas específicas, altamente dependentes de conhecimento

49 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021. Citação extraída RE 855.178-ED, acerca da solidariedade dos entes federativos para o fornecimento de prestações de saúde.

técnico, como é o caso da política de assistência farmacêutica; v) o caráter individual das demandas acolhidas pelas cortes, em detrimento de um olhar para a saúde pública, voltada à maioria; e vi) a não observância, pelo Judiciário, do princípio federativo do SUS⁵⁰.

O trabalho de avaliar cuidadosamente a possibilidade de concessão de demandas voltadas à saúde exige racionalidade e imparcialidade do juiz julgador da lide, de tal maneira que este não seja influenciado pelo sabor de decisões emocionais. Uma vez que os recursos públicos são escassos, as concessões de fármacos de alto custo necessitam de critérios capazes de permear a correta aplicação de valores na área da saúde, sem comprometer as demais estruturas que formam a base do Estado brasileiro.

Nestes termos, o apontamento do assessor jurídico do Ministério Público Federal Osmir Antonio Glebekner corrobora com nosso modo de pensar:

A prestação de serviços de saúde está incontornavelmente atrelada ao problema da escassez dos recursos sanitários e à correspondente necessidade de se observar critérios éticos e jurídicos para o acesso equitativo e para a seletividade dos serviços, ou, sob outro aspecto, à necessidade de se observar critérios de alocação racional dos recursos sociais, objetivando obter dos mesmos os melhores resultados, com a maior economia de custos sociais⁵¹.

No final desta etapa, cumpre apontarmos para a necessidade da observação de tutelas individuais do direito à saúde, sob a perspectiva da macrojustiça, verificando, por derradeiro, a colisão entre as demandas singulares de medicamentos e afins, com a grande variedade de necessidades da sociedade. Diante dos conflitos do direito social a saúde quando confrontado com outros direitos fundamentais constitucionais, haverá limites desta demanda para com o Estado?

5. LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE CONTRA O ESTADO

Nosso atual modelo de Estado constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais é pautado pelo “federalismo de equilíbrio, que identifica modelo contemporâneo da forma federal de Estado⁵²”. No cenário da judicialização da saúde, a definição de parâmetros norteadores dos limites da efetivação do direito tornou-se papel importante a ser desempenhado por doutrinadores e aplicadores do direito, afinal, a efetividade como palavra de ordem a ser cumprida no ordenamento jurídico, encontra-se, muitas vezes, em um dilema: de um lado, a prestação estatal e consagração do direito social à saúde⁵³; por outro, a indisponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos. Vale lembrar, neste momento, da reflexão da Procuradora do Estado de São Paulo Ana Carolina Izidório Davies⁵⁴, sobre a “indispensabili-

50 OLIVEIRA, V. E. Caminhos da judicialização do direito à saúde. In: OLIVEIRA, V. E. (Org.). Judicialização de políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019. p. 177-199. p. 194.

51 GLOBEKNER, Osmir Antonio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde pelo Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 8, 2015: 129-148. p. 132.

52 Raul Machado Horta apud MEDINA, Janaina de Castro Marchi; MEDINA, José Miguel Garcia. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a Solução de Conflitos Relacionados à Pandemia (Covid-19, Coronavírus). Revista dos Tribunais. vol. 1017/2020. p. 1-7.

53 Art. 6, *caput*, CF/88.

54 Davies, Ana Carolina Izidório. Limites constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível X mínimo existencial. Tese apresentada pela autora à Comissão Temária de Direito Constitucional do XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Porto de Galinhas. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%C3%B3rio-Davies.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 8-11.

dade de limites e parâmetros para a efetivação do direito à saúde”, afinal, “deve-se também levar em consideração que a saúde, mormente por se tratar de um direito social, deve ser implantada de forma coletiva, gradativa, progressiva e contínua, jamais imediata e instantânea”. A autora aponta para um problema concernente a limitação do direito à saúde, relacionado à escassez dos recursos, “conjugado com a concessão judicial excessiva e a própria universalidade do Sistema Único de Saúde”.

Para delimitação de possíveis restrições ao direito fundamental à saúde, faz-se mister a verificação de limitações consoante o razoável esforço hermenêutico das normas constitucionais e infraconstitucionais, pelas Cortes Pátrias. Neste sentido, nota-se a seguinte tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.165.959:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Neste ponto, importante observar o apontamento do Min. Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175⁵⁵, ao mencionar a necessidade de transição das demandas individuais, conhecidas pelo termo “microjustiça” para a “macrojustiça” – doravante entendido como uma visão ampla, não só do contexto judiciário envolvido na demanda, mas das possíveis consequências econômicas e financeiras, ocasionadas pela imposição de fornecimento de um fármaco não previsto no orçamento público.

Neste dilema em que os direitos da coletividade estão sujeitos ao detrimento em face de inúmeras concessões de alto custo ao cidadão em caráter individual, deparamo-nos com um conflito de direitos sociais. Mas como resolver um problema oriundo de tal feito?

O jurista alemão Robert Alexy propôs que “a teoria dos princípios logra, não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação das colisões de direito”⁵⁶. Assim, o procedimento para a solução entre tais colisões de princípios fundamentais é a ponderação⁵⁷. Ponderação que pode ser utilizada pelos magistrados para sopesar os pedidos de amparo, como, por exemplo, a verificação dos rendimentos auferidos pelo demandante da prestação pública, a constatação de existência ou não de medidas compatíveis oferecidas pelo SUS em contraste com o pedido de tutela, a análise das (in)disponibilidades de recursos nos cofres públicos, a emissão de pareceres médicos a serem utilizados como fundamentação das decisões judiciais, a análise dos precedentes dos Tribunais Superiores pertinentes ao tema, a imparcialidade no ato de avaliar as peculiaridades de cada caso concreto, a utilização de mecanismos técnicos como o Núcleo de Apoio Técnico Judiciário (NAT-JUS)⁵⁸ para apreciação da lide, e, sempre que possível, nomear mediadores com capacidade técnica para estabelecer um diálogo entre as partes para solução pacífica da demanda.

55 STF, STA 175 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13 mar. 2010.

56 ALEXY, Robert. *Kollision und abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Em 10 dez. 1988. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

57 Citação extraída da nota de rodapé n. 138, in YOKOHAMA, Alessandro Otávio. *Teoria da Proporcionalidade*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35.

58 A Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, proporcionou algumas iniciativas, dentre elas, a criação do Núcleo de Apoio Judiciário (NAT-JUS), plataforma online que tem a finalidade de auxiliar tecnicamente os magistrados a decidirem em questões relacionadas à saúde.

Ao lado da teoria dos princípios, podemos citar a Proporcionalidade⁵⁹, que segundo Yokohama⁶⁰, “busca solucionar uma indeterminação (conflito entre normas), mas contém, ela própria, sua textura aberta (“meio mais suave”, “meio adequado” e “vantagens superiores aos ônus”)”. Na concepção do autor, uma decisão que unifique o justo, o racional, o prudente, o moderado e o adequado, será, por consequência, uma decisão proporcional⁶¹.

Imperioso destacar, neste momento, excerto da obra *Curso de Direito Constitucional*, em título dedicado à limitação dos direitos fundamentais, onde o autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, analisa a teoria da proporcionalidade à luz da jurisprudência produzida pela Corte Constitucional alemã. Segundo o ministro, a Corte Superior da Alemanha:

Parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito. Todavia, afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.

O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em conflitos⁶².

Percebe-se a pertinência da correlação entre a teoria dos princípios e a Proporcionalidade - em seu aspecto englobante de regras e princípios - no sistema jurídico atual, como elementos capazes de servir como parâmetros de solução para a colisão de direitos fundamentais.

Na mesma obra, prossegue o saudoso Ministro, afirmando que “o Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que ‘os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados’”⁶³. De modo que possa converter “o princípio da reserva legal no princípio da reserva proporcional”⁶⁴, ou seja, o “subprincípio da adequação exige que medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”⁶⁵. Neste caso, o judiciário age de maneira interventiva nas políticas públicas do Estado para se fazer cumprir o sacramental direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição brasileira. Por outro lado, “o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos mesmos objetivos pretendidos”⁶⁶. Ora, em outros termos, o meio da judicialização da saúde “não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”⁶⁷. Realçamos que além do diálogo entre as instituições, a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos como a negociação, a mediação e a conciliação entre demandante e demandado, revela-se como

59 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 16. O autor refere-se à Proporcionalidade com inicial maiúscula por discorrer sobre o fenômeno jurídico em sua dimensão positiva (princípio) e negativa (regra).

60 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 48.

61 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 15.

62 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 223.

63 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 230.

64 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 231.

65 Idem.

66 Ibidem.

67 Ibidem.

medidas assertivas e menos onerosas, conforme os resultados obtidos pela PGE-MS e as demais instituições preocupadas com a efetividade das demandas e dos direitos fundamentais⁶⁸.

As restrições, em que pesem a judicialização da saúde, sob a óptica da proporcionalidade e seus subprincípios, parece-nos, suprimir o excesso de demandas judiciais desta natureza, e por consequência, conferir “solução jurídica” para os “direitos fundamentais cotejados”⁶⁹.

Sentimos a necessidade de frisar que a colisão de direitos em pauta, volta-se para o detrimento dos direitos fundamentais da grande maioria da população (v.g, educação, segurança, moradia, esporte, lazer, cultura etc.), em razão dos altíssimos custos de medicamentos concedidos aos poucos cidadãos que representam a minoria. Nossa preocupação consiste na eficácia duvidosa dos medicamentos ainda em período de testes experimentais, na decisão motivada e infundada de magistrados, no comprometimento dos cofres públicos ao ser condenado a arcar com valores elevados e não previstos no orçamento, e a não observância do pacto federativo imposto pela Carta de 1988.

Por oportuno, destacamos em sentido numérico, as limitações encontradas nas demandas judiciais à saúde, em nosso país: 01) indisponibilidade financeira comprovada pelos entes estatais; 02) impossibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, quando houver medicamentos substitutos com comprovação científica dos efeitos análogos ao tratamento do paciente; 03) injustificabilidade de sentença judicial infundada em estudos técnicos realizados por especialistas e acessíveis ao Poder Judiciário; 04) inviabilidade de oferecimento de cirurgias de alto risco ao paciente e elevado custo ao ente federativo; 05) contrariedade entre a faixa etária do paciente e a indicação contida na bula do fármaco.

Num Estado constitucional, democrático e garantidor dos direitos fundamentais, a visão atenta dos julgadores às (in)disponibilidades públicas confira respeito ao desenvolvimento da nação brasileira.

Em caráter terminativo, sugestionamos a criação de um projeto de Lei de Responsabilidade Social, com o intuito de: i) fixar balizas para a atuação e engajamento das instituições envolvidas na judicialização da saúde (STF, STJ, Tribunais Regionais Federais, Procuradorias, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Geral da União etc); ii) estabelecer possíveis sanções em virtude dos contornos que envolvam as demandas na área da saúde, quando a ação comissiva ou omissiva causar impactos negativos ao cidadão brasileiro; iii) fomentar a inclusão de disciplina relacionada ao direito sanitário em cursos superiores de Direito; iv) promover alianças entre o Poder Judiciário e o Ministério da Saúde, com o intuito de criarem cursos de especialização na área do direito sanitário; v) demonstrar um rol taxativo de observações a serem levadas em consideração no ato da fundamentação da decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os fatos acima narrados podemos concluir que a saúde pública, prevista constitucionalmente como direito de todos e dever do Estado, enfrenta grande problemática no que concerne a seu cumprimento, devido a vários motivos, dentre eles, a ausência de verbas a fim de suprir as necessidades de

⁶⁸ Cf. demonstrado na página 8, deste trabalho.

⁶⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 124.

todos os serviços de saúde, ou cobrir algum tratamento ou cirurgia que se mostre mais cara que o comum quando necessário, além da ausência de medicamentos suficientes e não liberação da Anvisa de medicamentos em fase de teste experimental.

Muito embora a judicialização do direito à saúde conceda, em alguns casos, a tutela pretendida pela parte demandante, o excesso de processos judiciais tem motivado reflexões de doutrinadores e aplicadores do direito. Afinal, a concessão arbitrária de medicamentos pode ocasionar consequências seriíssimas aos cofres públicos dos entes da Federação.

Notou-se algumas limitações no tocante ao referido direito fundamental, quais sejam: a indisponibilidade financeira comprovada pelos entes estatais; a impossibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, quando houver medicamentos substitutos com comprovação científica dos efeitos análogos ao tratamento do paciente; a injustificabilidade de sentença judicial infundada em estudos técnicos realizados por especialistas e acessíveis ao Poder Judiciário; a inviabilidade de oferecimento de cirurgias de alto risco ao paciente e elevado custo ao ente federativo; e a contrariedade entre a faixa etária do paciente e a indicação contida na bula do fármaco.

O tema é relevante, pois, contrapõe direitos fundamentais da maioria contra o direito fundamental à saúde do cidadão em posição individual. Espera-se, por fim, que novos estudos sejam desenvolvidos, e que a possibilidade de amadurecimento da ideia de projeto de Lei de Responsabilidade Social seja levada em consideração.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de Processo Civil**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 54-55.

CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado de; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Imunidade Tributária em Entidades Filantrópicas**: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480. II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2020, Florianópolis, Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 59-76.

Davies, Ana Carolina Izidório. **Limites constitucionais do Direito à Saúde**: reserva do possível X mínimo existencial. Tese apresentada pela autora à Comissão Temária de Direito Constitucional do XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Porto de Galinhas. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%C3%B3rio-Davies.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 9-11.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde pelo Ministério Público. **Revista Jurídica ESMP-SP**. v. 8, 2015: 129-148. p. 132.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Constituição Federal Comentada**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 984.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 124.

MEDINA, Janaina de Castro Marchi; MEDINA, José Miguel Garcia. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a Solução de Conflitos Relacionados à Pandemia (Covid-19, Coronavírus). **Revista dos Tribunais**. vol. 1017/2020. p. 1-7.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

OLIVEIRA, V. E. **Caminhos da judicialização do direito à saúde**. In: OLIVEIRA, V. E. (Org.). Judicialização de políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019. p. 177-199. p. 194.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional sobre judicialização da saúde**: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. p. 2. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília: IPEA, 2020. 01-74. p. 25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 05 ago. 2021.

YOKOHAMA, Alessandro Otávio. **Teoria da Proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35.