

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

**JULIA MAURMANN XIMENES**

**SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI**

**IVAN DIAS DA MOTTA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ivan Dias da Motta; Julia Maurmann Ximenes; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-316-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

---

#### **Apresentação**

Em virtude da Pandemia da COVID-19, o Encontro do CONPEDI em 2021 foi novamente virtual, demonstrando mais uma vez o relevante papel do Conselho na divulgação de pesquisas efetuadas sobre diferentes temas do Direito no Brasil.

Dentre os temas o Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas, que foi dividido em dois dias. Esta apresentação trata dos trabalhos do primeiro grupo, do dia 26 de julho.

A abordagem Direito e Políticas Públicas tem demandando um esforço diante da sua perspectiva multidisciplinar. As variáveis sociais, econômicas e políticas continuam sendo um desafio para os pesquisadores e neste sentido os trabalhos foram divididos em blocos.

Os primeiros dois blocos discutiram fundamentos e questões estruturantes sobre as políticas públicas, a saber:

- A FORMAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO NA ATUALIDADE E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE SEGUNDO AMARTYA SEN apresentado por Renata Buziki Caragnatto
- O ENFOQUE DAS CAPACIDADES NA TEORIA DA JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM COMO CRITÉRIO ÉTICO PARA A TOMADA DE DECISÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS de Rogerio Luiz Nery Da Silva e Anna Christina Gris;
- POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA: O PAPEL DA POLÍCIA MILITAR NA COMUNIDADE LOCAL apresentado por Alberto Cardoso Cichella;
- OS DIREITOS SOCIAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL: ESTUDO DO PLANO PLURIANUAL FEDERAL 2020-2023 de Rogerio Luiz Nery Da Silva e Darléa Carine Palma Mattiello

A vulnerabilidade de sujeitos de direito foi o grande norteador do terceiro bloco sobre Políticas Públicas e a proteção e promoção de pessoas:

- A relevância do Conselho Municipal do Idoso na execução da Política Nacional do Idoso, apresentado por Marcos Antonio Frabetti e Ana Clara Vasques Gimenez

- IDOSOS: VULNERABILIDADE E VIOLÊNCIA? COMO GARANTIR DIREITOS E PUNIR AGRESSORES? De Emanuela Paula Paholski Taglietti

- DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA AO AUXÍLIO EMERGENCIAL: OS PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DIRETA DE RENDA NO BRASIL e Mayara Pereira Amorim

- ATUAÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE PROMOTOR DE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS e Sthefani Pinheiro dos Passos Peres

- O mito da autonomia e a expansão das formas de trabalho escravo contemporâneo apresentado por Valena Jacob Chaves Mesquita

As pesquisas comunicadas no quarto agrupamento expressaram, em um contexto mais amplo, os debates acerca do tempo social das promessas de direitos à Educação e o tempo social dos sujeitos destinatários desses mesmos direitos à educação.

O distanciamento, ou a não concreção desses direitos, traz uma angustia social na busca:

- Do posicionamento dos tribunais superiores como expressão da judicialização da política, com os textos a) A JUDICIALIZAÇÃO NO ÂMBITO DA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL E O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE QUALITATIVA DE JULGADOS CATARINENSES, dos autores Silvio Gama Farias, Reginaldo de Souza Vieira e Ulisses Gabriel, b) DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E AS DECISÕES DO STF, dos autores Maria Eunice Viana Jotz e Marcia Andrea Bühring.

- De alternativas aos sistemas formais de creditação e certificação da educação a partir de constatações das deficiências vividas especialmente pelo sistema público e suas deficiências, bem como a preocupação com as motivações sociais e políticas de expansão do sistema privado, que se mostrou eficaz nos tempos pandêmicos, com os textos a) A (I)LICITUDE DO HOMESCHOOLING NO ENSINO BÁSICO BRASILEIRO, Wanderley Elenilton Gonçalves Santos; e b) EDUCAÇÃO PÚBLICA, MAS NÃO ESTATAL: ASPECTOS SUBJACENTES AO MODELO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, Hirminia Dorigan de Matos Diniz;

- Da responsabilidade civil do estado e mesmo dos cessionários privados pelo insucesso escolar a) A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS DECORRENTES DA INSUFICIÊNCIA DE SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS, com os autores Hirminia Dorigan de Matos Diniz e Vladimir Brega Filho; b) O ENSINO REMOTO NA REDE DE ENSINO PÚBLICO DURANTE A PANDEMIA: DISCUSSÃO ACERCA DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO, com os autores Stéfani Clara da Silva Bezerra, Jose Evandro Da Costa Garcez Filho e Alexandre Antonio Bruno Da Silva.

- A questão mais gritante nos tempos pandêmicos do acesso à tecnologia da universalização do acesso e acesso de qualidade para efetivação dos direitos relacionados à educação. Os artigos trouxeram as preocupações com o faseamento das Políticas Públicas em especial o planejamento de longo prazo como Política de Estado e não de Governo, com os textos: a) ENSINO A DISTÂNCIA DIGITAL NA AREA JURÍDICA E ACESSIBILIDADE TECNOLÓGICA, com os autores Manoel Monteiro Neto, Wanderley Elenilton Gonçalves Santos e Glauco Marcelo Marques; b) O ENSINO REMOTO NA REDE DE ENSINO PÚBLICO DURANTE A PANDEMIA: DISCUSSÃO ACERCA DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO, Stéfani Clara da Silva Bezerra, Jose Evandro Da Costa Garcez Filho e Alexandre Antonio Bruno Da Silva.

O quinto agrupamento registrou pesquisas sobre os grandes abismos sociais revelados pelos tempos pandêmicos no contexto dos DIREITOS DA SAÚDE, SANEAMENTO e Políticas Públicas de enfrentamento à COVID-19, abordando

- numa discussão mais ampla da democracia brasileira relacionada ao tema das políticas públicas, abordou-se a efetividade e o compromisso das Instituições Brasileiras para dar respostas aos desafios da COVID-19 e a saúde, com os seguintes textos: a) JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM DEBATE SOBRE SUAS REPERCUSSÕES PARA O SUS, com os autores Lidia Cunha Schramm De Sousa e Sara Letícia Matos da Silva; b) A IMPRESCINDIBILIDADE DE BOAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ENFRENTAR QUESTÕES RELACIONADAS À ATUALIDADE PANDÊMICA DO NOVO CORONAVÍRUS COVID-19, com os autores Chede Mamedio Bark, Antônio Martellozzo e Tamara Cristine Lourdes Bark; c) AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19, com os autores Isadora Kauana Lazaretti e Alan Felipe Provin.

- as deficiências estruturais do ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO e situações emergenciais, com os textos a) O DIREITO ECONOMICO NA PANDEMIA COVID-19

COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS, dos autores Marcelo Benacchio e Murillo Eduardo Silva Menzote; b) REFLEXÕES SOBRE A DEMOCRACIA BRASILEIRA EM TEMPOS DE CRISE DA PANDEMIA DA COVID-19, com os autores Gabriel Dil e Marcos Leite Garcia, c) AUXÍLIO EMERGENCIAL NA PANDEMIA DE COVID-19: ANÁLISE SOBRE O CONTEXTO DA REGRESSIVIDADE DA MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA, com os autores Leticia Rabelo Campos, Paulo Roberto de Araujo Vago e Paulo Campanha Santana;

- os sujeitos de direito cujo tempo social de existência é de vulnerabilidade e urgência, que foi exposta e muitas vezes extintas pelos impactos diretos e indiretos do COVID-19 no Brasil, com os textos: a) PANDEMIA, DESIGUALDADES E O AGRAVAMENTO DA INSEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO BRASIL, com os autores Patrícia da Luz Chiarello e Karen Beltrame Becker Fritz; b) COVID-19 E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM OLHAR PARA GRUPOS VULNERÁVEIS, com os autores Rubens Beçak e Bruno Humberto Neves; c) PROTEÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: (IN)EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS E A PANDEMIA, como autoras Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende e Maria Luiza Guimarães Dias dos Santos; d) A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 NO BRASIL, com os autores Gleycyelle Pereira da Silva, Caroline Regina dos Santos e Nivaldo Dos Santos; e e) SERIA O SARS-COV-2 UM VÍRUS RACISTA?, apresentado por Vivianne Lima Aragão.

Os debates e as intencionalidades de pesquisa apontam para um olhar de indignação e uma busca por um lugar de fala das identidades que apareceram ora para evidenciar a falta de planejamento de longo prazo das políticas de Estado, até dívidas sociais geracionais na história brasileira.

# **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM DEBATE SOBRE SUAS REPERCUSSÕES PARA O SUS**

## **HEALTH JUDICIALIZATION: A DEBATE ON ITS REPERCUSSIONS FOR SUS**

**Lidia Cunha Schramm De Sousa <sup>1</sup>**  
**Sara Letícia Matos da Silva <sup>2</sup>**

### **Resumo**

O presente artigo visa analisar o debate acerca do fenômeno da Judicialização da Saúde e seus efeitos no Sistema Único de Saúde, fazendo um levantamento de algumas linhas de pensamento que emergiram nos últimos anos.

**Palavras-chave:** Palavras-chave: judicialização da saúde, Efeitos, Sus, Linhas de pensamento

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze the debate about the phenomenon of Judicialization of Health and its effects on the Unified Health System, making a survey of some lines of thought that have emerged in recent years.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Health judicialization, Effects, Unified health system, Lines of thought

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão.

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito à saúde encontra-se atualmente regulado no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 6º da Constituição Federal, tratado como direito social e na seção II, no título da ordem social, definido como direito de todos e dever do Estado.

A saúde enquanto direito fundamental e social está diretamente ligada ao direito à vida, o que fundamenta ainda mais a sua essencialidade. Sob esse fundamento, vê-se uma quantidade crescente de demandas judiciais em face do Poder Público compelindo-o a alguma prestação no âmbito da saúde. O fato é que a natureza dessas decisões judiciais pode gerar grandes preocupações, se não embasadas em fundamentos técnicos da área do direito sanitário e se não apreciadas sob o enfoque da saúde com base em uma rede universalizada de acesso, sob risco de promover decisões desarrazoadas e até muito onerosas para a Administração Pública sem resolver as deficiências no sistema de saúde estatal.

A metodologia concentra-se em uma abordagem qualitativa, com uma pesquisa exploratória, analisando os pontos apresentados para a investigação do problema em questão.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, documental, sob o enfoque do método dedutivo na medida que toma a saúde e a judiciário pelos seus aspectos gerais e parte para a análise específica dos impactos da Judicialização da saúde na Administração Pública

## **2 DIREITO À SAÚDE**

O direito à saúde, atualmente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, é considerado direito social, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, assim como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados. É clarividente a preocupação com os direitos sociais, expressados nesse dispositivo e mencionados em um capítulo próprio da Constituição.

O artigo 196 da Carta Magna Brasileira ainda destaca que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, cabendo ao Poder Público garanti-lo “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” (BRASIL, 1988, n/p), desse modo, é dado ao Estado a competência de realizar prestações positivas para assegurar a efetivação do direito à saúde.

No entanto, tal direito nem sempre foi reconhecido e assegurado na forma da Constituição de 1988. A história do direito sanitário elucida como ao longo dos anos a saúde foi sendo observada de diferentes maneiras.

## **2.1 Breve trajetória da saúde pública no Brasil**

No Brasil, no período colonial, com a vinda da família real, iniciou-se uma atenção diferenciada no cuidado à saúde, visto que antes era tratada por meio dos costumes e tradições adquiridas hereditariamente. Com essa chegada dos europeus no Brasil, novas doenças foram sendo disseminadas, entre elas a cólera, varíola, a peste bubônica e outras. (BAPTISTA, 2007).

Pouco a pouco, com o estudo e os avanços científicos na medicina, as políticas de saúde também foram evoluindo e o que era uma prática quase exclusivamente religiosa foi se transformando em uma preocupação de Estado (BAPTISTA, 2007), uma vez que a saúde começou a ser considerada muito mais que uma prática de caridade como era em Centros Religiosos, como a Santa Casa de Misericórdia, criada pela primeira vez no ano de 1498, em Lisboa, pela esposa de Dom João II, e no Brasil, instituída oficialmente na Constituição de 1824 (CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA, 2019).

Em meados da proclamação da República, em 1889, inicia um novo ciclo para as políticas de saúde. Com as péssimas condições de saneamento e a disseminação de epidemias na época, começou a busca por conhecimento e medidas na área da saúde pública.

Assim, na década de 80 iniciou a reforma sanitária, com os debates promovidos nas Conferências e participação popular voltando aos poucos e ecoando suas necessidades, conforme as palavras de Baptista (2007, p. 49):

No ano de 1986, o Ministério da Saúde convocou técnicos, gestores de saúde e usuários para uma discussão aberta sobre a reforma do sistema de saúde, realizando, assim, a VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS). Esta conferência foi um marco histórico da política de saúde brasileira, pois, pela primeira vez, contava-se com a participação de comunidade e dos técnicos na discussão de uma política setorial. [...] No relatório da VIII Conferência consta: Saúde como Direito: em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

A Constituição de 1988 mostrou que o Brasil estava firmando um sólido compromisso democrático. Somente com a promulgação desta Carta Magna é que o Brasil positivou o tema acerca do direito à saúde de maneira abrangente e com uma visão de saúde integral e universal.

Diante da nova forma de conceber a saúde, agora como direito fundamental da pessoa humana, independente de raça, cor ou nacionalidade (SARLET, 2002), passou-se a ter uma visão de políticas de saúde universais, de modo que as constituições e os governos passaram a contemplar a saúde como direito social.

A Constituição estabelece ainda em seu art. 198 que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” (BRASIL, 1988 n/p), organizado por determinados princípios e diretrizes.

Na discussão da Assembleia Nacional Constituinte 1987/88 o relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde foi tomado como base para as reformas na saúde pública, o que promoveu a criação do SUS, partindo de uma nova configuração das políticas públicas, mais abrangente: a seguridade social, que engloba a assistência social, a previdência e a saúde. (BAPTISTA, 2007).

Com a implementação do SUS surgiu uma nova fase no direito sanitário. O Estado passou a garantir assistência desde a atenção primária até aos serviços de alta complexidade, a toda população. Além disso, houve a ampliação do conceito de saúde, tendo em vista que se percebeu que outras políticas públicas, para garantir a qualidade de vida das pessoas, precisavam ser implementadas, além das médico-hospitalares, como saneamento básico, condições mínimas de habitação, transporte, lazer, meio ambiente, reunidos como uma cadeia de fatores que influenciam diretamente no bem-estar da população.

O SUS, como produto de uma nova concepção do direito sanitário, nasceu orientado por alguns princípios, elencados no art. 7º da Lei 8.080/90: O primeiro princípio equivale a universalização do acesso às ações e serviços de saúde, surgindo como um rompimento das velhas políticas de saúde restritiva a determinado grupo de pessoas. “Todo o cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite que o sistema pode oferecer para todos. É o princípio fundamental da reforma”. (BAPTISTA, 2007, p. 52).

O segundo princípio refere-se à integralidade da atenção, ou seja, o Estado se compromete através do SUS a garantir um conjunto articulado de ações que ofereça atenção aos variados níveis de complexidade e serviços preventivos e curativos. Além do mais, tal princípio surge para transpor o contexto de divisão da saúde entre saúde pública e medicina previdenciária.

Dessa forma, ao longo do tempo o direito à saúde ganhou mais visibilidade e amparo legal, doutrinário e como veremos a seguir, jurisprudencial.

### **3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO**

A constitucionalização dos direitos fundamentais, a edição de normas constitucionais que exigem prestações positivas por parte do Estado e o estado de bem-estar social, criaram na sociedade expectativa pela concretização dos direitos sociais e a possibilidade de exigibilidade destes.

Na prática, com base nas palavras de Barroso (2007), todos os direitos subjetivos, seja individuais ou sociais, são imediatamente exigíveis do Poder Público e do particular, por meio das ações constitucionais ou infraconstitucionais.

Nesse contexto de interpretações acerca da concretização do direito à saúde e a postura a ser adotada pelo Poder Público no sentido de promover a máxima efetivação desse direito é que se iniciaram as demandas no Judiciário com o propósito de impulsionar e cobrar medidas do Estado para solucionar carências na prestação dos serviços públicos de saúde.

Nas palavras de Vilela, Moliterno e Santos (2018, p. 310):

Ocorre que o direito a saúde é considerado como direito subjetivo e de aplicabilidade imediata, o que viabiliza o direito de ação no caso de inobservância pelo poder público (art. 5º, XXXV). E é justamente a possibilidade de sua tutela jurisdicional que tem gerado o fenômeno conhecido como 'judicialização da saúde', com a multiplicação de demandas em que se pretende assegurar, junto ao Poder Judiciário, o acesso a tratamentos e medicamentos, muitas vezes sem perquirir as vias administrativas.

Isto posto, ao fenômeno caracterizado pela posição interventiva do Judiciário nas políticas públicas de saúde dá-se o nome Judicialização da Saúde.

Essa atuação judicial busca prestações por parte do Estado, considerando a saúde restritivamente como direito público subjetivo, o que tem gerado inúmeras consequências na organização das políticas públicas por parte do Estado, uma vez que as escolhas administrativas devem considerar o direito a saúde de maneira universalizada e valendo-se dos recursos finitos para a efetivação desse direito frente a toda sociedade.

As decisões atinentes às políticas públicas pressupõem escolhas que definem as prioridades e a alocação de recursos, ademais implicam em estratégias a serem delimitadas para a execução de tais políticas. (WANG, 2008).

O debate enfrentado ao se levar escolhas políticas para a tutela judicial é sobre quais seriam os limites do Judiciário e quais os impactos que as decisões judiciais ensejariam na organização da Administração Pública.

O Poder Judiciário embora não seja formulador das políticas públicas prestacionais, tendo em vista que se trata de função constitucional da Administração Pública<sup>1</sup>, por vezes, se posiciona com uma postura prestacional, concedendo medidas, direitos e serviços que não o foram administrativamente.

A questão em torno da Judicialização da saúde é se seria essa medida suficientemente eficaz para dirimir as problemáticas do Sistema Único de Saúde ou em termos de ponderação se Judicializar as questões de saúde pública não seria, na verdade, criar um paliativo sem tratar as reais causas da problemática.

O cerne da preocupação com a judicialização presume o entendimento de que para cada ação e serviço de saúde existem organizações administrativas estabelecendo regras e recursos para operacionalizar de maneira universal o atendimento.

Uma providência judicial que determina o atendimento a determinada necessidade médica tendo por justificativa o direito a saúde como direito social fundamental, pode, na verdade, representar uma ameaça à coletividade que carece desse mesmo direito.

### **3.1 Uma postura crítica sobre a judicialização excessiva**

Diante do crescimento exponencial das decisões judiciais sobre saúde em que determinam prestações ao Estado, emergiram inúmeros estudos sobre os impactos que essa judicialização pode gerar.

Em primeiro lugar suscitou-se a análise do direito à saúde ora como norma programática, ora como de aplicabilidade imediata. Segundo o art. 196 da Constituição Federal, o Estado tem o dever de garantir a saúde a todos por meio de “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” (BRASIL, 1988 n/p).

Nesse sentido, surgem entendimentos opostos acerca da eficácia dessa norma constitucional onde, por um lado, é considerado por alguns como norma programática que, na acepção de Sarlet (2009, p. 65), são: “dependentes de regulamentação legislativa,

estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidas”, de modo a serem implementadas e asseguradas pelos poderes públicos.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Constituição de 1988 elenca diretrizes gerais acerca do direito e organização do sistema de saúde e dos demais direitos sociais, mas confere ao Poder Legislativo e à administração Pública a elaboração de normas regulamentadoras.

Ocorre que, por outro lado, existe o entendimento de que essas normas não podem ser consideradas como puramente programáticas, sob pena de converter-se em promessa constitucional vazia, dando ao Poder Público poderes de postergar um dever inadiável. Há precedência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo Leal e Araújo (2003), nesse sentido, como ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286-Rio Grande do Sul (RS), no voto de lavra do relator, onde o ministro Celso de Mello apresenta posição no sentido de recusar o caráter programático do art. 196, dando a essa norma natureza de eficácia imediata e de eficácia plena.

Ainda acerca da aplicabilidade imediata conferida ao direito à saúde, o art. 5º, §1º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988 n/p). A esse respeito Sarlet (2002, p. 343) assevera que:

Tal formulação, à evidência, traz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que venham a plenitude de seus efeitos.

Trata-se da máxima efetivação dada na Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, em sentido expreso, sob o amparo do art. 5º, §1º, tendo em vista que a finalidade do legislador é que tais direitos não incorressem em meros enunciados normativos, limitados e vinculados a possíveis programas que poderiam ou não, levá-los a uma concretização.

Sarlet (2009) também aduz que a Carta Magna de 1988 ampliou o rol dos direitos fundamentais, não restringindo apenas ao art. 5º, consoante aos direitos e deveres individuais e coletivos, mas abarcando inclusive os direitos sociais, em que o direito à saúde encontra-se contemplado. Ele destaca que o catálogo dos direitos fundamentais contempla direitos das diversas dimensões, sendo que as duas primeiras dimensões encontram-se nesse rol incontestavelmente, fato demonstrado pela própria estruturação dos dispositivos. Dessa forma, surge a dedução lógica quanto a aplicabilidade imediata do direito à saúde, pela sua natureza de direito fundamental, elencado não só no art. 6º, mas também nos demais dispositivos que versam sobre o mesmo tema, o que conseqüentemente promove o direito de

ação no caso de inobservância do poder público.

No entanto, nas palavras de Barroso (2007), ainda que se confira aplicabilidade imediata às normas constitucionais sobre o direito à saúde, não se pode obstar o que claramente dispõe o art. 196 da Carta Magna de 1988, quando assevera que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas e não por intermédio de decisões judiciais.

Uma segunda linha de pensamento levantada pelos críticos à Judicialização da saúde refere-se à legitimidade do Judiciário em fazer escolhas atinentes à Administração Pública.

É indubitável que para atender a maior quantidade de pessoas com recursos limitados, se faz necessário realizar escolhas, seja estabelecendo critérios de distribuição ou instituindo níveis de prioridade, a esse respeito se concentra o questionamento se caberia ao Judiciário efetuar ou interferir nessas escolhas quando provocado em ação judicial.

Aparentemente e em tese, revela-se uma ponderação descomplicada, na medida em que o direito à saúde é considerado urgente, essencial e mínimo, afastando, de pronto, qualquer argumento que possa impedir sua efetivação. Sob esse fundamento, Amaral (2010, p. 74-75) ressalta:

Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável. Além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgão, pessoal especializado e equipamentos que são escassos, em comparação com as necessidades.

Desse modo, ao se deparar na prática judiciária com princípios que se contrapõem, há a necessidade da devida cautela na apreciação judicial, uma vez que se faz essencial considerar todas as possibilidades de dirimir a questão de maneira razoável e coerente.

Nesse aspecto, essa postura prestacionista do Judiciário poderia representar uma ameaça à própria democracia, considerando que “todo poder emana do povo<sup>2</sup>” e é ele quem determina de que forma os recursos obtidos poderão ser gastos, seja diretamente ou através de representantes. Sob esse prisma, Sarlet (2002, p. 348) estabelece:

Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes.

---

<sup>2</sup> Expressão em referência ao parágrafo único, art. 1º da Constituição Federal. Cf. Brasil, [2016].

Dito isto, a atuação do Estado-juiz nas políticas públicas de saúde deveria ser em casos estritamente excepcionais, por ocasião do risco de haver mitigação do princípio da separação dos poderes com consequentes implicações dramáticas no âmbito da saúde e, como corolário, no direito à vida, e tendo em vista a ameaça de ruptura da democracia.

Nesse mesmo sentido, Barroso (2007, p. 29) se posiciona:

Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.

Outro ponto sobre a judicialização recorrentemente alvo de debates é a respeito do princípio da reserva do possível. Trata-se das prestações sociais na medida dos recursos disponíveis, ou seja, refere-se às limitações encontradas pela Administração Pública para a execução de ações e projetos.

O princípio da reserva do possível aponta que quando o legislador constitucional determinou o papel do Estado como agente garantidor dos meios viabilizadores de determinados direitos fundamentais, há um princípio intrínseco do ordenamento jurídico dispondo que o Poder Público só está obrigado até o ponto das possibilidades disponíveis e dos recursos finitos.

Considerando os inúmeros direitos sociais incumbidos ao Estado e de forma universal, para todos os indivíduos de maneira equitativa, há de se medir a enorme probabilidade de haver algum déficit em alguma prestação, ação governamental e política pública.

A reserva do possível é um princípio na qual todo orçamento possui uma limitação que deve ser administrado de acordo com as necessidades e prioridades. Nas palavras de Buíssa, Bevilacqua e Moreira (2018, p. 39):

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No direito brasileiro, tal teoria passou a ser usada como reserva do financeiramente possível, justificando existência de limitações a efetivação dos direitos sociais.

Devido à ampla abrangência dos direitos fundamentais, muitas das condenações judiciais sobre saúde pública determinam prestações que não estariam inicialmente previstas no orçamento e planejamento das Secretárias de Saúde. Dessa forma, tendo em vista que é feito uma programação de acordo com os recursos disponíveis, se o Estado é condenado para

custear um serviço não previsto anteriormente, provavelmente tal situação caracterizará um óbice para o cumprimento de algum programa ou ação de saúde.

Por outro lado, um dos argumentos apresentados para justificar a postura do Judiciário frente as políticas públicas, refere-se ao seu devido papel dado pela Constituição Federal de assegurar a legalidade e a justiça dessas políticas. Conforme assevera a Carta Magna, em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (BRASIL, 1988 n/p). Nesse sentido, o dispositivo deixa claro que não pode se afastar da apreciação jurisdicional nenhum fato que mitigue ou comprometa direitos.

No entanto, a esse respeito, Freitas Filho (2019, p. 11) considera a competência constitucional atribuída ao Judiciário, mas destaca:

O que se postula no presente argumento é que a apreciação do caso pelo Judiciário não implica dizer que ele deverá desconsiderar os limites decisórios que são impostos pelas circunstâncias próprias de cada situação fático-probatória. Não é dado ao Judiciário, sustentamos, criar regras que não possam se universalizadas, nem mesmo desconsiderar os limites materiais de possibilidade de fruição de um direito ou mesmo se sub-rogar ao agente democraticamente escolhido ao fazer regra.

Ademais, outra linha de pensamento suscitada refere-se as questões técnicas, administrativas e logísticas que são consideradas nas ações de saúde pública e que podem sofrer certa mitigação com a Judicialização da Saúde.

Segundo art.15 do Decreto 7.508/11, as políticas públicas de saúde são formuladas de forma ascendente e do nível local ao federal, considerando as necessidades e os recursos públicos disponíveis, para tanto são ouvidos os Conselhos de Saúde e estabelecidos planos de saúde na qual são direcionados pelos Conselhos Nacionais que promovem as diretrizes a serem adotadas de acordo com a situação epidemiológica da população de cada ente federativo. (BRASIL, 2011a).

Para um melhor monitoramento das urgências e necessidades nos casos de saúde pública, tendo em vista a necessidade de escolhas que devem ser feitas pelo Poder Público perante o limite de recursos para o fornecimento de serviços e tratamentos de saúde foram criados protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que, conforme destaca o art. 2º, VIII, do Decreto nº 7.508/11:

[...] definem os critério para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. (BRASIL, 2011a, n/p).

Dessa forma, consegue-se sinalizar com base em dados científicos os variados perfis

de pacientes e da população em cada região, alocando os recursos equitativamente e racionalmente, para uma maior eficácia e custo-efetividade. Contudo, o fenômeno da judicialização desnorteia essas medidas, tendo em vista que afasta as escolhas administrativas baseadas em critérios, para beneficiar o requerente que ajuizou a ação.

Nesse sentido, a auditoria do TCU<sup>3</sup> destacou:

“Todavia, a judicialização da saúde reorienta o fluxo do atendimento das necessidades de saúde, com base em informações e provas contidas em cada processo judicial isolado, inviabilizando uma racionalidade sistêmica no acesso a ações e serviços de saúde. Desse modo, é indispensável que o gestor tenha mecanismos eficazes de diagnóstico da situação atual, a fim de tomar decisões e adaptar estratégias com base em evidências. Dispor de informações completas sobre as demandas judiciais e de forma sistematizada possibilita ao gestor identificar falhas na gestão, desperdícios de recursos públicos, prescrições inadequadas e eventuais indícios de fraude. (BRASIL, 2017a, p. 25).

Dessa maneira, a complexidade do debate acerca da efetivação do direito à saúde perpassa a escassez material, a crescente demanda, a universalidade da prestação dos serviços, a ideia de isonomia e conforme vislumbrado também, a existência de regras que direciona as escolhas para a concretização do direito à saúde.

### **3.2 A Judicialização dos medicamentos e seus efeitos para a Administração Pública**

No tocante a análise judicial de solicitação de medicamento, muitas vezes, não são ponderadas as diferentes formas de se resolver a questão de maneira menos danosa ao erário público, por se avistar, de plano, a fundamentalidade do direito. Nestes termos, Amaral (2010, p. 96) estabelece, que “a jurisprudência brasileira tende a não ver a questão de escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária”.

A questão da fosfoetilonamina é uma importante ilustração dessa problemática. Em 2016 foi promulgada a Lei nº 13.269/16, que autorizou o uso dessa substância para o tratamento de neoplasias malignas (BRASIL, 2016), mesmo sem estudos consolidados que certifiquem seus efeitos positivos e isso se deu em razão de rumores de que algumas pessoas tenham tido seu quadro clínico melhorado, dados os efeitos da substância. (MORSCH, 2015). Ocorre que a substância começou a ser analisada por um pesquisador do Instituto de Química de São Carlos (IQSC) da Universidade de São Paulo (USP) e, mesmo sem as definições acerca dos efeitos concretos para fins de tratamento de neoplasias, passou a ser fornecido

---

3 Auditoria do Tribunal de Contas da União fez estudo sobre os gastos públicos com a judicialização da saúde, nos termos do Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário. Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017.

informalmente a pacientes, o que culminou em sucessivas decisões judiciais compelindo que a USP concedesse a substância para fins de tratamento de outras pessoas. (ZEBULOM, 2017).

Por meio de Nota e diante da enorme quantidade de liminares requerendo a fosfoetilonamina, a USP emitiu alguns esclarecimentos e estabeleceu as precauções a serem adotadas para o fornecimento, alertando que se trata de uma substância sem demonstração concreta de efeitos terapêuticos sobre cânceres e destacou que tal produto seria oferecido até o limite disponível, tendo em vista que a patente de tal substância era propriedade de professor já aposentado e a Universidade não teria permissão legal para a produção em larga escala (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2019).<sup>4</sup>

Em relação à legislação supramencionada que permitiu a concessão do medicamento, frisa-se, que configurou nítida afronta ao sistema regulatório do SUS que outorga à Anvisa, por meio da Lei nº 9.782/99, a responsabilidade de fomentar estudos sobre medicamentos e determinar sobre o registro destes baseados em critérios como segurança e eficiência (BRASIL, 1999). Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, por meio da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 asseverou:

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor Presidente da Anvisa na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a Anvisa passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação<sup>5</sup>. (BRASIL, 2009, p. 21).

Apesar da grave afronta da legislação referida e dos efeitos terapêuticos da fosfoetilonamina não passarem de suposições, destaca-se que as autoridades judiciais concederam várias liminares em ações que pleitearam a substância (SCHULZE, 2018), especificamente 13 mil liminares. (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA, 2017).

Em resposta à repercussão da fosfoetilonamina foi proposta pela Associação Médica Brasileira, em caráter liminar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5.501/Distrito Federal (DF) em face da Lei 13.269/16 em questão. Diferentemente do

<sup>4</sup> Comunicado publicado pelo Instituto de Química de São Carlos – da Universidade de São Paulo (2019) sobre a substância fosfoetilonamina.

<sup>5</sup> Relatório do Presidente Ministro Gilmar Mendes referente ao agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, onde continha apenas a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, de idêntico conteúdo. O Relatório baseou-se em audiência pública convocada pelo Ministro Gilmar Mendes nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para elucidar assuntos sobre a saúde pública e servir de apoio para as decisões judiciais. Nesta audiência 50 especialistas de diferentes áreas foram ouvidos e o referido Relatório da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 tem sido um importante precedente invocado nos julgados.

entendimento outrora adotado pelo Ministro Gilmar Mendes na STA nº 175 em que sustentou a impossibilidade do SUS custear medicamento em fase experimental e destacou que “o registro na Anvisa configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação” (BRASIL, 2009, p. 21), adotou nesta ADIN posicionamento contrário não acatando a suspensão da lei questionada. O que exemplifica a tendência da tradicional postura concessiva do Judiciário no que tange as demandas de saúde pública, colocando o Poder Público em situações complicadas, tendo em vista que o compele a cumprir determinações judiciais que demandam recursos e por vezes, por meios não abrangidos pelas vias legais (ZEBULOM, 2017).

Nesse sentido, Shulze (2018, p. 19) assevera:

A despeito das polêmicas que envolvem os tratamentos experimentais, o tema exige, necessariamente, a ponderação de vários aspectos, tais como: a) o artigo 196 da Constituição brasileira determina a adoção de medidas para a melhoria do estado de Saúde das pessoas; b) as Ciências da Saúde não conseguem encontrar soluções científicas para todas as patologias; c) em decorrência da segurança jurídica, o Estado – e os planos de Saúde – não possuem a obrigação de custear, sem limites, qualquer tratamento médico; d) o Estado deve atuar em favor da procura de novas curas, inclusive para as doenças raras; e) deve haver um balanceamento entre o ‘direito à esperança’ (ou direito de tentar) do cidadão e o dever estatal de fornecimento de substâncias não comprovadas cientificamente; f) a concessão de tratamentos experimentais pode configurar potencial violação ao princípio da isonomia; g) a teoria do custo dos Direitos não autoriza a adoção de todo e qualquer tratamento; h) na escolha trágica, o Estado pode limitar o fornecimento de tratamentos experimentais, em razão da escassez de recursos; i) só há Direito à Saúde quando se tem o cumprimento de normas técnicas minimamente comprovadas no plano da ciência; j) a pesquisa científica deve seguir padrões eticamente aceitáveis.

Diante disso, o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Público sem o devido registro pelo SUS apresenta-se como uma questão controvertida, tendo em vista que a análise para catalogação dos remédios demanda tempo e a tecnologia médica e farmacêutica é dinâmica e apresenta novidades em curtos intervalos de tempo. Prazos esse que muitos pacientes não possuem, por isso veem nos novos tratamentos apresentados e oferecidos pelo mercado como a esperança para o prolongamento da vida e muitos destes não possuem as condições para arcar com os altos custos, ocasião em que recorrem ao Judiciário.

Para o Poder Público tratam-se de demandas que requerem custos muito altos, na qual interferem diferentemente na alocação de recursos previamente programada, que considerou uma rede universal de saúde pública. Para os magistrados remete a um dilema com inúmeras vertentes a ser analisado. Nas palavras de Schulze (2018, p. 17):

Estes são alguns dilemas que norteiam a Judicialização da Saúde e demonstram que

os magistrados estão diariamente diante de casos difíceis (hard cases) que precisam de uma definição, pois há uma pessoa que possui uma patologia, há uma prescrição médica e há um tratamento disponível (ainda que sem efetividade, eficácia e eficiência) em algum lugar do mundo. Para alguns, isso é suficiente para a procedência do pedido. Para outros, é preciso muito mais, como a comprovação do sucesso da providência buscada, com a demonstração de que o custo é suportável socialmente, sem provocar colapso no Sistema de Saúde (que precisa ser compreendido em uma perspectiva mais ampla e não isoladamente).

A oferta do medicamento Nusinersen (Spinraza), recomendado para o tratamento da doença rara Atrofia Muscular Espinhal (AME) elucida a dimensão dos impactos que a judicialização dos medicamentos gera no orçamento público. Segundo dados do Ministério da Saúde em 2018, cada paciente que solicitou por meio de demanda judicial o referido remédio representou o custo de 1,3 milhões de reais e durante esse ano foram atendidos cerca de 90 pacientes demandantes, ao custo total de 115,9 milhões. (MONTEIRO, 2019).

No Estado do Maranhão no ano de 2018 foi ajuizada uma Ação Civil Pública<sup>6</sup> pelo Ministério Público do Estado do Maranhão objetivando que o Estado do Maranhão fornecesse o medicamento SPINRAZA a um menor de idade. A decisão judicial apontou para a concessão do fármaco em sede de tutela antecipada e “por todo o tempo que for preciso” (MARANHÃO, 2018, n/p).

A solução pela via judicial apresentada de medicamentos não fornecidos pelo SUS submete o Poder Público a custear fármacos com preços definidos livremente pelo mercado da indústria farmacêutica, sem critérios objetivos. Nesse ponto, com a incorporação de um medicamento de alto valor no âmbito do SUS ele passa pelo processo de precificação pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED)<sup>7</sup>, decorrente da possibilidade de negociação com a empresa que fabrica.

### **3.3 O problema da escassez de leitos de Unidade de Terapia Intensiva na rede pública**

Em razão do número de leitos ser limitado o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu critérios, por meio da Resolução nº 2.156, de 28 de outubro de 2016, do Conselho Federal de Medicina (2016), para conceder vagas e para dar alta aos pacientes. Estabeleceu-se através dessa Resolução 5 níveis de prioridade, do paciente em situação menos grave e com alta probabilidade de recuperação, ao paciente em fase terminal, com nenhuma possibilidade

---

<sup>6</sup> Ação Civil Pública ajuizado pelo Ministério Público do Estado do Maranhão referente ao Processo nº 0801057-45.2018.8.10.0063 da 1ª Vara de Zé Doca. Cf. Maranhão (2018).

<sup>7</sup> A CMED, com base no Decreto n. 4766/2003, é a responsável por fixar o preço máximo que deve custar o medicamento na indústria farmacêutica, incentivando a competitividade, mas regulando o mercado de medicamentos (BRASIL, 2003a).

de reversão do quadro.

A Resolução mencionada deixa evidente que apenas os pacientes que estejam etiquetados como prioridade 2 e 4 necessitam de monitorização intensiva e, portanto, deve ser informado à Central de Regulação de Leitos para que os transfira para um leito de UTI. É o médico, conforme o estado do paciente, que indicará o nível de prioridade e se este, pelas suas condições, necessita ou não do atendimento especializado da UTI.

A problemática em torno desta situação é que nas ações judiciais que demandam vagas em leitos de UTI a autoridade judicial ao observar o estado crítico do requerente inclina-se a determinar que se conceda uma vaga, desconsiderando os critérios de prioridades a serem adotados. Nesse sentido a Advocacia Geral da União através do Parecer n. 00213/2017/CONJURMS/CGU/AGU asseverou:

Não raro, contudo, o que se observa diante de uma decisão judicial determinando o fornecimento de leitos de UTI é que alguns pacientes que não se beneficiarão da internação na UTI para a mudança de prognóstico, uma vez que sua prioridade, conforme prescrição médica, é 05, 01 ou 03, acabam, em razão da decisão judicial, ocupando estes leitos enquanto que outros, com reais necessidades, não conseguem a referida vaga, pois ela está ocupada pelo paciente demandante. (BRASIL, 2017b, p. 4).

A escassez de leitos de UTI já se apresenta como um grave problema a ser enfrentado pelo Poder Público frente à necessidade de maximização de vagas, mas ainda que se proceda a criação de novas vagas, a judicialização continuará sendo um entrave para a distribuição racional, uma vez que compromete o acesso equitativo aos leitos.

Por essa razão importante considerar que uma decisão judicial que compele o Estado a internar compulsoriamente um paciente que não se encaixe nas prioridades estabelecidas em um leito de UTI, está comprometendo a fila de pessoas à espera que realmente carecem do atendimento, segundo critérios clínicos, desorientando o sistema como um todo.

Um argumento que levaria a uma perspectiva contrária é de que a judicialização força e incentiva o Poder Público a ampliar o número de vagas, e tal posicionamento torna plenamente válido e importante a tendência adotada pelo Judiciário, mas considerando uma hipótese provável e mais desoladora, possivelmente o comando judicial vai fazer com que o requerente ocupe a vaga em detrimento de outra pessoa que preenche os requisitos que, em muitos casos, o demandante não possui.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A judicialização da saúde, como apresentado no decorrer desse trabalho, revela-se um

fenômeno atual, crescente e extremamente importante, uma vez que provoca impactos na Administração Pública, tanto no que tange ao aspecto da gestão de políticas públicas quanto abalos orçamentários profundos nos cofres públicos, além de afetar a sociedade como um todo, haja vista estar relacionado ao princípio da universalidade do sistema de saúde.

O estudo em questão se propôs a investigar as dimensões dos efeitos da Judicialização da saúde, de que forma esses impactos se apresentam e se a atuação do Judiciário nas questões das políticas públicas de saúde se torna a medida mais efetiva no enfrentamento da ineficiência do Estado quanto à concretização do direito prestacional à saúde.

Depreende-se ao longo desse trabalho que a judicialização da saúde provoca várias críticas, primeiramente quanto à divergência em relação à eficácia da norma que trata sobre a saúde no texto constitucional, também quanto aos limites do Judiciário ao adentrar na seara de competência da Administração Pública, tendo em vista que o papel típico de estabelecer políticas públicas com a finalidade de definir as regras a serem adotadas para melhor distribuição dos recursos públicos é do Estado. Outrossim, suscita-se o dilema quanto ao princípio do mínimo existencial, uma vez que a efetivação da saúde apresenta-se como direito fundamental e mínimo a ser assegurado a toda pessoa, frente ao princípio da reserva do possível, que se apresenta como fator limitador para plena prestação dos serviços de saúde por ocasião dos recursos públicos exíguos.

O crescimento das demandas judiciais cuja matéria está relacionada ao direito sanitário apresenta-se como resposta ao despertar da sociedade para a exigibilidade de seus direitos. Mas algumas decisões judiciais sem parâmetros acabam por culminar no fenômeno da judicialização excessiva.

Urge mencionar que demonstrou-se com este trabalho que a judicialização é decorrente da falha estatal em prestar atendimento total e pleno a toda população e que, pela fundamentalidade do direito à saúde tem sido comum a propositura de ações judiciais em face do Estado. No entanto, há também, sob esse mesmo argumento, o crescimento do fenômeno da judicialização excessiva, sem parâmetros e que tem gerado impactos negativos no orçamento público, ainda que sem causar progressos para o SUS.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. **História das políticas de saúde no Brasil**: a trajetória do direito à saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/125.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2007.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Parecer nº 00213/2017/CONJURMS/CGU/AGU, de 17 de abril de 2017. Direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direitos sociais, direito à saúde, mínimo existencial, reserva do possível. Interessados: Consultor Jurídico do Ministério da Saúde. Advogada da União: Carolina Sofia Ferreira Gomes Monteiro, Brasília, DF, 2 de março de 2017b. Disponível em: <http://www.fehosp.com.br/files/arquivos/Parecer-Referencial-00213-2017-CGAJUR-PDF.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 29 jun. 2011a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 18 de setembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 81, p. 161-166, 28 set. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1787/2017. Processo TC 009.253/2015-7. Ata 31/2017. Relator: Min. Bruno Dantas, Brasília, DF, Sessão 16 de agosto de 2017a. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=575330>. Acesso em: 10 set. 2019.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. Impactos orçamentários da judicialização das políticas públicas de saúde. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (orgs.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018. p. 26-51.

CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA. A história de misericórdia das Santas Casas. *In*: CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA. **Quem somos**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>. Acesso em: 13 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.156, de 28 de outubro de 2016. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 220, p. 138, 17 nov. 2016. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=138&data=17/11/2016>. Acesso em: 16 nov. 2019.

FREITAS FILHO, Roberto. Políticas Públicas e acesso à creche no Distrito Federal: atuação do Poder Judiciário. *Revista Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 86, 2019.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. Judicialização da saúde afeta o setor no Brasil. *In*: INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Direito**. São Paulo, 23 junho 2017. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/acoes-judiciais-saude/>. Acesso em: 14 nov. 2019.

LEAL, Rogerio Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça (1. Vara de Zé Doca). Processo nº 0801057-45.2018.8.10.0063. Agravante: Estado do Maranhão. Agravado: Ministério Público Estadual. Relator: Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, São Luís, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/655743485/andamento-do-processo-n-0809720-7520188100000-agravo-de-instrumento-05-12-2018-do-tjma?ref=topic-lawsuit>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MONTEIRO, Ingrid. SUS ofertará medicamento para tratar AME. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Saúde. Brasília, DF, 24 abr. 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45388-sus-ofertara-medicamento-para-tratar-ame>. Acesso em: 5 nov. 2019.

MORSCH, Renata. Paradigmas traçados pela jurisprudência do STF para condução de demandas por medicamentos não padronizados pelo SUS: casos polêmicos do canabidiol e fosfoetanolamina. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4546, 12 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45096>. Acesso em: 4 nov. 2019.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 171-2013, 2002.

SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde e a judicialização do impossível. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (orgs.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018. p. 14-25.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Instituto de Química de São Carlos. Esclarecimentos à sociedade. In: INSTITUTO DE QUÍMICA DE SÃO CARLO. **Blog**. São Carlos, 2019. Disponível em: <http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>. Acesso em: 5 nov. 2015.

VILELA, Leonardo Moura; MOLITERNO, Marcella Parpinelli; SANTOS, Alethele de Oliveira. **Judicialização da saúde: um fenômeno a ser compreendido da saúde**. Coletânea direito à saúde – dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: 5 nov. 2015.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.

ZEBULOM, José Carlos. O julgamento do caso da fosfoetanolamina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 212-223, 2017.