

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO - FAD
JOZELITO ANTONIO DA SILVA BOA VISTA BARBALHO

A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

NATAL - RN
2015

JOZELITO ANTONIO DA SILVA BOA VISTA BARBALHO

**A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito da
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof^ª. MSc. Valéria Maria Lacerda
Rocha.

**NATAL - RN
2015**

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Barbalho, Jozelito Antônio Da Silva Boa Vista
A Atuação do Conselho Nacional de Justiça na Efetivação do Direito à Saúde no
Brasil / Jozelito Antônio Da Silva Boa Vista Barbalho – Natal, RN, 2015.
98 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Valéria Maria Lacerda Rocha.

Monografia (Bacharelado) Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.
Campus de Natal. Curso de Direito.

1. Direito Fundamental à Saúde. 2. Judicialização da Saúde. 3. Conselho Nacional
de Justiça - CNJ. I. Rocha, Valéria Maria Lacerda. II. Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 342

JOZELITO ANTONIO DA SILVA BOA VISTA BARBALHO

**A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. MSc. VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof^ª. MSc. DÉBORAH LEITE DA SILVA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof^ª. Esp. FLAVIANNE FAGUNDES DA COSTA PONTES
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Data da Aprovação: 30 de novembro de 2015.

Aos meus queridos pais, *Antônio Romão* e *Maria Laura*,
aos quais devo a minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo que me permitiu viver nestes 5 (cinco) anos de curso, possibilitando-me chegar até aqui.

À minha família, pela fé e confiança demonstrada, em especial, aos meus queridos pais, Antônio Romão e Maria Laura, por estarem sempre ao meu lado, acreditando que meus sonhos poderiam se tornar realidade.

Aos meus amigos, pelo apoio incondicional, principalmente, Rebeca Tavares, Jéssica Baracho e Fernando “Sonata”, pelos momentos de descontração e alegria, os quais me permitiam retornar aos estudos com mais afinco e determinação.

À minha orientadora, Valéria Maria Lacerda Rocha, pelas pertinentes sugestões e estímulo, mostrando-me os caminhos certos para a elaboração desta monografia.

Ao corpo docente do Departamento de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte/Campus Natal, por compartilharem todo o seu conhecimento comigo.

Aos meus colegas de turma, pelos sonhos vividos e experiências trocadas, neste longo período de convivência, em especial à Layse Dayanne, Manoel Edson e Yara Sw Helen, pelas inúmeras caronas, na volta para casa, após um cansado dia de trabalho e estudo.

À amiga de sala, Kaliane Freitas, por todo o auxílio prestado, com sua imensa paciência e disponibilidade.

Aos meus companheiros de trabalho que integram a Comissão Permanente de Sindicância da Secretaria de Estado da Saúde Pública do Rio Grande do Norte – Eros Guerra, Gabriela Galiza, Michael Guedes, Teodoro Gurgel e Tiago Tavares - pelo apoio e ajuda na elaboração da presente pesquisa; bem como a todos que compõem a Assessoria Jurídica e o Setor de Demandas Judiciais do referido órgão.

Aos usuários do Sistema Único de Saúde que lutam pela vida.

Aos magistrados deste país – em especial à minha orientadora -, os quais se deparam, diariamente, com a responsabilidade de concretizar o direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, à vida.

Enfim, a todos que, de alguma forma, tornaram este caminho mais fácil de ser percorrido. Com vocês, sinto que posso chegar a qualquer lugar.

“A educação é a arma mais perigosa que você pode usar para mudar o mundo”.

Nelson Mandela.

RESUMO

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana é considerado, hodiernamente, núcleo dos fundamentos da República Federativa do Brasil e alicerce do Estado Democrático de Direito, estando, ao seu redor, todos os outros direitos fundamentais, inclusive, o direito à saúde e, por sua vez, à vida. Portanto, é essencial que o Estado adote as políticas públicas que são de sua responsabilidade, segundo determina o texto constitucional pátrio, no intuito de assegurar a prestação desses direitos aos cidadãos em geral. Nessa conjuntura, a presente pesquisa científica abordará o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, com destaque para a atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ no processo de implantação e fiscalização de políticas públicas, tendo por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no que concerne ao direito à saúde, observando-se ainda as diversas e complexas questões que levaram o aludido órgão a atuar nessa seara. Desse modo, serão analisadas algumas iniciativas e atos normativos do CNJ, a exemplo de recomendações, resoluções e portarias que tenham por finalidade propor medidas que subsidiem os magistrados nos julgamentos dessas demandas, dentre outros pontos considerados. Ademais, será dado um posicionamento a respeito da referida atuação do Conselho Nacional de Justiça, deliberando pela pertinência ou não de suas orientações e diretrizes a respeito da matéria a ser debatida no presente estudo. Para tanto, a pesquisa seguirá o modelo bibliográfico, utilizando-se do método exegético-jurídico, pautado no exame dos dispositivos da Constituição Federal brasileira, da legislação infraconstitucional, dos posicionamentos jurisprudenciais pátrios e da doutrina concernente ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde. Judicialização. Conselho Nacional de Justiça. Políticas Públicas de Saúde. Atos Normativos

ABSTRACT

The Constitutional Principle of Human Dignity is considered, in our times, the core of the foundations of Federal Republic of Brazil and the foundation of the Right's State Democratic, standing around it, all the other fundamental rights, including the rights to health and life. Therefore, it's essential that the State adopts public policies which are its responsibility, according to the paternal constitution, in order to ensure the provision of these rights to citizens. In this way, this scientific research will address the health judicialization as a phenomenon in Brazil, highlighting to the performance of the National Council of Justice (Conselho Nacional de Justiça) - CNJ implementing and monitoring public policies processes, to improve the povision of constitutional right to healty, and still analyse the complexes and others issues wich made the CNJ acting in this area. Some initiatives and normative acts from the CNJ will be analyzed , such as recommendations, resolutions and ordinances that purport to propose measures that support the judges in the trials of these demands, among other considered points. Moreover, it will be given a position about the activities of the National Council of Justice, for the relevance of its guidelines debated in this study. The study will follow the bibliographical research model, using the exegetical and legal method guided by the examination of the provisions of the Brazilian Federal Constitution, the infra-constitutional legislation, the patriotic jurisprudential positions and doctrine concerning the subject.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health. Judicialization. National Council of Justice. Health Public Policy. Normative Acts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO.....	13
2.1 UM BREVE HISTÓRICO.....	13
2.2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS - DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ATUAL ESTADO DE DIREITO.....	18
2.3 OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	21
2.4 A SAÚDE ELEVADA À CATEGORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	24
2. 4. 1 Do conceito jurídico de saúde.....	27
2. 4. 2 A repartição de competências adotada pela Constituição Federal de 1988 e as Leis Orgânicas de Saúde.....	29
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	31
3.1 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE.....	31
3.2 ANÁLISE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	36
3.3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	44
3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> O POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL	50
4. O PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	56
4.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: COMPOSIÇÃO, NATUREZA E COMPETÊNCIA	57
4. 1. 1 O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação face à judicialização da saúde no Brasil	61
4. 1. 2 O Fórum Nacional do Poder Judiciário e os Comitês de Saúde	63
4. 1. 3 A Recomendação n° 43/2013 do Conselho Nacional de Justiça	66
4. 1. 4 As Jornadas Nacionais de Direito da Saúde	72
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75

REFERÊNCIAS	78
ANEXO A	86
ANEXO B	95

1. INTRODUÇÃO

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o constituinte trouxe a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o qual foi erigido a princípio matriz da Lei Maior pátria, estando, à sua volta, os demais direitos fundamentais, dentre eles os sociais, os quais exigem, no atual Estado Democrático, em que se encontra a sociedade, uma obrigação direta e positiva do Poder Público, no que tange à sua promoção e efetivação.

Desta feita, seguindo o constitucionalismo que se mostrava contemporâneo e que era adotado pelos países mais democráticos da época, a Carta Magna de 1988, ao positivizar a tutela dos Direitos e Garantias Fundamentais, se harmonizou com a ordem global adotada por essas Nações. Assim, hodiernamente, os dispositivos constitucionais destinados à proteção desses direitos e garantias indispensáveis à pessoa humana gozam da prerrogativa de aplicabilidade imediata e direta do Poder Judiciário, visando, deste modo, ao seu reconhecimento e implementação, haja vista serem imprescindíveis para assegurar a todos uma vida mais digna.

Nesse cenário, quando há omissão ou insuficiência na prestação de determinado direito por parte do Estado, o cidadão que se sinta prejudicado, poderá buscar provimento jurisdicional, objetivando ter o seu direito efetivado. Esse processo – transferência de decisão do Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário – desencadeou o surgimento do fenômeno denominado de Judicialização da Política. Destarte, no intuito de preencher as lacunas deixadas pelos outros poderes, o Judiciário intervém, objetivando assim que o Estado cumpra com o seu dever, o qual lhe fora imposto constitucionalmente.

Ante o exposto, o presente estudo debruçar-se-á acerca do fenômeno da judicialização do direito à saúde, mais especificadamente a respeito do engajamento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no processo de desenvolvimento das políticas públicas que tenham por objeto o referido direito.

Neste contexto, buscar-se-á desenvolver uma análise crítica sobre a atuação do CNJ e seus novos desafios, na tentativa de se efetivar, de forma adequada e eficiente, esse direito fundamental do ser humano.

A metodologia a ser aplicada na elaboração deste trabalho monográfico será, predominantemente, a pesquisa bibliográfica, com análises de posicionamentos doutrinários, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional pátria, bem como dos

entendimentos jurisprudenciais, buscando-se assim compreender de que forma os tribunais do país vêm interpretando o direito constitucional à saúde. Destarte, a presente pesquisa abrangerá leitura, exame e interpretação de livros, artigos científicos, periódicos, portarias, recomendações, resoluções e demais documentos que se fizerem necessários para a fundamentação teórica do estudo, na forma física ou *on-line*.

Nessa conjuntura, esta obra compor-se-á, em seu desenvolvimento, de 3 (três) capítulos, os quais estarão estruturados, nos termos abaixo explanados.

O primeiro capítulo delineará uma análise sucinta a respeito da evolução dos direitos humanos fundamentais e da atuação global do Estado na tutela dos direitos sociais, abordando desde o Absolutismo até o atual Estado de Direito em que a sociedade contemporânea se encontra. Nessa senda, também serão analisados os direitos sociais no ordenamento constitucional brasileiro, descrevendo-se um histórico que leva à instituição do Estado Social e sua execução por meio das políticas públicas que permitem a mais ampla proteção, utilizando-se como diretriz o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Cidadania. Ato contínuo, objetiva-se destacar a elevação da saúde à categoria de direito fundamental na Constituição Federal de 1988, momento em que se mostrará oportuno apresentar o conceito jurídico de saúde, ante sua importância para esta obra, bem como a repartição de competências adotada pela referida Carta Política pátria, citando-se ainda as Leis Orgânicas de Saúde.

O segundo capítulo discutirá a respeito do fenômeno da Judicialização da Política, especificadamente, sobre o direito constitucional à saúde, dando-se ênfase à intervenção do Poder Judiciário nessa seara. Para tanto, será feita uma análise da Audiência Pública da Saúde que ocorreu no Supremo Tribunal Federal, em 2009. Por outro lado, estudar-se-á os Princípios da Separação dos Poderes e da Dignidade da Pessoa Humana, relacionando este último à Teoria da Reserva do Possível e ao Mínimo Existencial.

O terceiro capítulo fará uma análise sobre o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e sua atuação nas políticas públicas de saúde no país, ressaltando as ações e iniciativas nessa área.

2. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

2.1 UM BREVE HISTÓRICO

Os direitos humanos fundamentais têm uma importância essencial no ordenamento jurídico de qualquer nação ou sociedade, constituindo valores eternos e universais, cujo reconhecimento se impõe ao próprio Estado, devendo, portanto, serem garantidos e protegidos pela ordem internacional, haja vista terem por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana. Sua concepção é fruto de uma evolução histórica das lutas contra o poder e a opressão. Nesse sentido, afirma Bobbio¹:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

O filósofo político utiliza aqui o termo “direitos humanos” como sinônimo de “direitos fundamentais”, reconhecendo que esses direitos são conquistados ao longo do tempo, sendo consequência das transformações sociais, culturais, políticas e econômicas pelas quais a humanidade vem passando. Assim, seu rol cresce, à medida que a sociedade se desenvolve e reivindica para si novos direitos considerados imprescindíveis à pessoa humana.

No que tange à distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, merece ênfase a lúcida lição de Sarlet²:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se se passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 29.

Do posicionamento supracitado, depreende-se que, enquanto o termo “direitos humanos” é utilizado para designar os direitos intrínsecos à pessoa humana no âmbito internacional; “direitos fundamentais”, por sua vez, é utilizado para aludir ao processo de positivação dos direitos do ser humano, em determinado ordenamento jurídico constitucional.

Assim, na esfera do presente estudo, optar-se-á pela terminologia *direitos humanos fundamentais*, uma vez que esta possui a capacidade de reforçar a unidade indispensável e indissolúvel existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Desse modo, a expressão aqui empregada, além de aludir a princípios que sintetizam posições jurídicas de contexto internacional, também se refere à ordem constitucional brasileira.

Analisando os precedentes históricos, merece destaque especial sobre o assunto a Magna Carta, de 1215. Outorgada por João Sem-Terra, ela constitui um dos pactos da história do constitucionalismo inglês. Nela foi inserida a garantia de alguns direitos fundamentais como a liberdade de ir e vir e a propriedade privada.

Dando continuidade a explanação do processo evolutivo dos direitos fundamentais, segue-se com o entendimento de Sarlet³, segundo o qual, desde o seu reconhecimento, os direitos fundamentais vêm passando por transformações no seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Assim, costuma-se falar da existência de três gerações de direitos, havendo, ainda, quem defenda a existência de uma quarta, quinta e até sexta geração. No entanto, importante ressaltar que o termo “gerações” sofre fundadas críticas por parte da doutrina, uma vez que a evolução dos direitos fundamentais, assim como qualquer outro, teria um caráter de complementariedade, estando em um permanente processo de expansão, e não de alternância ou substituição ao longo do tempo. Logo, a expressão terminológica “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. Nessa esteira, o citado estudioso, seguindo a mais moderna doutrina e a convergência de juízos, utiliza o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.

Para Sarlet⁴, os direitos fundamentais de primeira dimensão têm suas raízes nas ideias iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, bem como nas revoluções políticas vivenciadas naquele momento, compreendendo como finalidade precípua do Estado a realização da liberdade do indivíduo. Esses direitos se afirmam como um instrumento de defesa que tem por objetivo garantir a não intervenção arbitrária do Poder Público na zona de domínio privado do indivíduo. Infere-se, portanto, que são “liberdades negativas”, já que

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45.

⁴ *Ibidem*, p. 46-47.

impõem abstenções à atuação do Estado e não uma prática positiva de sua parte. Ênfase aqui para o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a Lei, além de outros, a exemplo da liberdade de expressão e manifestação e o direito ao voto e à capacidade eleitoral passiva. Trata-se dos denominados direitos civis e políticos.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão⁵, dentre eles o direito à saúde, vieram logo após o término da primeira Guerra Mundial. São aqueles conectados à ideia de igualdade que englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, somando-se as liberdades públicas anteriormente reconhecidas. Com o avanço da industrialização, que reduzia a necessidade de mão de obra, gerando a massa dos desempregados, e o impulso do liberalismo político e econômico; o quadro social sofreu uma forte deterioração principalmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental. A classe trabalhadora se viu numa situação de penúria e miséria diante da omissão do Poder Público.

Esses graves problemas ensejaram a marginalização da classe operária, a qual vivia em condições subumanas e sem dignidade. Com baixos salários, péssimas condições de trabalho e a constatação de que os direitos de liberdade só se consagraram no plano formal, acabaram por realizar, no decorrer do século XIX, amplos movimentos reivindicatórios que buscavam o reconhecimento progressivo de uma nova dimensão de direitos, exigindo do Estado um comportamento positivo na realização da justiça social, no intuito de materializar, de fato, os direitos de liberdade e de igualdade por meio da implementação de políticas e serviços públicos destinados à proteção do mais vulnerável, no modelo capitalista.

Desse modo, o objeto do direito social é uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço, como por exemplo, o serviço médico, em relação ao direito à saúde. Tais direitos foram consagrados na Constituição de Weimar, de 1919, conforme se demonstrará melhor em passagens futuras deste trabalho, positivando-se, especialmente, nas Constituições do segundo pós-guerra. Essa mudança indica uma gradual passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito do século XX.

Ainda de acordo com Sarlet⁶, aos direitos de segunda dimensão estão inseridas as denominadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, do direito à greve, às férias, ao repouso semanal remunerado, ao salário mínimo, etc.

Os direitos de terceira dimensão⁷ resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, diante do impacto tecnológico, do estado crônico de beligerância e do processo

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47-48.

⁶ *Ibidem*, p. 48.

de descolonização do segundo pós-guerra, são aqueles que têm como destinatários à coletividade e não mais a figura do homem-indivíduo como visto anteriormente. São os direitos de solidariedade e fraternidade atribuídos genericamente à proteção de grupos humanos (família, povo, nação). Por isso, apresentam uma titularidade difusa e um empenho mundial para sua efetivação. Dentre os mais citados estão o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à qualidade de vida, etc.

Por fim, Sarlet⁸ chama a atenção para a tendência que existe atualmente ao reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, a qual, no entanto, espera sua consagração na seara do direito internacional e do constitucionalismo pátrio. Defendida pelo brasileiro Paulo Bonavides, essa quarta dimensão compõe-se dos direitos à democracia – direta –, à informação e ao pluralismo – o direito a ser diferente.

Ademais, Já existe, inclusive, quem defenda a existência de uma quinta dimensão, dentre eles, o próprio Bonavides⁹, para quem a paz estaria aí inclusa. De acordo com este constitucionalista, o direito à paz foi colocado de forma incompleta no rol dos direitos de terceira dimensão, não tendo havido o desenvolvimento de suas razões que o elevam à categoria de norma. Ressalta ainda se tratar de um direito da coletividade, imanente à vida e indispensável ao progresso de todas as nações. Portanto, diante dessa condição de supremo direito da Humanidade, enquanto bem comum dos povos, foi elevado ao patamar de direito fundamental de quinta dimensão, retirando-o da obscuridade onde se encontrava como direito esquecido da terceira dimensão.

A respeito da efetivação dos direitos fundamentais proclamados, preleciona Bobbio¹⁰:

(...) Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta gerações? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de “direitos” serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmo universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 48-49.

⁸ *Ibidem*, p. 50-51.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 579-593.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 9-10.

forma particular às reivindicações dos momentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

Bobbio já demonstrava em sua obra – A Era dos Direitos – algo que ainda se constata na sociedade pós-moderna: a dificuldade do Estado em concretizar os direitos fundamentais positivados por meio das normas constitucionais. Embora os aludidos direitos apresentem previsão legal de aplicação imediata, na prática, é preciso conferir-lhes justiça, pois não basta apenas fornecer aos homens as leis, mas sim, efetivá-las.

No Brasil, foi com a promulgação da Lei Maior de 1988, considerada um marco para a cidadania e os direitos humanos, que o legislador trouxe inovações significativas no campo dos direitos fundamentais. Veja-se¹¹:

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

Destarte, a referida Carta, denominada de “Constituição - Cidadã”, elaborada após um amplo processo de discussão, representou um momento único na história recente do país, oportunizando a redemocratização do Estado brasileiro, já que causou a ruptura com a ditadura militar, até então vivenciada. Nesse diapasão, concebeu, em seu texto normativo, direitos imprescindíveis à dignidade da pessoa humana.

Feitas essas breves ponderações a respeito dos direitos humanos fundamentais, passa-se, a seguir, a analisar a atuação do Estado na tutela dos direitos de segunda dimensão – os direitos sociais – uma vez que o direito à saúde, objeto do presente estudo, faz parte deste rol.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 63.

2.2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS - DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ATUAL ESTADO DE DIREITO

Para se chegar à atual configuração de Estado - um ente submetido a um conjunto de normas reguladoras - foi preciso haver uma evolução gradual com diversos embates ideológicos. Desse modo, para se compreender sua contemporânea composição é imperativo que seja feita uma concisa abordagem histórica dos desdobramentos da construção moderna de Estado até os presentes dias.

Nesse cenário, parte-se dos inúmeros abusos praticados pelos governantes durante o Estado Absolutista¹², os quais deram origem à luta do povo pelo Estado de Direito¹³, com a reivindicação de uma autoridade que respeitasse a liberdade dos cidadãos e impedisse a concessão de privilégios, ou seja, a limitação do poder estatal e dos indivíduos pela ordem jurídica vigente. Assim, com a implantação desse modelo, a autoridade pública passou a obedecer à supremacia da lei e à hierarquia das normas, respeitando as garantias e direitos dos cidadãos. Sobre o respectivo tema, segue o debate levantado pelo filósofo e pensador político, Norberto Bobbio¹⁴:

Desde a antiguidade o problema da relação entre direito e poder foi apresentado com esta pergunta: “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?” Platão, distinguindo o bom governo do mau governo, diz: “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos,

¹² “A formação do Estado absoluto ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade (a tal ponto que os costumes são considerados direitos válidos apenas na medida em que, por uma ficção jurídica, presumem-se acolhidos ou tolerados pelo rei que não os cancelou expressamente), o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos, - são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização, entende-se o processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central. Num capítulo habitualmente desprezado do *Leviatã* de Hobbes [1651, trad. it pp. 219 ss] dedicado às sociedades parciais, lê-se que dos sistemas regulares os únicos absolutos e independentes, isto é, sujeitos apenas a seus próprios representantes, são os Estados; todos os demais, das cidades às sociedades comerciais, são dependentes (isto é, subordinados) do poder soberano e legítimos apenas na medida em que por ele reconhecidos”. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 115-116.

¹³ “O Estado de Direito condensa, como se sabe, o ideal do governo de leis e não de homens. Ou seja, o império do Direito, do Justo, sobre as relações sociais”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

¹⁴ BOBBIO, *op. cit.*, p. 95-96.

vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades” [Leis, 715d] . Aristóteles, iniciando o discurso sobre as diversas constituições monárquicas, põe-se o problema de saber se é “mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores” [1286a, 9]. A favor da segunda extremidade enuncia uma máxima destinada a ter larga aceitação: “A lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana” [ib.,20] .

Percebe-se que o tema levanta debates desde a antiguidade, corroborando sua importância ainda nos dias atuais, mas sempre havendo o entendimento de que o Estado deve pautar-se nas leis e na aplicação do direito.

O marco consolidador da mudança foi a Revolução Francesa de 1789, influenciada, principalmente, pelas teorias liberais de Locke e Montesquieu. Inspirada pelos ideais iluministas sob o lema: Liberdade, Igualdade e Fraternidade; tratou-se de um movimento social e político que ocorreu na França no final do século XVIII, tendo por objetivo derrubar o Antigo Regime e instaurar um Estado democrático, defensor da divisão dos poderes e guardião das liberdades individuais.

Como consequência desse quadro fático, nasce o Constitucionalismo consagrado pela afirmação do Princípio da Legalidade como meio limitador do Poder e marcado pela garantia de direitos e limitação de poderes da autoridade governativa - as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos. É o que se denominou de Tripartição dos Poderes Políticos. Logo, esse Estado de Direito, Liberal ou ainda Constitucional, como era designado, surge como um resultado das reivindicações dos descontentamentos contra o despotismo¹⁵ que atuava sem lei nem regras, passando o Poder a ser traçado pela Constituição. Nesse sentido, o entendimento de Ferreira Filho, abaixo transcrito¹⁶:

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como leis das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem. A Declaração de 1789 exprime essa ideia no art. 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹⁵ “Nos Estados despóticos, a natureza do governo requer uma extrema obediência; e a vontade do príncipe, uma vez conhecida, deve produzir seu efeito tão infalivelmente quanto uma bola lançada contra outra deve produzir o seu. Não há temperamento, modificação, acomodamentos, termos, equivalentes, conferências, reprimendas; nada de igual ou de melhor para propor; o homem é uma criatura que obedece a outra criatura que quer”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 39.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

Portanto, a Constituição, como Lei Maior, impõe-se a todos os atos de todos os Poderes, dando início ao Estado Constitucional de Direito.

Nessa conjuntura, assiste-se ao surgimento de uma nova técnica de organização do Poder; bem como das Declarações de Direito, merecendo destaque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pela primeira vez, são proclamados os direitos fundamentais e as liberdades do homem, tendo por objetivo abarcar toda a humanidade. Foi por meio dessa nova concepção que surgiram as bases permanentes de organização do atual Estado, em que se encontra a sociedade hodiernamente.

Esse novo modelo de Estado erigiu-se sob a ideia do povo, os cidadãos como soberano, o qual estava disposto a defender as suas liberdades inatas. Todavia, importante ressaltar que o ideal de universalização do regime democrático não chegou a ser efetivado, uma vez que o novo contrato social não previa o direito à cidadania para todos, limitando-a a uma classe social - a burguesia¹⁷ -, a qual era detentora do capital.

Desse modo, a partir do século XIX, sob as influências socialistas, passou-se a se buscar um modelo de Estado com mais igualdade econômica e social, surgindo o Estado Social de Direito. Dessa fase em diante, pode-se dizer que estão dadas as bases do garantismo social. O direito à igualdade social, de fato, passou a ser reivindicado, pois apenas por meio dele poderia o cidadão ser livre. Em virtude dessas reivindicações, nesse período, surgem algumas prestações positivas por parte do Estado como forma de atender o clamor do povo pelas garantias e cumprimento dos direitos sociais, objetivando o mínimo de condições para se ter uma vida digna.

Tal contexto leva a consolidação, no início do século XX, ao Estado de Bem-Estar Social, havendo uma profunda transformação no sistema de relações entre o indivíduo e o Estado com o intuito de promover a melhoria das condições de vida do cidadão. Portanto, esse modelo aparece com a finalidade de superar contradições presentes no antigo, a exemplo do individualismo e abstencionismo estatal. Essa nova organização objetiva colocar o Estado como agente da promoção social e organizador da economia, incumbindo-lhe a garantia dos serviços públicos, da proteção e da defesa à população.

¹⁷ “A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não suplantou os velhos antagonismos de classe. Ela colocou no lugar novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta. Entretanto, a nossa época – a época da burguesia – caracteriza-se por ter simplificado os antagonismos de classe. A sociedade divide-se cada vez mais em dois vastos campos opostos, em duas grandes classes diametralmente opostas: a burguesia e o proletariado”. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. São Paulo: Global, 1988, p. 8.

Na Constituição alemã de Weimar de 1919¹⁸, os direitos de segunda geração, que incorporaram aos direitos fundamentais aqueles de natureza social, econômica e cultural destinados a garantir uma condição de vida mais digna a seus cidadãos, passaram a receber *status* jurídico, permitindo-se, por normas programáticas¹⁹, a primeira abertura para a implementação de direitos de ordem social, cuja efetivação passou a ser de responsabilidade do Poder Público, podendo ser exigidos institucionalmente, já que apresentavam natureza constitucional.

Assim, caminhos foram abertos para a inserção social de camadas excluídas da população. Contudo, a implantação real da República de Weimar com sua integração social e fortalecimento da democracia foi substituída pelo Estado Totalitarista²⁰, baseado na ideologia da segregação racial, dotando o Partido Nazista de poderes, vindo a desencadear um dos maiores massacres da Humanidade: o Holocausto.

2.3 OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Embora a vigência da Constituição de Weimar não tenha se prolongado, representou um marco para o reconhecimento histórico dos direitos sociais²¹. Esse novo modelo de

¹⁸ “Ao final da primeira Guerra Mundial gravíssima era a situação da Alemanha de qualquer ângulo que fosse encarada. Com efeito, as instituições políticas estavam derruídas, a situação social extremamente agravada, as forças da ordem desmoralizadas. Nesse contexto a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos conselhos de operários e soldados – os *Soviets* – à moda bolchevique. Não havia condições sequer para que a Assembleia Constituinte convocada para estabelecer um novo quadro constitucional se reunisse em Berlim, a capital. Por isso, reuniu-se ela em Weimar, de passado intelectual, em que se cultivava (e ainda se cultivava) a figura de Goethe. Elaborou-se uma constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimento de ensino, e a quinta, à vida econômica. Todas essas seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer ‘social’, mesmo quanto às liberdades”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

¹⁹ “As normas constitucionais programáticas são aquelas que veiculam políticas públicas ou programas de governo. São típicas de constituições sociais, tais como a brasileira, pois traduzem a pretensão de cumprir os anseios reconstrutivistas e emancipatórios de uma sociedade marcada por uma profunda desigualdade social”. PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

²⁰ “O estabelecimento de um regime totalitário requer a apresentação do terror como instrumento necessário para a realização de uma ideologia específica, e essa ideologia deve obter a adesão de muitos, até mesmo da maioria, antes que o terror possa ser estabelecido”. ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 26.

²¹ “Ao término da primeira Guerra Mundial – todos o sabem – novos direitos fundamentais foram reconhecidos. São os *direitos econômicos e sociais* que não excluem nem negam as liberdades públicas, mas a

Constitucionalismo Social serviu de inspiração para as próximas constituições europeias e de outros países. Aqui no Brasil, chegou com a Carta de 1934. Foi ela a primeira a enunciar expressamente uma “Ordem Econômica e Social” (Título IV), com avanços notáveis, demonstrando ser uma Constituição predisposta à formatação de um Estado Social de Direito. Todavia a Carta outorgada de 1937 representou um nítido retrocesso aos avanços conquistados em matéria de direitos sociais, pondo fim ao curto período de institucionalidade democrática vivenciado até aquele momento, sofrendo várias influências do pensamento autoritário difundido na Europa. Em seguida, com o anúncio do fim do Estado Novo²² e a promulgação da Constituinte de 1946, busca-se, mais uma vez, o fortalecimento do Estado Social, contudo, a Constituição de 1967, consequência do golpe militar de 1964, embora não tenha modificado estruturalmente os direitos sociais no Brasil, estes passaram a depender da necessidade de uma futura legislação integradora para sua implementação.

Desse modo, o Poder Constituinte Originário, já no preâmbulo²³ da Lei Maior de 1988, ensejou a existência de direitos sociais inseridos em seu texto, com a seguinte previsão: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais...”, acenando, logo de início, sua preocupação com as questões sociais. No entanto, o primeiro momento, dentro do texto constitucional, em que se encontra a previsão do direito à saúde, dentre o rol de direitos sociais, é em seu Título II, Capítulo II, onde já preceitua, de início, o art. 6º²⁴: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

elas se somam. Consagra-os a Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que por isso ganhou imortalidade”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

²² “O Estado Novo constitui um momento político em que se retomou o processo iniciado com a revolução de 30 e se instauraram e desenvolveram as instituições necessárias a permitir o equilíbrio das diversas forças possibilitando a rearticulação do sistema. As reformas se fizeram sob a direção do Estado que, com seus aparelhos reestruturados, atuava através de controles administrativos, permitindo assim envolver os diversos setores da sociedade em um novo sistema de relações, num processo de mobilização econômica e desmobilização política (...). O fortalecimento do Governo Federal se manifestou, principalmente, na concentração de poderes no Executivo. Com o fechamento do Congresso e das Assembleias estaduais, transferiu-se ao ‘Presidente’ o poder de legislar que, além disso, poderia, demitir, transferir, reformar e afastar funcionários civis e militares. Pelo ‘estado de emergência’ decretado, suspendiam-se os direitos políticos e individuais, e quaisquer atos a eles relativos ficavam subtraídos à apreciação judicial. Os partidos e associações ficavam proibidos de funcionar. Aperfeiçoou-se o aparato repressivo e, além da ampliação dos órgãos policiais e de censura, promoveu-se a reorganização e fortalecimento das Forças Armadas”. GARCIA, Néson Jahr. **Estado Novo, ideologia e propaganda política**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/estadonovo.html#0>>. Acesso em 17 de abril de 2015.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de abril de 2015.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de abril de 2015.

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Verifica-se que, embora subjetivos, os direitos sociais não são meros poderes de agir, mas sim, de exigir, sendo prestações concretas a serem proporcionadas pelo Estado, visando à igualização de situações sociais desiguais.

Apesar da Constituição vigente já ter abordado inicialmente os direitos sociais no artigo supramencionado, não lhes compôs em significação, havendo apenas menção a tais direitos. Destarte, foi com o Título VIII que houve uma disciplina da ordem social, quando dispôs o art. 193²⁵: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Neste Título, houve, de fato, uma positivação mais verdadeira sobre o tema, compreendendo a questão relacionada à seguridade social, consoante já se infere do que determina o *caput* do art. 194²⁶: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Nesse cenário, é possível averiguar que o modelo constitucional brasileiro inspirou-se na Constituição de Weimar, visto que prioriza a concretização de reformas sociais, visando à construção de um Estado mais justo.

Sarlet²⁷, ao discorrer sobre o assunto, traz à cena o seguinte comentário:

No âmbito de um Estado social de Direito - e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra - os direitos fundamentais sociais constituem exigências inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.

Portanto, os direitos sociais, de natureza subjetiva, devem ser encarados pelo prisma dos poderes exigíveis, como forma de uma prestação positiva e concreta por parte do Estado, no intuito de construir uma sociedade mais justa livre e solidária, promovendo o bem-estar de todos, uma vez que os referidos direitos guardam uma relação direta com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo imperiosos a uma existência digna. Nesse sentido, posiciona-se Bobbio em A Era dos Direitos²⁸:

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de abril de 2015.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de abril de 2015.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 62.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21.

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

Depreende-se dos transcritos textos doutrinários que o Estado Social se caracteriza como um Estado intervencionista que deve garantir aos cidadãos, por meio da formulação e implementação de políticas públicas, o fornecimento dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos.

2.4 A SAÚDE ELEVADA À CATEGORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 positivou o direito à saúde como direito fundamental social, incluindo-o no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, passando este a ser necessário para a garantia da dignidade do cidadão, enquanto pessoa humana²⁹. Desse modo, o direito social fundamental à saúde foi uma inovação trazida pelo Texto Magno de 1988, o qual foi acolhido do art. 196 aos 200, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Nesse diapasão, determina o art. 196 da CF/88³⁰:

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

²⁹ “O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é certamente uma das grandes conquistas da cultura hodierna. Chocada com as monstruosidades que ocorreram sob os regimes ditatoriais de esquerda e de direita, nos tempos que antecederam e durante a ‘Segunda Grande Guerra Mundial, a consciência da humanidade, reagindo contra os vilipêndios e desrespeitos pela honra e pela vida de massas enormes, expressou na Declaração Universal dos Direitos do Homem sua convicção sobre a dignidade da pessoa humana e a necessidade de afirmá-la, defendê-la e protegê-la’. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (Preâmbulo), a Declaração estatui, no seu primeiro artigo, que: ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade’”. MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: o ser humano num mundo em transformação**. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo, SP: Loyola; Rio de Janeiro, RJ: PUC, 2002, p. 74-75.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2015.

Com esta atitude do constituinte, pode-se perceber a relevância que representa o direito à saúde, como não poderia deixar de ser, haja vista ser indissociável do direito à vida, sendo, portanto, considerado pela doutrina e legislação uma obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) e uma garantia de todo cidadão, ligando-se de forma inarredável à dignidade da pessoa humana.

Da segunda parte do *caput* do artigo em epígrafe, percebe-se, ainda, ter determinado a Constituição que o Poder Público assegurasse ao usuário o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, não podendo se ater a um grupo específico ou a uma classe determinada de indivíduo. Desse modo, veda a criação de distinções entre brasileiros, bem como preferências entre si, por parte dos entes federativos.

Outrossim, verifica-se no dispositivo constitucional a presença de mais dois princípios: o da gratuidade e o da integralidade. O primeiro proíbe qualquer cobrança ao usuário do serviço público de saúde, sendo este financiado através do processo da tributação. Já o segundo, significa que o dever do Estado não pode ser mitigado, uma vez que a saúde exige uma assistência completa com a sistematização de um conjunto de ações que visem à sua promoção, prevenção e recuperação.

Apesar do cuidado do legislador em garantir a máxima proteção, consoante lição de Dallari e Nunes Júnior³¹, o referido dispositivo causa discussões, a saber:

O comando normativo, entretanto, costuma gerar algumas polêmicas, sobretudo quando confrontado à possibilidade de pessoas de maior poder aquisitivo terem acesso ao sistema. Aponta-se, nestes casos, uma eventual violação da equidade, já que a saúde, como direito social, estaria voltada primeiramente aos que não teriam condições de arcar com o respectivo pagamento. Trata-se, contudo, de um falso dilema, já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art. 196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja simultaneamente universal e igualitário. Logo, uma pessoa que possua condição econômica pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições de igualdade com os demais cidadãos, o que acaba por determinar naturalmente uma situação de equidade.

Constata-se do texto acima que o acesso igualitário é, na verdade, o princípio da equidade, ou seja, prestar o mesmo atendimento a qualquer usuário do sistema, levando-se em consideração que as pessoas têm necessidades diferentes, dependendo, cada caso, da análise concreta. Só assim se chegará à igualdade prelecionada e à justiça social.

Merece ainda especial ênfase o art. 198 da Constituição Federal, segundo seus termos, as ações e serviços públicos de saúde compõem uma rede regionalizada e

³¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 73.

hierarquizada, formando um sistema único, o qual se organiza de forma descentralizada com direção em cada esfera de governo, tendo por objetivo o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem, contudo, prejudicar os serviços assistenciais, garantindo a participação popular³², o que veio a ser disciplinado por intermédio da Lei n°. 8.142/90, passando o SUS a contar, em cada ente governamental, com as instâncias colegiadas³³ da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde.

Ressalte-se que a hierarquia acima mencionada diz respeito à organização da complexidade dos serviços postos à disposição da sociedade, e não no que tange à competência das diversas esferas de governo.

Assim, um ente poderá ser forçado, pelo poder Judiciário, a cumprir determinado serviço de saúde não contido no âmbito de sua responsabilidade, diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de que prevalece a solidariedade entre todos eles, independentemente da organização administrativa traçada. Contudo, deve-se observar se há a formalização de política pública já implantada por determinado Ente, o que poderá ocasionar sua definição no polo passivo da demanda, objetivando, desse modo, evitar o debate orçamentário, uma vez que a implementação de uma política pública está sempre sujeito ao seu prévio financiamento.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 698-699.

³³ “Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. § 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. § 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho”. BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm>. Acesso em 19 de abril de 2015.

2. 4. 1 Do conceito jurídico de saúde

Ante o assunto debatido, é importante ressaltar o conceito jurídico de saúde. Segundo o entendimento universal da Organização Mundial da Saúde (OMS) ³⁴, trata-se de um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade como inicialmente chegou-se a defini-lo.

De outra banda, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens³⁵, de 10 de Dezembro de 1948, em seu art. 25, afirma que:

Art. 25. §1º. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Dos entendimentos acima expostos, conclui-se que a saúde é muito mais do que a ausência de doença. Estar saudável significa ter uma boa qualidade de vida, a qual depende da concretização de outros direitos. Logo, constata-se que a saúde tem diferentes dimensões que não só o componente físico, mas também subjetivos. Assim, para caracterizá-la é necessário levar em consideração uma visão sistêmica de contextos econômicos, sociais, políticos e culturais, englobando um processo interdependente de outras variáveis e direitos que circundam o meio em que todo ser humano está inserido.

Nesse mesmo conduto de pensamento, merece destaque a Lei n°. 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde³⁶, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, na medida em que dispôs em seu art. 3º, o que segue *in verbis*:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a

³⁴ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS: Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/o-que-e-a-oms.html> >. Acesso em 21 de abril de 2015.

³⁵ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS: Universidade de São Paulo – USP. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> >. Acesso em: 21 de abril 2015.

³⁶ BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Destarte, percebe-se que a saúde é um estado de bem-estar intrínseco à qualidade de ser humano, sendo essencial à execução de outros direitos para sua plena efetivação.

Ainda segundo Dallari e Nunes Júnior³⁷, o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde enaltece a ideia de saúde como um bem coletivo, uma vez que boa parte das doenças é transmissível, não respeitando as fronteiras entre as Nações.

Logo, a preservação do bem-estar de cada um, depende de aspectos sanitários, ambientais e comunitários, os quais necessitam de uma ampla cooperação, não só entre os Estados, mas também de toda a sociedade, pois os resultados alcançados por qualquer país na promoção e proteção da saúde são preciosos para todos, assim como suas desigualdades na promoção da saúde e no controle das doenças significa uma ameaça comum.

Outro aspecto importante, para os referidos doutrinadores, em destaque, no preâmbulo da Constituição da OMS, é a saúde ser colocada como um bem jurídico de desenvolvimento, por estar sempre em evolução, oportunizando novas descobertas tecnológicas e científicas, as quais devem ser compartilhadas entre todas as Nações.

Das ponderações feitas, é possível concluir que o conceito de saúde, de acordo com o direito contemporâneo, deve ser entendido como um bem fundamental que congloba aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento, tendo por finalidade garantir ao indivíduo seu bem-estar físico, psíquico e social.

Não se pode negar a autoridade da organização internacional na formação atual dessa conceituação de saúde, seja ligada à economia, à tecnologia, à movimentação de pessoas ou à ordem institucional. Procedimentos debatidos em foros internacionais, por exemplo, as pesquisas científicas realizadas em determinadas instituições estrangeiras acabam por influenciar no conceito de saúde implementado pelo direito interno de cada país.

Desse modo, percebe-se que a compreensão jurídica de saúde esta diretamente conectada ao desenvolvimento dos povos de uma forma geral.

³⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p.

2. 4. 2 A repartição de competências adotada pela Constituição Federal de 1988 e as Leis Orgânicas de Saúde

Tendo o legislador constituinte originário optado pela forma federal de Estado é importante que seja analisada a característica da repartição de competências, o que se mostra especialmente relevante na área da saúde. Destaque-se então existir competência de duas naturezas, quais sejam: material e legislativa. A primeira se refere à elaboração de leis, sendo denominadas de comuns³⁸, quando atribuídas, ao mesmo tempo, a mais de um ente da Federação; a segunda, à realização de atividades administrativas, sendo chamadas de concorrentes³⁹, quando outorgadas, simultaneamente, a mais de um ente federativo. A saúde, segundo a Carta Política vigente, constitui objeto das duas competências – legislativa (art. 24, XII e art. 30, II, da CF/88); e material (art. 23, II, da CF/88), reforçado também pelo comando constitucional do art. 198, *caput* e § 1º.

Não há dúvida, portanto, quanto à responsabilidade conjunta, solidária e recíproca dos entes da Federação⁴⁰, no que concerne à garantia da prestação ao direito à saúde no país. Esse é o entendimento que prevalece na jurisprudência dos tribunais pátrios. Todavia, não será, neste momento, prolongado seu debate, sob pena de tornar-se cansativo, haja vista ser melhor analisado no próximo capítulo da presente pesquisa científica.

Nessa conjuntura, inspirando-se nos dispositivos da Constituição da República, o legislador infraconstitucional regulamentou o Sistema Único de Saúde, por meio da edição da Lei nº. 8.080/90, discriminando-o, detalhadamente, indicando a competência de cada esfera e estabelecendo os objetivos, atribuições e princípios do sistema; bem como dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, sem esquecer a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de outros aspectos de igual relevância. Todavia, o Projeto inicial da citada Lei teve vários artigos, que disciplinavam a participação

³⁸ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 de abril de 2015.

³⁹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 de abril de 2015.

⁴⁰ “(...) qualquer um deles pode ser chamado a responder integralmente pelo dever de prestar (...) aquele que for cobrado por determinada prestação pode – e deve – reclamar a devida compensação da unidade da Federação legalmente responsável pelo desempenho da atenção em saúde reclamada. Pode-se, portando, afirmar que a nenhum nível de governo é permitido alegar sua irresponsabilidade pela saúde”. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 105.

da comunidade na gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros no âmbito da saúde, vetados, motivo pelo qual, após forte pressão popular articulada contra o Congresso Nacional e o Poder Executivo, foi promulgada, em 28 de dezembro de 1990, a Lei nº. 8.142, tratando da matéria anteriormente prejudicada. Logo, no território brasileiro, têm-se duas Leis Orgânicas da Saúde - Lei nº. 8.080/90 e Lei nº. 8.142/90.

De acordo com Medeiros⁴¹:

Para fins da Lei nº 8.080/90, o Sistema Único de Saúde (SUS) é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. Estão também incluídas nessa definição legal do SUS as ações e serviços prestados por instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Compreende-se, então, ser o Sistema Único de Saúde um conjunto que engloba todas as ações e serviços de saúde promovidos e prestados pelos entes que compõem o denominado Estado federal brasileiro, envolvendo desde a atenção básica à alta complexidade, tendo por finalidade assegurar o acesso universal e igualitário da população à assistência à saúde. Nesses termos, preceitua o *caput* do art. 2º e seu § 1º, da Lei Federal⁴² – 8.080/90. Enfatize-se ainda que, conforme disposto no § 2º, do art. 4º, da referida Lei, a iniciativa privada também poderá participar do Sistema Único de Saúde, em caráter complementar.

Nesse cenário, as Leis Orgânicas de Saúde - 8.080/90 e 8.142/90 – são de extrema importância para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde, regulamentando-o em todo o território nacional e lhe imprimindo a característica do controle social, através da participação da comunidade em sua gestão; bem como disporo a respeito das transferências de recursos financeiros e reafirmando a saúde, enquanto condição de direito universal e fundamental do ser humano.

⁴¹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 75-76.

⁴² “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

3.1 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

Embora a Carta Política de 1988 tenha instituído a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, atendendo assim aos anseios da luta travada pela Reforma Sanitarista⁴³, na prática, passados quase 30 (trinta) anos de sua promulgação, o mandamento constitucional ainda não é efetivado como deveria por meio das devidas políticas sociais e econômicas de competência do Poder Público.

A esse respeito, impende trazer o comentário de Medeiros⁴⁴:

Desse modo, não há dúvida de que, no tocante ao direito à saúde, a Constituição de 1988 impôs ao legislador ordinário o dever de encetar as ações públicas destinadas à garantia do mencionado direito social da forma mais efetiva possível. Sobreleva-se, no ponto, o papel do Legislativo e do Executivo (enquanto protagonistas do processo legislativo) na avaliação das numerosas variantes técnicas e políticas que tîmbram a elaboração, execução e avaliação de determinada política pública.

Assim, em virtude da insuficiência ou omissão⁴⁵ na prestação do direito à saúde pelos poderes competentes constitucionalmente, o Judiciário brasileiro acaba por se tornar uma via direta para a concretização do referido direito, o que vem se intensificando a cada ano, principalmente, a partir da década de 90. Esse fenômeno, de interferência do Poder Judiciante, no âmbito do direito à saúde, com o objetivo de preencher lacunas deixadas pela falta das ações públicas, denomina-se, segundo a doutrina, “judicialização da saúde”.

⁴³ “O movimento da Reforma Sanitária nasceu no contexto da luta contra a ditadura, no início da década de 1970. A expressão foi usada para se referir ao conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde. Essas mudanças não abarcavam apenas o sistema, mas todo o setor saúde, em busca da melhoria das condições de vida da população”. FIOCRUZ. **Reforma Sanitária**. Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria>>. Acesso em 23 de abril de 2015.

⁴⁴ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 99.

⁴⁵ “Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma *exigência constitucional de ação*, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 1089.

Faz-se necessário aqui esclarecer que o termo “judicialização” apresenta diversas abrangências. Para Milton Augusto de Brito Nobre, quem melhor define seu significado é o jurista Luis Roberto Barroso⁴⁶:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.

Portanto, vê-se que Barroso descreve a expressão sob análise, em seu sentido mais amplo, designando-a como a crescente transferência de responsabilidade na solução de temas de competência das outras instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário, diante da ausência daquelas. Entretanto, consoante ensinamento de Nobre⁴⁷, a expressão “judicialização”, de forma mais específica, também é utilizada com outros significados, os quais, inclusive, são de interesse direto, na presente pesquisa científica. A saber:

Usa-se também *judicialização* para designar a notória prevalência que, nas últimas décadas do século passado e nesta primeira, em vias de encerramento, do atual, o Judiciário vem ganhando na solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive àqueles decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar a amplitude desses direitos. Como *judicialização*, denomina-se ainda a crescente transferência para a competência do Poder Judiciário, em diversos países, das questões relativas à cidadania e aos procedimentos eleitorais destinados à escolha dos dirigentes políticos, bem como aquelas referentes à mudança de regime político, à *justiça transicional* ou à nacionalidade, o que Ran Hirschl chama de *judicialização da política pura* ou da *megapolítica*.

Nesses casos, trata-se da “judicialização da política”, incluindo, no primeiro exemplo, de modo estrito, “judicialização de políticas públicas”, onde se insere o tema “judicialização da saúde”.

⁴⁶ BARROSO *apud* NOBRE, Milton Augusto de Brito. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 356-357.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 357-358

Antes de se continuar a contenda, faz-se mister transcrever o entendimento de Barroso⁴⁸ na distinção entre “judicialização” e “ativismo judicial”, uma vez que as mencionadas expressões apresentam uma linha tênue entre si. No entanto, no que se refere às suas origens são completamente diferentes. Por isso, é preciso bastante cautela para não haver uma confusão de definições e interpretações.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Da citação, percebe-se que, embora próximos, os fenômenos da “judicialização” e “ativismo judicial”, são diferentes. Enquanto neste os magistrados agem de forma proativa na interpretação de questões que seriam de responsabilidade de outras instâncias, por sua própria vontade; naquele, a intervenção se dá por ausência de alternativa com o objetivo de se dirimirem os litígios formados, em virtude da falta de cumprimento das obrigações impostas aos outros poderes.

O fato é que o assunto “judicialização”, nos últimos anos, tem tomado conta dos tribunais brasileiros, especificamente, no que se refere ao direito à saúde, transformando o

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 23 de abril de 2015.

status quo anterior. Nesse cenário, Barroso⁴⁹, traz as três grandes causas dessa mudança, no Brasil.

A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Cumprido destacar, então, que o crescimento exponencial que se convencionou nomear de “judicialização” deve-se, em primeiro lugar, ao processo de redemocratização do Brasil, principalmente, com a promulgação da Carta Política de 1988. Somam-se a isso a independência e imparcialidade alcançadas pelo Judiciário, em seu relacionamento com os

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em 23 de abril de 2015.

demais poderes, através das garantias⁵⁰ e vedações a seus membros⁵¹, tornando-se um verdadeiro assegurador da justiça; bem como a crescente conscientização do povo brasileiro em relação aos seus direitos, oportunizado pelo Estado Democrático, o que se intensificou, ainda mais, com a ampliação e democratização do ensino superior no país recentemente. Isso, sem dúvida alguma, acaba por ensejar um significativo acréscimo na propositura de demandas judiciais.

De outra banda, a expansão institucional do Ministério Público com o profundo alargamento de suas funções e a presença crescente da Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe como atribuição precípua prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados na forma da Lei.

Em segundo lugar, o crescimento da busca pelo Poder Judiciário é a constitucionalização abrangente adotado pela nossa Carta Magna de 1988, conforme expõe Barroso, no texto supracitado; e, em terceiro e último lugar, é o controle de constitucionalidade adotado pelo sistema brasileiro⁵², o qual permite que o Poder Judiciário interceda com o intuito de fazer valer os ditames constitucionais.

⁵⁰ “As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégios dos magistrados, mas sim como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência e autonomia do judiciário”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 499.

⁵¹ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 de abril de 2015.

⁵² “A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorra, pode modificá-la ou suprimi-la. A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário”. MORAES, *op. cit.*, p. 699.

3. 2 ANÁLISE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O tema da judicialização tem alcançado uma relevância tão grande que já foi objeto de Audiência Pública⁵³ no Supremo Tribunal Federal – STF, em 2009. A convocação da Audiência foi justificada pelo então presidente do Supremo, o Ministro Gilmar Mendes, pela existência de diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada, as quais aguardavam julgamento naquela Corte, objetivando suspender as medidas cautelares anteriormente deferidas e que determinavam as prestações de saúde pelo Poder Público.

Na ocasião, foram ouvidos 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde⁵⁴. Destarte, vários setores da sociedade e do Estado se reuniram na tentativa de debater as dificuldades do Sistema Único de Saúde brasileiro, bem como o crescente fenômeno da judicialização, objetivando, portanto, chegarem a prováveis soluções para o quadro fático apresentado.

Em sua fala de abertura, o Ministro Gilmar Mendes⁵⁵, presidente do Supremo à época, ressaltou que:

A Audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. (...) O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

⁵³ “A possibilidade de convocação de audiências públicas para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, quando o relator do processo entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, está prevista no art. 21, XVII, do Regimento Interno do STF”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 721.

⁵⁴ Para consultar os documentos, vídeos, falas e outros materiais referentes à matéria discutida durante a Audiência Pública, tais como a legislação correlata, bibliografia e jurisprudências temáticas, deve-se acessar o endereço eletrônico: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 24 de abril de 2015.

⁵⁵ Para consultar a fala de abertura da Audiência Pública nº 4, convocada em 5 de março de 2009 pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, acessar o endereço eletrônico: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura da Audiencia Publica M GM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_M_GM.pdf)>. Acesso em 24 de abril de 2015.

Desse modo, entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio debateu-se o Sistema Único de Saúde, a judicialização e, conseqüentemente, o direito à vida, no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Vários atores sociais se reuniram com um fim comum: a propagação de informações e a busca de alternativas ou soluções para as demandas judiciais relativas às prestações de saúde, conhecimento este que, *a posteriori*, estaria apto a auxiliar na instrução, não só dos processos daquela Suprema Corte, como de todo o Poder Judiciário. Restou evidente, durante o debate, que a solução para a atual problemática só será possível através da união dos poderes.

Nesse sentido é que o direito fundamental à saúde foi considerado, na Carta Política de 1988, uma competência comum dos entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), cabendo, portanto, ao Estado brasileiro a prestação dos serviços de saúde. De outra banda, ficou clara a necessidade do reforço na ação conjunta desses entes, no intuito de se cumprir o mandamento constitucional⁵⁶.

Outro ponto que merece a devida atenção é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal depois da realização da Audiência, em seus diversos julgados sobre as mais variadas espécies de prestações relativas às demandas judiciais da saúde a que é submetido decidir. Assim, embasando-se nas explicações apresentadas em seu Plenário, durante o segundo trimestre de 2009, aquela Corte julgou, em 17 de março de 2010, os seguintes recursos: Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e a Suspensão de Liminar (SL) 47⁵⁷. O julgamento do Supremo foi favorável aos pacientes nos processos *supra*, indeferindo os recursos interpostos pelo Poder Público contra as decisões que determinavam a assistência das prestações de saúde, como por exemplo, a obrigatoriedade de fornecer medicamentos de alto custo e tratamentos não oferecidos pelo SUS. Contudo, Gilmar Mendes, de forma prudente, ressaltou que cada caso deve ser estudado individualmente.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 722.

⁵⁷ SILVA, Gabriela Galiza. **A Judicialização do direito à saúde e o impacto decisório no fornecimento de medicamentos**. Natal, 2012. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, p. 105.

Ao discorrer sobre as questões controversas que cercam a efetivação do direito fundamental à saúde, o Ministro destacou, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175⁵⁸ que:

Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR nº 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR nº 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010).

Na oportunidade, o Ministro evidenciou sua apreensão com o tema da judicialização da saúde, passando a julgar o caso, levando em conta as informações colhidas durante a Audiência Pública⁵⁹.

(...) A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (...). (Vorbehalt des Möglichen). (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010).

Gilmar Mendes enfatiza as teses controversas desse assunto tão importante e fundamental ao ser humano, bem como assinala que as divergências doutrinárias nessa seara procedem, sobretudo, em determinar *se, como e em que medida* esse direito se traduz em público subjetivo de natureza prestacional por parte do Estado, podendo vir a ser pleiteado pela via judicial. Dá ênfase, ainda, à necessidade de haver uma compatibilização entre os postulados da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, assunto que será debatido no próximo tópico deste trabalho. E continua⁶⁰:

⁵⁸ Para visualizar o texto integral do Acórdão proferido em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 visitar o endereço eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 24 de abril de 2015.

⁵⁹ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 24 de abril de 2015.

⁶⁰ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 24 de abril de 2015

(...) O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (...) levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública** (...). Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. (...). (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010). (Grifos do autor).

O referido jurista chama a atenção para a grandiosidade que a judicialização da saúde tem atingido nos últimos tempos, realçando, de um lado, o papel do Poder Judiciário, enquanto garantidor do exercício efetivo da cidadania; e, do outro, a tensão que as decisões judiciais provocam entre os elaboradores e executores das políticas públicas (Legislativo e Executivo, respectivamente). Contudo, de acordo com o constitucionalista, uma das primeiras conclusões que se pôde chegar, após a Audiência Pública da Saúde, é que o problema talvez não seja de interferência do Poder Judiciário no âmbito da criação e implementação de políticas públicas no que concerne à matéria da saúde. Segundo o entendimento que sobressaiu das discussões sobre o tema, o que acontece, na quase totalidade dos casos, é que o Poder Judicante é chamado a se pronunciar a respeito da efetivação de políticas públicas já existentes no país. Portanto⁶¹:

(...) Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. (...) (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010). (Grifos do autor).

⁶¹ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 24 de abril de 2015

Nessa esteira, ao analisar um caso concreto a que é submetido, o magistrado deve avaliar a existência, ou não, de política pública que inclua a prestação do direito requerido pelo demandante, devendo identificar, em caso negativo, o responsável por sua omissão, e conseqüentemente, o motivo, pois, pode ser que exista, por exemplo, uma vedação legal a sua dispensação. Nesse sentido, o *caput* do art. 12, da Lei Federal nº. 6.360/76⁶², determina que: “Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. Do transcrito dispositivo, é possível constatar que a Administração Pública não pode fornecer fármaco, sem seu devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Para tanto, o art. 16 da referida Lei estabelece os requisitos e exigências para a aquisição do registro. Tal conduta reveste-se de uma garantia à saúde pública, já que, por um lado, atesta a segurança e a eficácia do produto e, por outro, realiza a regulação econômica dos fármacos no mercado brasileiro, consoante palavras do Diretor – Presidente da ANVISA, por ocasião da Audiência Pública⁶³:

(...) 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. (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010).

Logo, percebe-se que o registro do medicamento também é imprescindível como requisito que se coaduna à racionalização dos gastos públicos no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Apesar da determinação contida no art. 12 da Lei Federal em epígrafe, faz-se mister destacar não ser a referida regra absoluta, ante a permissão prevista no dispositivo legal que criou a ANVISA - Lei nº 9.782, de 26 de Janeiro de 1999. Segundo a mencionada Lei⁶⁴, a Agência poderá dispensar de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de

⁶² BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de Setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, Publicado do Diário Oficial da União em 24 de Setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16360.htm>. Acesso em 25 de abril de 2015.

⁶³ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 25 de abril de 2015

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 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. Brasília, Publicado no Diário Oficial da União em 27 de Janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em 25 de abril de 2015.

organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Outro dado levantado nos debates e que deve ser analisado é se há motivação para o não fornecimento de determinada prestação de saúde pela rede pública. Nesse caso, duas situações são analisadas: 1º) O SUS fornece um tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente no seu caso concreto, ou; 2º) o SUS não contempla nenhum tratamento específico para determinada patologia. Quando ocorrerem essas hipóteses, o posicionamento a que se chegou, na Audiência Pública da Saúde é que⁶⁵:

(...) podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. (...). Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. (...). (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010). (Grifos do autor)

Aqui, algumas observações são necessárias. Primeiro, o Sistema Único de Saúde se filiou a corrente de “Medicina com base em evidências”. Com isso, foram adotados os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” – conjunto de critérios que permitem decidir o diagnóstico de doenças e o tratamento adequado com os medicamentos disponíveis e suas respectivas doses. Desse modo, aquele medicamento ou tratamento que divergir de tais protocolos deve ser visto com cuidado porque tende a ir contra um entendimento científico vigente. Nesse cenário, a Administração Pública pode resolver não custear, através do SUS, um determinado tratamento de saúde, por compreender que inexistem evidências científicas de seus benefícios para o paciente. Do contrário, o fornecimento de toda e qualquer demanda de saúde, ocasionaria uma grave lesão à ordem administrativa, podendo levar ao comprometimento do Sistema, o qual já apresenta uma deficiência em seus recursos públicos.

Contudo, os Protocolos não são inquestionáveis, estando sujeitos à contestação judicial, bem como à revisão periódica, inclusive, com criação de novos. Destarte, caso o demandante consiga provar a ineficácia do tratamento disponibilizado pelo SUS, observa-se a

⁶⁵ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 25 de abril de 2015

possibilidade de deferimento da medida pleiteada judicialmente. Entretanto, se isso não ocorrer, o serviço prestado pelo SUS será o privilegiado.

No segundo caso, a situação é diferente. Refere-se aos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS. Aqui, é preciso separar os tratamentos meramente experimentais daqueles novos que ainda não foram testados pelo Sistema. Veja-se⁶⁶:

(...) Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado dobrado na apreciação da matéria. (...) **parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.** (...). (AgReg na STA 175 – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe nº 76, Divulgação 29/04/2010, Publicação 30/04/2010). (Grifos do autor).

Os tratamentos em fase experimental, os quais ainda não tiveram sua eficácia comprovada cientificamente pelos laboratórios de pesquisas, não podem ser fornecidos pelo Estado. Como ficou claro na fala do Dr. Paulo Hoff⁶⁷, Diretor Clínico do Instituto do Câncer de São Paulo, essas drogas não podem ser comercializadas em nenhum país, pois nunca foram aprovadas ou avaliadas, devendo ser disponibilizadas somente na seara dos estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não havendo obrigatoriedade do seu fornecimento por parte do SUS. A única exceção é que o laboratório deve continuar a fornecer o tratamento aos pacientes que participavam do estudo clínico, mesmo após o seu término.

Já no que se refere à inexistência de tratamento pela rede pública, a simples falta de Protocolos não pode impedir a busca pelo provimento jurisdicional. Assim, fica permitido a judicialização do direito pleiteado, porém, esse tipo de ação exige uma ampla instrução probatória, devendo abarcar o máximo de provas acerca da legitimidade, eficácia e segurança da prestação de saúde que se tenta conseguir pelas vias judiciais. Isso pode acabar por dificultar seu deferimento.

Ademais, enfatize-se que, embora a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas vise a uma melhor distribuição dos recursos públicos e à segurança dos pacientes, pode acabar por impedir o acesso de usuários do SUS a tratamentos e serviços

⁶⁶ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 25 de abril de 2015

⁶⁷ Consulta do inteiro teor do Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 25 de abril de 2015

há tempos já disponibilizados pela iniciativa privada, diante da demora na aprovação de novas indicações terapêuticas, o que, inevitavelmente, significa uma violação ao princípio da integralidade do Sistema e uma diferença em relação aos serviços acessíveis aos usuários da rede pública e da privada. O ideal é evitar a padronização das petições, contestações e sentenças, pois cada caso concreto tem suas especificidades, as quais devem ser analisadas, minimamente, no litígio posto à apreciação do Judiciário.

No que tange ao quesito da solidariedade dos entes federados, o Supremo conservou o posicionamento que matinha anteriormente, qual seja, o da responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse sentido, segue recente julgado daquela Suprema Corte⁶⁸:

Decisão: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHE CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS. CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. O presente recurso extraordinário revela-se processualmente inviável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em estrita conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. **Com efeito, no tocante à responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal brasileiro, esta Suprema Corte firmou orientação consubstanciada em acórdãos assim ementados: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.”** (...). (RE 862644 PE, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 12/02/2015, DJe-038, Divulgação 26/02/2015, Publicação 27/02/2015). (Grifos nossos).

⁶⁸ Para visualizar o texto integral da decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, visitar o endereço eletrônico: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25360596/recurso-extraordinario-re-862644-pe-stf>>. Acesso em 26 de abril de 2015.

Da análise da decisão do presente recurso, resta comprovado que a competência pelos serviços de saúde é do Estado, enquanto gênero, sendo de sua responsabilidade, através de ações conjuntas e coordenadas, dar pleno cumprimento ao mandamento constitucional. Assim, são legítimos para figurar no polo passivo das demandas da saúde a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, e os Municípios. Tal posição pode ser fundamentada, inclusive, no art. 195, da Constituição Federal⁶⁹, segundo o qual o financiamento da saúde advém do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Por fim, não merece amparo a alegação de que o deferimento, via judicial, de pedidos de tratamentos ou de medicamentos de alto custo com registros na ANVISA poderiam causar grave lesão à economia e à saúde públicas, oportunizando o denominado efeito multiplicador, uma vez que o registro na Agência não é satisfatório para afastar seu provimento pelo Poder Público. Além do mais, cada caso deve ser analisado de acordo com suas particularidades.

De tudo o que foi exposto até aqui, infere-se que a Audiência Pública da Saúde foi um momento de grande difusão do conhecimento a respeito do tema da judicialização da saúde, ensejando o surgimento de parâmetros orientadores nas futuras apreciações pelo Poder Judiciário, no que alude à garantia da efetividade do direito fundamental à saúde no país.

3. 3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Teoria da Separação dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), embora tenha sido fundamentada nos pensamentos de Aristóteles e Jonh Locke, foi desenvolvida e consagrada pelo filósofo iluminista Montesquieu. Mencionada divisão, hodiernamente, se apresenta como um dos princípios fundamentais da formação do Estado de Direito, significando independência, equilíbrio e harmonia entre as esferas. Essa tripartição de

⁶⁹ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de abril de 2015.

funções, prevista no art. 2º da Constituição Brasileira⁷⁰, a qual, inclusive, foi elevada à condição de cláusula pétreia (art. 60 § 4º, III)⁷¹, delimita o uso do poder pelo Estado e, conseqüentemente, evita possíveis abusos, por meio do sistema de mútua fiscalização. É o que se denomina “*checks and balances*” ou “freios e contrapesos”.

Preliminarmente, cumpre observar que o uso da expressão “separação de poderes” é impróprio, pois o poder estatal é uno e indivisível. Desse modo, o termo se refere a uma divisão de funções entre os distintos órgãos do Estado. Logo, segundo Passos⁷², “separação de poderes” ou “tripartição de poderes” são usados por questões de convencionalismo terminológico.

Montesquieu defendeu a divisão dos Poderes em sua famosa obra *O Espírito das Leis*, no Livro XI – *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição* -, capítulo VI – *Da constituição da Inglaterra*, onde externa o seguinte⁷³:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (...). Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; por que se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Portanto, para o filósofo iluminista, seria essencial estabelecer a separação dos poderes, tendo cada um a sua independência e seus limites. Isso evitaria o abuso do poder por parte daqueles que o detenha em suas mãos como ocorria no período absolutista. Assim, por meio do “sistema de freios e contrapesos” é possível evitar as arbitrariedades, conservando o

⁷⁰ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de abril de 2015.

⁷¹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de abril de 2015.

⁷² PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

⁷³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168.

devido equilíbrio entre os três poderes, os quais Montesquieu chamou de: Legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes – atual Executivo – e Executivo das coisas que dependem do direito civil – atual Judiciário.

De acordo com o sistema hodierno, cada poder estatal tem sua função típica: ao Legislativo cabe o dever de legislar e fiscalizar; ao Executivo, administrar a coisa pública; e ao Judiciário, julgar e guardar a Constituição. Logo, cada um tem sua função distinta, de forma harmônica e independente. No entanto, afirma Passos, conforme abaixo exposto, ser impossível haver uma separação absoluta⁷⁴:

Vale recordar a impossibilidade de uma separação absoluta entre os poderes; qualquer um deles sempre exercerá as funções de outro, ainda que de forma secundária. O Executivo sempre precisará julgar os conflitos administrativos que lhe são colocados, ou ainda normatizar matérias afetas à sua competência. Os limites que lhe são impostos pelo princípio da legalidade não desqualificam o caráter normativo de tais regulamentações. O Legislativo e o Judiciário sempre terão que administrar seu pessoal e os serviços que são por eles executados para fins de viabilização das suas atividades finalísticas. Não há como pensar no regular exercício de suas funções típicas sem o exercício daquelas atípicas, não se podendo falar, portanto, em separação absoluta de poderes, mas apenas em primazia no exercício de determinada função.

Conclui-se do trecho acima transcrito que é impossível existir uma total separação dos poderes, o que, inclusive, não se mostra desejável no atual Estado Democrático de Direito em que se encontra a sociedade. Assim, embora cada Poder tenha sua função típica, ele sempre acabará por desempenhar aquelas denominadas atípicas, ou seja, de responsabilidade do outro, pois, de fato, o que há é uma prioridade de funções em detrimento de outras.

Nas palavras de Montesquieu⁷⁵: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. Ressalte-se que não se trata de uma total separação desses órgãos, mas sim de um controle equilibrado entre eles.

O Princípio da Separação dos Poderes adquiriu uma importância tão grande que, nas cartas políticas liberais escritas, chegou a ser elevado à condição necessária para a existência de uma Constituição. Isso é o que se deduz da Declaração dos Direitos do Homem e do

⁷⁴ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

Cidadão, em seu art. 16, senão vejamos⁷⁶: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”. Desse modo, o princípio foi erigido pela Declaração a item configurador da existência de uma Constituição.

Contudo, para se interpretar a teoria desenvolvida por Montesquieu, na atualidade, é preciso levar em consideração os ideais liberalistas que a influenciaram e o contexto histórico daquela época, período caracterizado por arbitrariedades decorrentes da falta de limites ao poder soberano; bem como atentar para o fato de a Carta Política pátria contemporânea ser considerada eclética, abarcando diversas ideologias. Por isso, deve ser compreendida dando a devida atenção ao processo evolutivo pelo qual a ciência jurídica passou durante esse interregno. Para Passos⁷⁷, a prova de que a teoria consagrada por Montesquieu não mais se adapta à realidade atual é a previsão, no texto constitucional, dos inúmeros instrumentos de controle judicial de constitucionalidade. Sobre o tema, leciona:

Esse sistema de pesos e contrapesos está muito bem definido na Constituição de 1988, bastando recordar que o Executivo participa do processo legislativo, seja por meio de iniciativa legislativa, da propositura de medidas provisórias, ou ainda pelo poder de veto sobre os projetos de lei aprovados na Câmara e no Senado. Compete-lhe ainda nomear os membros do judiciário federal. O Legislativo, por sua vez, promove o controle das contas do Executivo, pode rejeitar o veto promovido pela autoridade presidencial e julga os processos de *impeachment* contra o presidente e os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a Carta Política vigente garantiu o exercício moderado do poder como forma de defender o regime democrático e os direitos fundamentais, na medida em que determinou o sistema de controle recíproco entre os Poderes da República Federativa do Brasil, limitando assim o poder pelo próprio poder através do mecanismo de “freios e contrapesos” ou “*checks and balances*”.

Nessa conjuntura, haja vista ser o direito à saúde um direito fundamental assegurado na Constituição brasileira, quando ocorrer o seu descumprimento pelo Poder Público competente, embora a corrente mais conservadora defenda que a intervenção judicial ofende o dogma da separação de poderes, legitima-se a interferência do Judiciário como via de efetivação do dever garantido constitucionalmente, sem, contudo, configurar uma intromissão entre as esferas estatais. Referida conduta, além de contribuir para o fortalecimento do Estado

⁷⁶ FERREIRA FILHO *apud* MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 88-89.

⁷⁷ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

Democrático de Direito, pode, inclusive, encontrar justificativa no Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional⁷⁸, previsto em nossa Lei Maior, segundo o qual o cidadão que sofrer uma lesão ou ameaça ao seu direito poderá socorrer-se da apreciação do Poder Judiciário. Assim, fica evidente a importância do Judiciário, enquanto garantidor das aspirações democráticas assumidas constitucionalmente, diante da incapacidade de cumprimento de suas atribuições por parte dos demais poderes.

No que tange à matéria, destaca-se o entendimento adotado, em sede recursal, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1136549 RS 2009/0076691-2⁷⁹, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.
 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. **Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.** 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1136549 RS 2009/0076691-2, Rel. Min. Humberto Martins, T2 - Segunda Turma, DJe 21/06/2010). (Grifos nossos).

⁷⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de abril de 2015.

⁷⁹ Para consultar o julgamento em sua integralidade, deve-se acessar o endereço eletrônico: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>>. Acesso em 27 de abril de 2015.

Como forma de consolidar o julgado acima, segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do referido tema, consoante demonstrado na ementa do julgamento dos Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 834566 RN⁸⁰. Veja-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. **O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.** Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 834566 RN, Rel. Min. Roberto Barroso, Julgamento: 18/11/2014, Primeira Turma, acórdão eletrônico DJe-249 divulgação: 17-12-2014 publicação: 18-12-2014). (Grifos nossos).

Segundo as jurisprudências supramencionadas, demonstrada a omissão do Poder Público no que se refere à sua responsabilidade constitucional de assegurar ao cidadão o seu direito fundamental à saúde, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando, diante dessa inércia da Administração, o Poder Judiciário intervir para garantir o citado direito indispensável à garantia da saúde daquele que busca o provimento jurisdicional. Ademais, apesar de haver a prioridade de um ou outro poder em determinada função, os três são corresponsáveis pela concretização dos direitos fundamentais.

Ao discorrer sobre o assunto, o autor pátrio Leonardo Augusto Gonçalves⁸¹ traz à cena comentário do doutrinador Jorge Neto, *in verbis*:

Sendo certo que o sistema jurídico não pode substituir o sistema político na escolha das políticas públicas, não menos correta é a afirmação de que o Poder Judiciário pode (e deve) cumprir importante papel no sentido de efetivá-las, impondo aos poderes Executivo e Legislativo, em caso de violação aos direitos e garantias

⁸⁰ Para consultar o julgamento em sua integralidade, deve-se acessar o endereço eletrônico: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339173/embdecl-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-834566-rn-stf/inteiro-teor-159293474>>. Acesso em 28 de abril de 2015.

⁸¹ JORGE NETO *apud* GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 298-299.

fundamentais, uma atuação política que importe na imediata escolha e efetivação das políticas públicas que possam remediar ou estancar a ofensa aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Se a observação do quadro atual aponta para o entendimento de que as ferramentas jurídicas que possibilitam essa atuação ainda são incipientes, isso não significa dizer que não tenham validade ou eficácia, mas sim, que há um vasto campo para vê-las progredir. Os instrumentos jurídicos capazes de possibilitar uma maior, mais eficaz e mais rápida interação entre o Poder Judiciário e o sistema político, possibilitando respostas mais adequadas às demandas sociais, podem ser aperfeiçoados sem que necessariamente haja uma usurpação da função política pelo Poder Judiciário.

Dentro dessa perspectiva, quando o Poder Judiciário é chamado ao centro das políticas públicas, no intuito de garantir, por exemplo, o direito fundamental à saúde, por não ter sido este adotado pelo Poder Público, ele tem a obrigação institucional de tutelar o referido direito, sem que isso signifique a quebra da tripartição de poderes (ou de funções). Tal interação, inclusive, pode ser ampliada, por meio do aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos aptos a melhor promover esse controle jurisdicional das políticas públicas.

3. 4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* O POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O fortalecimento do humanismo através do Movimento Iluminista do século XVIII, o qual se calçou na razão, a fim de reformar a sociedade, acabou por trazer consigo uma cadeia de consequências que influenciou de forma definitiva no desenvolvimento da ideia de dignidade humana, sendo essa, alicerce dos fundamentos dos direitos fundamentais e da valorização do Homem como um fim em si mesmo com capacidade para escolher seu próprio caminho e suas decisões sem a interferência ou impedimento de terceiros.

Gonçalves, citando Barcellos, informa que⁸²:

Na história recente, temos que a reação aos horrores do nazismo e do fascismo levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana como valor máximo dos ordenamentos jurídicos, sendo reconhecido como princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países introduziram em suas constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (*e.g.*, Alemanha, Portugal, Espanha e Bélgica), e também a Constituição brasileira de 1988 trouxe referido princípio, pela primeira vez, no art. 1º, III, desenvolvendo-o de

⁸² BARCELLOS *apud* GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 119.

forma analítica ao longo de seu texto em diversos dispositivos que, de forma clara, mostram-se permeados pelo ideal de valorização do homem enquanto sujeito de direitos.

A partir desse momento, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi elevado ao *status* de princípio constitucional, sendo positivado, tornando-se norteador dos ordenamentos jurídicos, inclusive do sistema brasileiro, onde funciona como núcleo dos fundamentos da República e base do Estado Democrático de Direito. Nesses termos, a referida previsão constitucional surge com o intuito de proporcionar uma vida digna ao indivíduo. Todavia, este só terá sua dignidade respeitada quando ocorrer o reconhecimento, proteção e efetivação de seus direitos fundamentais no plano material. Do contrário, estar-lhe sendo negada sua própria dignidade.

Nesse cenário, existe uma relação direta entre os direitos fundamentais sociais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o dever estatal de assegurar o mínimo existencial ao ser humano para a manutenção de sua vida e de sua integração na sociedade. Garantia esta que, em atenção à sua imprescindibilidade, independe da discricionariedade e conformação do legislador e da Administração. Assim, significa omissão, por parte do Estado, quando este deixa de adotar as políticas públicas indispensáveis à realização do mínimo vital, as quais se encontram descritas no enunciado do texto constitucional e, por isso, tornam-se exigíveis do Poder Público.

Trazendo a discussão para o tema da saúde, preleciona Barcellos⁸³:

É claro que, além desse conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom, e constitucional, que o faça. A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido. Há aqui um ponto importante. O Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não deverá fazê-lo em relação a outras que estejam fora desse conjunto. Salvo, é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos – afora e além do mínimo – hajam sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei. Também aqui caberá ao Judiciário dar execução à lei. No caso do mínimo existencial, entretanto, a eficácia decorre diretamente do texto constitucional e prescinde da intervenção legislativa. Ou seja: compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. Ano. 1. nº. 1. p. 133-160. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2015, p. 140-141.

Em resumo, para a estudiosa Ana Paula Barcellos, o Poder Público poderá, beneficentemente, decidir prestar outras necessidades de saúde, além daquelas que fazem parte do conjunto de prestações mínimas previstas na Lei Maior. Contudo, explica a autora que em relação aos serviços de saúde, compreendidos dentro daquilo que se concebe como mínimo existencial, poderá, e deverá, o Poder Judiciário determinar o seu fornecimento, independentemente, de haver uma ação específica da Administração ou do Legislativo, porém, o mesmo não ocorrerá no que concerne às prestações que estão além desse conceito, exceto se já apreciadas por opções políticas na forma de leis.

Todavia, para a efetivação desses direitos, é preciso seu financiamento por meio dos recursos públicos, os quais integram a receita estatal, tendo esta como principal fonte a prévia arrecadação dos tributos impostos aos próprios cidadãos. Nessa esteira, tem-se um ponto a destacar, qual seja: se por um lado é certo que o Estado deve garantir ao cidadão os direitos fundamentais; por outro, como se sabe, os recursos públicos são escassos e finitos. Essa é uma problemática que, em relação ao direito à saúde, vem causando fervorosas discussões no ordenamento jurídico pátrio. Sobre o tema prelecionam Nunes e Scaff⁸⁴:

(...) é através do Orçamento que são estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que é possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. A partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação daquele direito possui em uma dada sociedade, em certo período. De nada adianta falarmos de direitos, em especial dos direitos sociais, se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabelece para sua realização. A singela proclamação de direitos *custosos* serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação.

Os direitos sociais, através das demandas prestacionais, demandam recursos para sua satisfação. No Brasil, é o Poder Legislativo quem dita as prioridades dos gastos públicos por meio do sistema orçamentário. Já ao Poder Executivo, incumbe-lhe a função de realizar os gastos, implementando as políticas públicas da saúde, nos termos da Lei, apesar de haver certa discricionariedade administrativa.

Nessa conjuntura, surge a Teoria da Reserva do Possível, no âmbito do direito à saúde, sendo utilizada, frequentemente, em processos judiciais, onde se busca um equilíbrio entre as prestações sociais e as reservas orçamentárias. Gonçalves⁸⁵, citando Nunes Júnior

⁸⁴ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105.

⁸⁵ NUNES JÚNIOR *apud* GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 218.

entende que, embora as prestações estatais estejam sujeitas às limitações materiais, dependendo da disponibilidade orçamentária, não pode o Poder Público justificar os baixos níveis no atendimento e eficiência dos serviços de sua responsabilidade, invocando a Teoria da Reserva do Possível.

Não se pode deixar de enfatizar a frequente tensão existente entre a referida teoria e o conceito de mínimo existencial, nas ações de saúde. Como meio de exemplificação, segue recente julgado do Supremo Tribunal Federal⁸⁶:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197)– A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO ((Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo:

⁸⁶ Para ter acesso ao inteiro teor do acórdão, visitar o endereço eletrônico: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338650/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-745745-mg-stf>>. Acesso em 29 de abril de 2015.

ARE 745.745/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.12.2014). (Grifos nossos).

Quando acontecer esse tipo de conflito, deve-se solucioná-lo através da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, não pode o Estado utilizar-se desse pretexto e deixar de prestar, pelo menos, o mínimo necessário à garantia de uma vida digna.

Embora não exista no Brasil uma previsão constitucional expressa, no sentido de se assegurar o mínimo existencial, sua existência independe dessa previsão, pois está diretamente ligado à proteção da própria vida. Sua violação implica na violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não pode a mencionada teoria servir de mitigação ou limitação ao direito fundamental à saúde, o qual tem força de comando constitucional.

Ademais, mesmo em relação a outros direitos, também condicionados à realidade orçamentária, o Estado deve sempre apresentar esforço, visando ao seu cumprimento. Acrescente-se ainda que a Reserva do Possível não é uma espécie normativa, nem tampouco um mandado de otimização ou princípio, mas apenas uma condição de realidade, influenciando na aplicação do direito. No ordenamento pátrio, doutrina e jurisprudência ainda não pacificaram a natureza jurídica da Reserva do Possível, havendo divergências entre princípio, cláusula ou postulado. O que, de fato, se verifica quando se estuda o assunto.

Por fim, destaque-se que a Reserva do Possível não pode ser utilizada como uma espécie de refúgio para a Administração Pública deixar de cumprir as ordens judiciais concernentes ao direito à saúde. Tampouco, podem os direitos fundamentais, no atual Estado Democrático, ficar à margem dos princípios orçamentários.

Há um viés ainda merecedor de destaque nesta seara da Teoria da Reserva do Possível. Trata-se de sua utilização em defesa da proteção de outras prestações sociais. Nesse sentido, Kelbert, ressalta⁸⁷:

(...) a noção de reserva de possível como limite negativo relaciona-se com a noção de escassez de recursos para o atendimento de todos os direitos prestacionais positivados e/ou exigidos, mas num sentido inverso: partindo-se da ideia central de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais, especialmente os sociais, a dimensão negativa da reserva do possível atuaria como impedimento à satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação. Em outras palavras, esse seria o caso, por exemplo, de concessão de uma prestação excessivamente onerosa que esgotasse os recursos destinados a concretizar outros direitos.

⁸⁷ KELBERT, Fabiana Okchstein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. *In: Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87-88

A questão aqui a ser analisada não é fácil. Refere-se, por exemplo, ao pleito de um paciente que recorre ao Judiciário demandando certo procedimento excessivamente oneroso, o qual, caso concedido pelo magistrado, pode vir a comprometer os recursos destinados à concretização do direito à saúde de uma quantidade maior de usuários do Sistema Único de Saúde.

Para o juiz que se depara com este tipo de situação, não é nada fácil julgá-la. Sua decisão atingirá, diretamente, apenas as partes envolvidas na lide, porém, seus efeitos serão sentidos por todos os dependentes do SUS. Assim, ao aplicar a reserva do possível para se limitar um direito individual em prol de outro coletivo, é preciso utilizar o princípio da proporcionalidade, conforme já mencionado, em linhas anteriores, observando o resultado pretendido, a necessidade e se as vantagens do indeferimento de determinado pedido são maiores para a sociedade do que a restrição imposta de forma individual.

Ocorrência que bem se enquadra nessa conjuntura é quando o postulante requer tratamento ou medicamento de caráter experimental e oneroso. Nesse caso, havendo políticas públicas aptas a atenderem a demanda, deverá o Poder Judiciante optar por elas, aplicando a devida ponderação no caso concreto.

A aplicação da Teoria da Reserva do Possível, no campo do direito à saúde, envolvendo o mínimo existencial, o qual, por sua vez, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana não é uma tarefa fácil, haja vista a imprescindibilidade em se preservar sempre as condições essenciais a uma vida digna para o ser humano, o que envolve a garantia do direito fundamental à saúde.

4. O PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Embora apresente natureza administrativa, ao Conselho Nacional de Justiça é prevista a prerrogativa de poder normativo, ou seja, a faculdade de criar normas. Esse foi o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/Distrito Federal⁸⁸, em face da Resolução nº 7/2005 daquele órgão, a qual proibiu a prática do nepotismo nos quadros funcionais do Poder Judiciário. Nessa conjuntura, ao decidir sobre o pedido liminar, o Egrégio Tribunal sustentou que a legitimidade de expedição do ato tinha fundamento no próprio texto constitucional.

A emissão de atos normativos pelo Conselho Nacional de Justiça está previsto no art. 102 de seu Regimento Interno⁸⁹, nos seguintes termos: “O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações”. Consoante definição extraída do próprio endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, segundo Castro e Santos⁹⁰:

Resoluções: são os instrumentos regulatórios próprios de que se utiliza o CNJ, no cumprimento das leis, para exercitar seus atos e fatos de gestão. **Enunciados Administrativos:** são exposições resumidas sobre assuntos já discutidos em Plenário. **Instruções Normativas da Presidência:** são decisões tomadas pelo Presidente do Conselho sobre questões que dependem de resolução. São atos que determinam o comportamento para atender a determinada execução. Têm a função de agilizar o funcionamento interno do CNJ, a compreensão, a especificação de um ato ou ordem de hierarquia maior, por exemplo, uma resolução. **Recomendações:** são atos que recomendam aos tribunais e magistrados a adoção de medidas para cumprir determinado objetivo. (Grifos do autor).

Assim, é por meio desses atos normativos que esse órgão, no âmbito de sua competência, tem recomendado medidas, no campo das políticas públicas da saúde, no intuito de solucionar ou, pelo menos, amenizar a problemática da judicialização da saúde no país.

⁸⁸ Para visualizar o texto integral do Acórdão proferido em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6, Distrito Federal, visitar o endereço eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em 30 de abril de 2015.

⁸⁹ BRASIL. Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/regimento-interno-e-regulamentos>>. Acesso em 30 de abril de 2015.

⁹⁰ CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Salvador, 32 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Salvador – UNIFACS.

4. 1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: COMPOSIÇÃO, NATUREZA E COMPETÊNCIA

A sociedade brasileira, constatando a crise instalada no Poder Judiciário, diante da demora na prestação jurisdicional, bem como das denúncias de corrupção de juízes, na década de 1990, colocando as decisões judiciais sob a suspeita de parcialidade; passou a exigir uma maior agilidade e efetividade do referido poder. Fundindo-se a tudo isso permanecia a crítica do corporativismo da magistratura, mostrando-se urgente a existência de algum controle social, haja vista ser o Judiciário o único dos poderes a não se submeter ao voto popular.

Nesse cenário, era preciso que os vários atores sociais se reunissem e chegassem a um consenso, convergindo para uma reforma profunda, o que ocorreu com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 45⁹¹, de 30 de dezembro de 2004, por meio da qual se criou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instalado em 14 de junho de 2005. Tal conduta veio a suprir uma necessidade há tempos demandada pela sociedade, na medida em que constitui um mecanismo de controle externo da administração da justiça, com vistas a aprimorar o trabalho do Poder Judiciário brasileiro.

Desse modo, trata-se o CNJ, precipuamente, de um instrumento efetivo que preza pela moralidade e eficiência do sistema judiciário, sendo um órgão de controle administrativo e financeiro deste. Ao Conselho é permitido, no exercício do seu controle, expedir atos normativos, mediante, por exemplo, recomendações aos tribunais e magistrados quanto à adoção de medidas para cumprir determinado objetivo.

Segundo a redação atual do art. 103-B⁹² da Constituição da República, o Conselho Nacional de Justiça compõe-se da seguinte forma:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo

⁹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Como se percebe, o dispositivo determina que o CNJ seja composto por 15 (quinze) membros derivados do próprio Judiciário, do Ministério Público, da advocacia e da sociedade civil. Portanto, há uma heterogeneidade em sua composição, característica que tem por finalidade a não uniformização dos interesses, no que tange à efetivação da justiça.

Além da organização, o art. 103 – B, em seu § 4º, traz a natureza e a competência do CNJ⁹³. Com fulcro no mencionado parágrafo, tem-se que:

Art. 103 – B (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Grifos nossos).

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2015.

Nos termos do texto *supra*, verifica-se ser de competência do Conselho o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, devendo ainda observar as atividades funcionais dos magistrados. Portanto, considerando seu rol de atribuições, o Conselho Nacional de Justiça possui natureza administrativa, não exercendo atividade jurisdicional. Referida natureza, já foi, inclusive, corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, na oportunidade em que aquela Suprema Corte julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1⁹⁴. Veja-se:

EMENTAS: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. **Emenda Constitucional nº 45/2004**. Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**. Instituição e disciplina. **Natureza meramente administrativa**. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. **Constitucionalidade reconhecida**. **Separação e independência dos Poderes**. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. **Ação julgada improcedente**. Votos vencidos. **São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional**. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. **Criação por Estado membro**. **Inadmissibilidade**. **Falta de competência constitucional**. **Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça**. 4. PODER JUDICIÁRIO. **Conselho Nacional de Justiça**. **Órgão de natureza exclusivamente administrativa**. **Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura**. **Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal**. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra r, e § 4º, da CF. **O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito**. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN 3.367-1 Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ: 17 de mar 2006, D. REP: 22 de set 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738814/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>>. Acesso em 2 de maio de 2015.

Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. **Ação direta de inconstitucionalidade.** Pedido aditado. **Improcedência.** Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional. (ADI 3.367 DF, Rel. César Peluso, Tribunal Pleno, DJ 17/03/2006, REP 22/09/2006). (Grifos nossos).

Importante que sejam enfatizadas aqui algumas conclusões do julgamento do presente acórdão. O primeiro ponto a se destacar é que, a partir de sua apreciação, qualquer discussão a respeito da constitucionalidade do CNJ restou dirimida, pelo menos no que concerne ao âmbito judicial. Segundo, afastou-se, de vez, o argumento levantado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade – de que a composição mista do órgão, conforme anteriormente demonstrado, violaria o princípio da separação e da independência dos poderes (art. 2º, CF/88). Nesse quesito, o Ministro Cezar Peluso, relator da ação, ressaltou o processo de escolha dos membros do Judiciário, especificadamente, do Supremo Tribunal Federal⁹⁵, onde acontece uma maior ingerência dos outros poderes, se comparada com a indicação, por parte do Legislativo, de apenas 2 (dois) - os quais nem de seu quadro são - dos 15 (quinze) membros que compõem o Conselho Nacional de Justiça, afastando, assim, o argumento da violação à cláusula pétrea da separação harmônica dos poderes, a qual é considerada a base do Estado Democrático de Direito.

Ademais, consoante estrutura da própria Emenda (art. 92, I – A)⁹⁶, o CNJ integra o Poder Judiciário pátrio, todavia não possui competência para desempenhar atividade

⁹⁵ “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 2 de maio de 2015.

⁹⁶ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (...) I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

jurisdicional. Ainda nesta senda, em seu voto, o jurista citou o controle externo do Legislativo através dos Tribunais de Contas, na fiscalização dos órgãos da justiça, sem que isso signifique interferência nas esferas dos poderes, mas tão somente, a atuação do sistema de “freios e contrapesos”. Terceiro, reconheceu-se a inadmissibilidade pelos Estados-membros quanto à sua capacidade para instituir órgão interno ou externo destinado ao controle das atividades administrativa, financeira ou disciplinar da justiça, uma vez que não possuem competência constitucional para tal atribuição. Quarto, destacou-se a incapacidade do Conselho em relação ao Supremo Tribunal Federal e seus ministros, a quem aquele está sujeito, atuando este na qualidade de órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. E, por fim, o STF, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo ainda, no mérito, julgada totalmente improcedente a ação, por sua maioria. Desse modo, confirmou a Suprema Corte ser o CNJ compatível com a Constituição Federal de 1988.

4. 1. 1 O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação face à judicialização da saúde no Brasil

A partir do amplo e profundo debate ocorrido na Audiência Pública da Saúde nº 4, em 2009, como outrora demonstrado, o Conselho Nacional de Justiça passou a se envolver mais com o assunto da judicialização da saúde brasileira, chegando a expedir alguns atos normativos.

Nessa esteira, considerando a relevância da matéria, as deficiências no fornecimento das prestações de saúde pela via judicial, bem como a grande quantidade de casos que tramitam no Judiciário e a necessidade de se aprofundar o conhecimento com vistas à prevenção de litígios, o CNJ, através da Portaria nº 650⁹⁷, de 20 de novembro de 2009, hoje já exaurida, nomeou um grupo de trabalho constituído por juízes e especialistas, visando à

Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 2 de maio de 2015.

⁹⁷ Para ter acesso ao texto original da Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça, visitar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/portaria/portaria_650_20112009_18102012194714.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2015.

realização de estudos e propostas de medidas com a finalidade de aprimorar as prestações jurisdicionais concernentes à assistência à saúde no país.

Com isso, o Conselho, enquanto propulsor de políticas institucionais para o Poder Judiciário brasileiro, criou um grupo composto por magistrados de vários Estados da Federação, contando ainda com uma especialista em direito sanitário e a possibilidade de participação de outras autoridades com atuação em área correlata.

Ao grupo foi determinado um prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, para apresentar seus resultados ao Presidente do CNJ, à época, o Ministro Gilmar Mendes.

Embasado no trabalho do grupo, emitiu-se a Recomendação n.º 31⁹⁸, de 30 de março de 2010, a qual sugeriu aos tribunais brasileiros que adotassem medidas objetivando subsidiar os magistrados no julgamento das demandas judiciais da saúde, a fim de se garantir uma maior eficiência em suas decisões, já possuindo alguns Estados esse tipo de mecanismo de auxílio aos juízes através de convênios celebrados com o intuito de prestar o referido apoio técnico, bem como auxiliar em outras providências de interesses administrativos com a finalidade de reduzir a judicialização de demandas que envolvam a mencionada matéria.

Nesse diapasão, Mendes e Branco⁹⁹ enfatizam, como exemplo de adoção desse suporte técnico, o Estado do Rio de Janeiro, o qual dispõe do auxílio de farmacêuticos às Varas de Fazenda Pública da Capital, ajudando aqueles Juízos no julgamento de pertinência ou não de determinados medicamentos.

A respeito da referida Recomendação sobre a qual houve amplas manifestações de aplauso pela sociedade, ainda enfatiza Nobre¹⁰⁰:

(...) merece ser dado especial relevo, ainda que de passagem, à parte que se dirige aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais com a finalidade de instruí-los a orientar, através de suas Corregedorias, os magistrados que lhes sejam vinculados a que: 1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, nos quais estejam contidas a descrição da doença, inclusive Classificação Internacional da Doença (CID), a prescrição de medicamentos, com descrição genérica ou princípio ativo, os produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; 2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; 3)

⁹⁸ Para ter acesso ao texto original da Recomendação n.º 31/2010, visitar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2015.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 723.

¹⁰⁰ CARLINI, Angélica. *et al.* **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 355.

ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; 4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes são integrantes de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; 5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Essas diretrizes direcionadas aos tribunais sugerem aos magistrados que adotem medidas mais concretas e eficazes, objetivando uma melhor instrumentalização das ações judiciais movidas em busca de prestações do Sistema Único de Saúde, sem esquecer o cuidado em adotar outras iniciativas relacionadas que são essenciais ao bom desempenho da prestação jurisdicional.

4. 1. 2 O Fórum Nacional do Poder Judiciário e os Comitês de Saúde

A Resolução n.º. 107¹⁰¹, de 6 de abril de 2010, a qual instituiu o Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e discussões das demandas de assistência à saúde, incumbindo-lhe a tarefa de elaborar estudos, reforçar a efetividade dos processos e prevenir novos conflitos, também foi resultado dos estudos do grupo formado por meio da referida Portaria n.º 650 de 2009.

Ato contínuo, considerando a necessidade de organização e planejamento, foi criado o Comitê Organizador do Fórum, o qual, hodiernamente, é regido através da Portaria n.º 15¹⁰², de 27 de fevereiro de 2015 do CNJ. Dentre suas atividades está a promoção e organização de eventos, a exemplo de seminários, encontros e reuniões, para se discutir questões concernentes às demandas de assistência à saúde.

Consoante preceitua o art. 2º da Portaria, o Comitê Organizador do Fórum constitui um comitê executivo nacional, de natureza permanente, composto por membros de vários órgãos, a saber: do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério

¹⁰¹ Para ter acesso ao texto original da Resolução n.º. 107/2010, visitar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2015.

¹⁰² Para ter acesso ao texto original da Portaria n.º 15/2015, visitar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n15-27-02-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2015.

Público, do Poder Judiciário (magistrados e desembargadores), do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, além de uma profissional especialista em Direito Sanitário e de um Procurador de Justiça.

As atividades do Comitê ainda poderão ser desenvolvidas junto a todos os tribunais pátrios, bem como em parceria com outras instituições públicas envolvidas com questões do direito à saúde no país.

O Fórum da Saúde, além de ser coordenado pelo Comitê Executivo Nacional, é constituído, segundo o art. 3º da Resolução nº 107/2010, por Comitês Estaduais, sob a coordenação de juízes recomendados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, tendo estes colegiados como atribuições participar de encontros nacionais e realizar reuniões locais periódicas, com o intuito de discutir e propor medidas, visando à diminuição das ações judiciais na área da saúde, bem como promover a integração dos tribunais com o Comitê Nacional.

Esses instrumentos de forma regionalizada e descentralizada passaram a atuar essencialmente na prevenção dos litígios concernentes à citada matéria, bem como na coordenação e execução de ações de natureza específica que forem consideradas importantes. Sua composição heterogênea, com a representação de diferentes segmentos da sociedade, possibilita que sejam externados os mais variados pontos de vista a respeito da judicialização da saúde durante suas discussões e deliberações.

Os primeiros integrantes dos 27 (vinte e sete) Comitês Executivos Estaduais foram designados através das Portarias nºs 25¹⁰³, de 22 de março de 2011 e 49¹⁰⁴, de 6 de junho do mesmo ano.

Tendo por escopo uniformizar procedimentos, otimizar a assistência à saúde e assegurar a organização do SUS, os comitês também têm o poder de emitir atos normativos, a exemplos de enunciados e resoluções. Nesse sentido, o Comitê Executivo do Estado do Rio

¹⁰³ Para ter acesso ao inteiro conteúdo da Portaria nº 25, de 22 de março de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, acessar o endereço eletrônico:<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/portaria/portaria_25_22032011_17102012172730.pdf> Acesso em 3 de maio de 2015.

¹⁰⁴ Para ter acesso ao inteiro conteúdo da Portaria nº 49, de 6 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, acessar o endereço eletrônico:<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/frumsade.portaria%20n%2049-gp.pdf>>. Acesso em 3 de maio de 2015.

de Janeiro expediu alguns enunciados, formando uma consolidação¹⁰⁵. Dentre eles, merece destaque o enunciado que tem por finalidade a difusão do acesso às informações.

De acordo com o referido ato normativo, o Poder Público, por meio da capacitação de seus servidores, tem o dever de disponibilizar aos cidadãos as informações necessárias à obtenção das prestações de saúde em suas unidades, evitando assim o ajuizamento desnecessário de demandas decorrentes de falta de informações à população. Recomenda ainda aos órgãos dos entes federativos, Ministério da Saúde e secretarias de saúde, o fortalecimento de mecanismos de controle interno através de ouvidorias especializadas, a fim de receberem possíveis reclamações referentes às falhas nas prestações de saúde. Desse modo, a Administração poderá atuar preventivamente, solucionando os conflitos antes que eles sejam transferidos ao Poder Judiciário.

Já em relação às lides judicializadas, o Comitê, visando conceder ao magistrado o máximo de elementos probatórios consistentes para a apreciação do pedido liminar, sugere que a prescrição médica venha acompanhada de laudo com as principais informações sobre o paciente e sua patologia. Poderá ainda o juiz, na ausência de um núcleo de atendimento de auxílio especializado, recorrer a outros mecanismos intersetoriais, tais como associações profissionais ou universidades para se subsidiar de informações técnicas necessárias ao julgamento liminar.

No que se refere às demais iniciativas da atuação dos Comitês Estaduais de Saúde, as mesmas podem ser obtidas na página eletrônica¹⁰⁶ do Conselho Nacional de Justiça.

Segundo Nobre¹⁰⁷, o engajamento do CNJ, no Fórum Nacional da Saúde, é consequência da constatação, na Audiência Pública n° 4, das disfunções e carências existentes nas demandas judiciais nesta seara, tais como:

A falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas, mesmo quando essa audiência não oferece qualquer risco de afetar o direito em causa, porém sua falta é tendente a prejudicar a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS); e a necessidade de maior

¹⁰⁵ Para ter acesso à Consolidação de Enunciados do Comitê Executivo do Fórum Nacional de Saúde do CNJ no Estado do Rio de Janeiro, acessar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/images/Comite_CNJ_RJ_ENUNCIADOS_FOLDER.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2015.

¹⁰⁶ Para visitar as demais atividades dos Comitês Estaduais da Saúde, acessar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/777-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-da-saude/iniciativas-dos-comites-estaduais>>. Acesso em 4 de maio de 2015.

¹⁰⁷ CARLINI, Angélica. *et al.* **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 354.

difusão de conhecimento entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde, inclusive aquelas que resultam da *interatuação* do SUS e as organizações privadas.

Destarte, para que os doutos julgadores apreciem da forma mais adequada possível os pedidos judiciais, a parte requerente tem o dever de instruir os autos com todos os documentos indispensáveis à apreciação do pleito, inclusive, com as informações clínicas sobre o caso em análise. Isso garantirá um julgamento mais eficaz e eficiente.

De outra banda, a inafastabilidade do conhecimento técnico, na apreciação dessas ações que envolvem o direito à saúde é latente, afetando a sua ausência, o bom desempenho da prestação jurisdicional. Assim, é preciso que o Estado apresente esforços para acabar com essa deficiência. Por isso, é tão importante a participação que o Conselho Nacional de Justiça vem desempenhando nessa área, à medida que emite seus atos normativos destinados a subsidiar a magistratura com informações técnicas.

Foi atento a todas essas questões que o Presidente do CNJ, à época da Audiência Pública da Saúde, o Ministro Gilmar Mendes, passou a melhor observar as necessidades e carências das ações judiciais tangentes ao fornecimento do direito à saúde, no intuito de proporcionar seu aperfeiçoamento.

4. 1. 3 A Recomendação n° 43/2013 do Conselho Nacional de Justiça

Dando continuidade ao seu engajamento nos desafios da efetivação do direito à saúde, o Conselho Nacional de Justiça expediu, em 20 de agosto de 2013, a Recomendação n°. 43¹⁰⁸, a qual traz o seguinte texto em sua ementa:

Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.

¹⁰⁸ Para ter acesso ao inteiro conteúdo da Recomendação n° 43, de 20 de agosto de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, acessar o endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_43_21082013_21082013190239.pdf>. Acesso em 5 de maio de 2015.

Especializar uma vara judicial significa dispensar-lhe um tratamento diferenciado e conhecimento específico, a fim de que possa atender determinada matéria jurídica de forma mais adequada e eficiente. Nesse cenário, levando-se em consideração as especificidades exigidas pelas demandas relativas ao direito à saúde, a especialização das varas para processá-las e julgá-las dispensarão aos magistrados um maior e melhor conhecimento técnico sobre o tema em especial, o que, inevitavelmente, ocasionará decisões mais adequadas e uniformes. Isso, sem dúvida, ensejará a garantia e a eficácia da decisão, imprimindo, por conseguinte, a efetivação e concretização do cumprimento do direito à saúde, já que, apesar de o Sistema Único de Saúde - SUS ter conseguido avançar na assistência à população, a Administração Pública ainda não tem conseguido atender a todas as necessidades dos indivíduos, acarretando assim essa crescente e exponencial procura pelo Judiciário, levando ao atual cenário da absurdamente e excessiva judicialização da saúde no Brasil.

Nessa senda, ressalte-se que a instalação das varas especializadas oportunizará a otimização e a celeridade da rotina de trabalho dos magistrados, haja vista sua dedicação exclusiva à matéria da saúde, diminuindo a sobrecarga que existe atualmente. Todavia, há quem defenda que com a implantação, pelos tribunais do país, da Recomendação nº 43/2013 do CNJ, se correrá o risco de centralizar, nas mãos de um único magistrado, a interpretação de um direito tão importante e essencial, tornando o cidadão refém dessas decisões, as quais, em caso de indeferimento, poderá ocasionar uma lesão ao seu titular ou até mesmo causar-lhe um prejuízo irreparável. Referido argumento não merece prosperar, uma vez que tal fato poderá ser solucionado com a existência de dois ou mais juizados.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro permite que a parte, caso se julgue prejudicada por uma decisão de 1º grau, possa requerer sua revisão em um órgão hierarquicamente superior, proporcionando ao vencido, em primeira instância, uma nova possibilidade de deferimento do pedido, por meio do duplo grau de jurisdição. Veja-se¹⁰⁹:

A fim de que eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamentos desfavoráveis, os ordenamentos jurídicos modernos consagram o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário. Para que isso possa ser feito é preciso que existam órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição.

¹⁰⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo Malheiros Editores, 2011, p. 191.

Assim, no sistema brasileiro, têm-se os *juízos*, os quais são compostos pelos órgãos de primeiro grau, e os *tribunais* constituídos pelos órgãos de segundo grau. Desse modo, existe, na justiça pátria, a presença de órgãos superiores e inferiores, estando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acima de todos eles. Estes apresentam, dentre outras, a função de julgar os recursos oriundos das Justiças que integram o Poder Judiciário nacional. Embora as decisões dos juízos possam ser revistas pelos tribunais, faz-se mister destacar não existir qualquer hierarquia entre ambos, sendo cada magistrado livre ao proferir sua sentença.

Debate-se ainda se haveria demandas da saúde suficiente, sendo imprescindível a criação de varas especializadas. Sobre esse aspecto, embora a Constituição Federal de 1988, assim como normas infraconstitucionais, tenha assegurado o Direito Fundamental à saúde a todas as pessoas, é fato que tal determinação não vem sendo cumprida, de forma adequada, pelo Poder Público a quem compete garantir o referido direito. Este não vem cumprindo com seus deveres estatais, no que tange às políticas públicas que visam à redução dos riscos de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Em razão disso, na constante busca pela preservação da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem buscado, cada vez mais, o Judiciário na tentativa de que o Poder Executivo seja compelido, por meio do instrumento da demanda judicial, a assegurar a concretização do direito à saúde.

Não se pode deixar de mencionar, porém, que as prestações positivas com escopo de prover as condições indispensáveis ao exercício desse direito fundamental do ser humano é de responsabilidade originária do Poder Público, o qual vem adotando um comportamento negativo, quando negligencia esse bem jusfundamental, causando uma invocação jurídica pela tutela desse direito social.

Assim, o que de fato carece é um verdadeiro planejamento de políticas públicas eficazes por parte do Estado, com vistas a adotar medidas concretas e bem planejadas para que direitos humanos não venham a ser infringidos.

A respeito da manutenção das políticas públicas de saúde, cita Nobre¹¹⁰:

Ressalto que, ao referir à eficiência na prestação jurisdicional, deve ser lembrado que esse patamar de efetivação da justiça depende não apenas de medidas situadas no campo de atuação judicante da magistratura, bem como carece de providências

¹¹⁰ CARLINI, Angélica. *et al.* **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 356.

do mais variado alcance e tendentes a obter maior eficácia, segurança e economicidade às decisões a serem proferidas nos casos concretos, uma vez que, se, por um lado, há imperiosa necessidade de proteção à vida individual saudável, por outro, não menos fundamental é assegurar, tanto quanto possível, a manutenção das políticas públicas de saúde e dos seus sistemas operacionais.

O jurista chama a atenção para a necessidade de medidas não apenas destinadas à magistratura, mas também situadas em outros campos que tenham por finalidade alcançar um maior resultado positivo, nos casos concretos das prestações de assistência à saúde. Isso porque, como se sabe, o Judiciário trabalha com a microjustiça. Uma decisão proferida por um juiz têm efeitos *inter partes*, ou seja, atinge apenas as partes envolvidas na lide. Por outro lado, ao administrador, através das políticas públicas da saúde, é atribuída a responsabilidade de delinear escolhas destinadas a atender a toda uma coletividade, isto é, incumbe-lhe o papel de realizar a macrojustiça.

Até o presente momento, o único Tribunal a adotar a recomendação nº 43/2013 foi o do Estado do Rio Grande do Sul, com a criação de uma Vara Especializada em Saúde Pública na capital, Porto Alegre. Desse modo, vê-se que novos caminhos começam a ser trilhados com o objetivo de solucionar o problema da judicialização da saúde pública no Brasil.

No Estado do Rio Grande do Norte, em agosto de 2014, a Presidência do Tribunal de Justiça¹¹¹, de forma receptiva, se reuniu com a Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem), representantes do escritório Rebelo & Dumaresq Direito Médico e o Comitê Estadual de Saúde para discutirem sobre a instalação de uma vara especializada em direito à saúde no Estado. Entre os pontos positivos apresentados, durante a reunião, estavam o aprofundamento dos magistrados sobre a matéria e o auxílio de uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais especializados, o que, inevitavelmente, oportunizará um julgamento mais eficaz e eficiente nos processos judiciais da saúde.

O Comitê Estadual de Saúde, representado pela juíza Valéria Maria Lacerda Rocha, também se mostrou favorável à criação da vara, ou ainda que alguma já existente tivesse sua competência alterada para atender a referida finalidade.

Nessa conjuntura, enquanto o Tribunal de Justiça do RN não cria a vara especializada, vai adotando medidas que possam auxiliar no julgamento dessas demandas.

¹¹¹ Para ter acesso à reportagem, visitar o endereço eletrônico: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/7380-tj-analisara-viabilidade-de-vara-especializada-em-demandas-que-envolvam-a-saude>>. Acesso em 5 de maio de 2015.

Assim, recentemente, por meio de sua Presidência e através da Portaria nº 608¹¹², de 13 de abril de 2015, normatizou a criação e o funcionamento de uma Câmara Técnica voltada ao auxílio e à instrução dos magistrados no julgamento das demandas relativas à saúde, aderindo, desse modo, às recomendações emanadas do Conselho Nacional de Justiça.

Segundo informações extraídas do endereço eletrônico¹¹³ do Portal do Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte:

A Câmara Técnica será responsável pela elaboração de documentos técnicos e especializados na área da saúde, com o fim de auxiliar magistrados na formação de um juízo de valor, por ocasião da apreciação de questões clínicas apresentadas nas ações judiciais, envolvendo a assistência à saúde pública, na forma da Recomendação nº 31/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A referida Portaria veio atender a Recomendação nº 31/2010 do CNJ. Logo, enquanto não é viabilizada a instituição das varas especializadas em saúde pública no Estado do RN, este conta com o mencionado mecanismo de auxílio para subsidiar os juízes na apreciação das ações judiciais da saúde.

A Câmara é resultado do Termo de Cooperação nº 08/2014, envolvendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, o Governo do Estado, o Município do Natal, o Hospital Universitário Onofre Lopes e, mais recentemente, através do primeiro aditivo ao termo, a Justiça Federal de Primeiro Grau.

Sua formação conta, preferencialmente, com profissionais médicos e farmacêuticos pertencentes ao quadro de servidores efetivos desses órgãos e entes cooperadores, sendo indicados pelos respectivos representantes legais para um mandato de 4 (quatro) anos, prorrogável por igual período. Ademais, desenvolvem suas atividades de forma neutra e imparcial.

De acordo com o art. 4º da citada portaria:

Art. 4º São deveres dos profissionais integrantes da Câmara Técnica: I - atender às demandas dos magistrados de forma diligente e tempestiva, fornecendo-lhes os documentos de que trata o art. 2º desta Portaria; II - orientar o magistrado sobre a melhor alternativa de esclarecimento da questão técnica envolvida no processo judicial; III - garantir total sigilo sobre todos os dados e informações que a equipe

¹¹² Para ter acesso ao texto original da Portaria nº. 608/2015 - TJRN, visitar o endereço eletrônico: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/89601867/djrn-administrativo-13-04-2015-pg-14/pdfView>> Acesso em 5 de maio de 2015.

¹¹³ Para ter acesso ao inteiro teor da matéria, visitar o endereço eletrônico: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/8793-tjrn-disciplina-funcionamento-de-camara-tecnica-para-demandas-voltadas-a-saude>>. Acesso em 5 de maio de 2015.

tenha acesso durante o desenvolvimento dos trabalhos; IV - prestar os esclarecimentos necessários aos magistrados sobre as informações relativas à natureza e ao andamento dos serviços executados ou em execução; V - disponibilizar o acesso a todo o serviço produzido, além de informações necessárias sobre o mesmo, sempre que solicitado; VI - elaborar relatórios contendo os serviços prestados e temas que foram objeto de consulta dos magistrados, contendo o número do processo e a identificação das partes, sempre que necessário; e VII - garantir aos magistrados do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte qualidade técnica dos documentos elaborados.

Esse mecanismo de auxílio significa um passo concreto com vistas a garantir orientação adequada para a atuação judiciária em tempo hábil, respeitando os princípios constitucionais e propiciando mais rapidez na efetivação do direito fundamental à saúde. Os pareceres, que analisarão os casos concretos apresentado no processo judicial, deverão ser solicitados diretamente pelos magistrados à Câmara Técnica. Importante destacar que o referido instrumento não vincula a decisão do magistrado, podendo apenas ampliar ou inclinar seu olhar quando da apreciação do caso. Logo, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da imparcialidade do juiz.

Nessa conjuntura, merece ênfase também a criação dos Núcleos de Assessoria Técnica – NATs, cuja experiência piloto foi o do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, o qual funciona desde 2009 em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde daquele ente federativo, segundo informações do Poder Judiciário do Rio de Janeiro¹¹⁴.

O NAT do TJRJ é formado por uma equipe de profissionais de saúde que dá suporte técnico aos juízes onde tramitam as ações com pedidos de medicamentos e internações. Em 2014, ampliou seus serviços e passou a funcionar também no Plantão Judiciário, contando com a disponibilidade de um médico por dia da semana à disposição do juiz plantonista, auxiliando-o com parecer técnico nas solicitações, prioritariamente, de internações em CTIs – Centro de Terapia Intensiva – de hospitais públicos em caráter de urgência ou emergência.

Os NATs são mais uma alternativa para se resolver a questão da judicialização da saúde no país, uma vez que, através do apoio técnico, ensejam mais segurança jurídica e científica na prestação jurisdicional dispensada aos usuários do Sistema Único de Saúde por parte do Judiciário brasileiro. Por isso, são defendidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

¹¹⁴ Para ter acesso ao inteiro teor da matéria, visitar o endereço eletrônico: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/162902>>. Acesso em 5 de maio de 2015.

4. 1. 4 As Jornadas Nacionais de Direito da Saúde

Um dos eventos que fazem parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde são as Jornadas de Direito da Saúde¹¹⁵, realizadas nos limites da atuação administrativa do CNJ e criadas com o objetivo geral de produzir, aprovar, publicar e divulgar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde no país, bem como identificar e compilar entendimentos já consolidados a respeito da matéria debatida, auxiliando, desse modo, a comunidade jurídica na interpretação de questões ainda não pacificadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

A Primeira Jornada foi realizada entre os dias 14 (catorze) e 16 (dezesesseis) de maio de 2014, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/TJSP¹¹⁶, tendo como público-alvo qualquer cidadão, profissional ou não, com conhecimento e atuação no campo da saúde pública, suplementar e biodireito, dentre eles, magistrados, advogados, procuradores, membros do Ministério Público, professores universitários, secretários, servidores e gestores do Sistema Único de Saúde e de planos de saúde. Já a Segunda Jornada¹¹⁷ realizou-se nos dias 18 (dezoito) e 19 (dezenove) de maio de 2015 também no TJSP com preferência de inscrição para aqueles ligados diretamente a órgãos jurisdicionais das matérias discutidas.

Nas duas oportunidades foram aprovados, respectivamente, 45 (quarenta e cinco) e 23 (vinte e três) enunciados interpretativos (anexos A¹¹⁸ e B¹¹⁹, respectivamente).

Antes do evento, ocorre a convocatória, oportunidade em que devem ser apresentadas propostas de enunciados a serem utilizados pelos magistrados de todo o país em decisões sobre demandas da saúde.

As propostas de enunciados para as Jornadas, segundo informações colhidas no próprio endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça¹²⁰, devem ser encaminhadas por

¹¹⁵ Informações obtidas no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/Convocatoria_jornada_forum%20saude.pdf>. Acesso em 6 de maio de 2015.

¹¹⁶ Informações obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

¹¹⁷ Informações obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>>. Acesso em 6 de maio de 2015.

¹¹⁸ Informações obtidas no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 6 de maio de 2015.

¹¹⁹ Informações obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em 6 de maio de 2015.

¹²⁰ Informações obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/images/eventos/saude/Convocatoria-II-Jornada-saude.pdf>>. Acesso em 6 de maio de 2015.

qualquer interessado para um *e-mail* disponibilizado pelo CNJ num período antecedente ao evento, sendo seu recebimento confirmado em até 3 (três) dias. Cada interessado deve remeter, no máximo, 3 (três) enunciados, os quais deverão seguir em formulário específico oferecido pela organização. Contudo, a referida regra não se aplica as propostas encaminhadas pelos representantes dos Fóruns Estaduais de Saúde, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça; a estes órgãos, inclusive, será solicitado, não apenas o envio de propostas de novos enunciados, mas também a reforma daqueles já existentes, os quais se encontrem em acordo/desacordo com a jurisprudência das Cortes e que tenham como finalidade a diminuição da judicialização dos temas relativos à saúde pública, suplementar e biodireito. Enfatize-se que, ao remeter a proposta, o proponente, que não é obrigado a estar presente na jornada, renuncia sua autoria, podendo o enunciado sofrer alterações pela comissão científica do evento.

Ato contínuo, os enunciados inscritos são sistematizados por grupo/tema e selecionados de acordo com os critérios estipulados por uma comissão científica formada por membros indicados pelo CNJ, num prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a data limite para recebimento que poderá ser prorrogado. A seleção dos enunciados a serem debatidos durante a jornada, além dos limites do evento, leva em consideração aspectos formais e materiais. Ao fim, os enunciados são votados em Plenária e, após a deliberação, a Comissão Científica apresenta os textos aprovados, promovendo a devida divulgação por intermédio do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Os enunciados trazem informações técnicas importantes para subsidiar os juízes nos julgamentos de ações judiciais sobre o direito à saúde. Um deles, na área da saúde pública, por exemplo, aprovado na II Jornada, trata dos processos em que a parte pleiteia medicamentos, próteses ou procedimentos que ainda não foram padronizados pelo Ministério da Saúde. Nesses casos específicos, o enunciado sugere que o juiz intime o médico responsável pelo paciente/demandante para que ele demonstre a pertinência e a necessidade da prescrição. O profissional ainda deverá assinar uma declaração, informando se existe algum eventual conflito de interesses.

A Jornada é um ambiente de discussão multidisciplinar, visando à promoção do diálogo que envolve diversos setores preocupados com o crescente fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. O evento é uma oportunidade única para se apresentar e debater os novos caminhos que levem a garantia do atendimento aos pacientes e a diminuição da litigiosidade no que se refere ao direito à saúde.

É importante destacar que os enunciados são apenas diretrizes resultantes de um diálogo interinstitucional entre todos os atores envolvidos e não súmulas de aplicação obrigatória pelos magistrados. Contudo, ressalte-se que essa atuação do Conselho Nacional de Justiça, no que se refere à implantação e à implementação dessas políticas públicas na área da saúde, é de grande relevância, diante do crescimento da judicialização que vem acontecendo nos últimos tempos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da importância indiscutível dos direitos humanos fundamentais, estes nem sempre tiveram a devida proteção do Estado. Seu reconhecimento é consequência de várias lutas entre opressores e oprimidos ao longo da evolução histórica da humanidade, as quais, inclusive, ensejaram o surgimento de novos direitos indispensáveis a garantir a dignidade da pessoa humana.

No que concerne aos direitos sociais, é possível constatar que a atuação do Estado, em sua tutela, foi algo que aconteceu de forma paulatina, desde os tempos mais remotos até a atual configuração de Estado de Direito em que a sociedade se encontra, havendo, durante esse interregno, vários embates ideológicos.

No Brasil, a Carta Política de 1988 elevou a saúde à categoria de direito fundamental social, tornando-se este imprescindível à garantia da dignidade da pessoa humana, sendo um direito de todos e um dever do Estado assegurá-lo. Com essa atitude e a regulamentação do Sistema Único de Saúde através da promulgação das Leis n^os 8.080/90 e 8.142/90, o legislador demonstrou a relevância que representa o direito à saúde, o qual é indissociável do direito à vida. Contudo, embora tenha havido a positivação do referido direito, na prática, ainda não é devidamente assegurado pelo Estado por meio das políticas públicas necessárias.

Nessa senda, é importante ressaltar que ao Estado cabe o dever constitucional de prestar ao cidadão o mínimo existencial para a manutenção de sua vida e sua integração na sociedade, não merecendo prosperar de sua parte a invocação da Teoria da Reserva do Possível sempre que comprometer esse alicerce da vida, especialmente na área da saúde, sob pena de ofender a dignidade da pessoa humana, violando, portanto, um direito fundamental.

Nesse contexto, não há como falar do direito à saúde, sem mencionar a intervenção do Poder Judiciário com vistas a garantir a sua efetivação, quando há insuficiência ou omissão por parte do poder competente. A intervenção do Judiciário visando ao preenchimento das lacunas deixadas pelo Poder Público, a fim de garantir ao cidadão que o Estado cumpra com o seu dever imposto constitucionalmente não configura violação ao Princípio da Separação dos Poderes, já que este foi concebido originalmente com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais. Portanto, mostra-se indispensável que haja esse controle sobre a atividade administrativa, contribuindo assim para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

De outra banda, analisando a responsabilidade dos entes federativos no que diz respeito à solidariedade na prestação do efetivo cumprimento do preceito fundamental à saúde, o douto julgador, no momento da apreciação da demanda judicial, deverá conferir a obrigação àquele que tenha assumido para si, administrativamente, a competência de fornecê-lo. Todavia, essa divisão administrativa não pode gerar nenhuma restrição à solidariedade, sendo assim, a União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal também podem configurar como litisconsortes passivos nas referidas ações judiciais que têm por escopo a prestação do direito à saúde, no intuito de se cumprir o mandamento constitucional (art. 196 da Constituição Federal).

Nessa conjuntura, a justiça tornou-se uma das vias de solução para resolver o problema de acesso à saúde no Brasil, surgindo assim o fenômeno da “judicialização da saúde”, o qual tem se tornado objeto corriqueiro nos tribunais pátrios, ante a inércia ou omissão do administrador público. Em virtude dessa relevância, o assunto chegou a ser matéria debatida no Supremo Tribunal Federal através da Audiência Pública nº 04/2009.

A iniciativa de convocação de audiência pelo Supremo foi acertada, uma vez que possibilitou o debate com os diversos setores sociais, ensejando a discussão e difusão de informações e conhecimentos na busca por alternativas ou soluções para o quadro apresentado. Ademais, serviu ainda de embasamento para diversos julgados naquela Corte sobre diferentes ações judiciais da saúde.

Um dos reflexos positivos da citada Audiência Pública foi o engajamento do Conselho Nacional de Justiça na efetivação do direito à saúde no país. Os mais variados atos normativos emanados do CNJ, a partir do referido evento, contribuíram e contribuem para uma maior capacitação técnica dos magistrados, já que estes não apresentam formação na área da medicina.

Assim, os subsídios que os juízes têm recebido, tanto na fase pré-processual, quanto na processual, através da atuação do CNJ na formulação e implementação das políticas públicas de saúde, têm colaborado para decisões mais eficazes e eficientes, o que, inevitavelmente, traz inúmeros benefícios aos demandantes que buscam, por meio do Judiciário, a concretização do direito fundamental à saúde.

As iniciativas do CNJ apontadas, na presente pesquisa científica, têm a finalidade de monitorar e resolver as demandas de assistência à saúde através de medidas concretas e normativas que objetivam o aperfeiçoamento de procedimentos nessa seara, bem como reforçam a efetividade das demandas judiciais e a prevenção de novos conflitos.

Os instrumentos institucionais, tais como o Fórum Nacional, os Comitês Estaduais e as Jornadas da Saúde são bons exemplos da forte atuação do CNJ nestes últimos 6 (seis) anos em que passou a participar mais ativamente em matéria de saúde. Entretanto, ainda existem desafios a serem perseguidos.

Ante o exposto, constata-se que o Conselho Nacional de Justiça tem colaborado para a efetivação do direito à saúde por meio de suas ações e edição de seus atos normativos, contribuindo para o fortalecimento das políticas públicas de saúde no Brasil, uma vez que procura auxiliar e orientar a solução dos litígios no âmbito do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. Ano. 1. n°. 1. p. 133-160. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2015, p. 140-141.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS: Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/o-que-e-a-oms.html>>. Acesso em 21 de abril de 2015

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 21 de abril 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Norberto. **Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2015.

_____. Constituição Federal (1988). Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109,

111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília. Publicado no **Diário Oficial da União** em 31 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 16 de maio de 2015.

_____. Lei nº 6.360, de 23 de Setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, Publicação no **Diário Oficial da União** em 24 de Setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em 9 de maio de 2015.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em 12 de maio de 2015.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

_____. Lei nº 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. Brasília, Publicado no **Diário Oficial da União** em 27 de Janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em 10 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1, DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília 13 de abril de 2005. Publicado no **Diário de Justiça** em 17 de março 2006. Republicação: 22 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738814/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df>>. Acesso em 17 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6, DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requeridos: Conselho Nacional de Justiça. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – SINDJUS/DF, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União – FENAJUFE, Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília 20 de agosto de 2008. Publicado no **Diário de Justiça** em 18 de dezembro 2009. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Publicado no **Diário de Justiça Eletrônico** em 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em 8 de maio de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549 - RS (2009/0076691-2). Agravante: Município de Esteio. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 8 de junho de 2010. Publicado no **Diário de Justiça Eletrônico** em 21 de junho de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 834.566 – RN. Embargante: Estado do Rio Grande do Norte. Embargado: Cláudia André Rangel de Souza. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 18 de novembro de 2014. Publicado no **Diário de Justiça Eletrônico** em 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339173/embdecl-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-834566-rn-stf/inteiro-teor-159293474>>. Acesso em 30 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745 – MG. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2 de dezembro de 2014. Publicado no **Diário de Justiça** em 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338650/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-745745-mg-stf>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 862644 - RN. Partes: União, Advogado-Geral Da União, Maria Ivanilda Melo Torres, Defensor Público-Geral Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de fevereiro de 2015. Publicado no **Diário de Justiça Eletrônico** em 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25360596/recurso-extraordinario-re-862644-pe-stf>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

_____. **Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/regimento-interno-e-regulamentos>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

_____. Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 61 de 7 de abril de 2010, p. 9-10. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Acesso em 6 de maio de 2015.

_____. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 61 de 7 de abril de 2010, p. 4-6. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf. Acesso em 6 de maio de 2015.

_____. Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013, do Conselho Nacional de Justiça. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 157 de 21 de agosto de 2013, p. 2. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_43_21082013_21082013190239.pdf. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. Portaria nº 25, de 22 de março de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. Designa membros para compor os Comitês Executivos Estaduais no âmbito do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 53 de 24 de março de 2011, p. 2-5. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/portaria/portaria_25_22032011_17102012172730.pdf. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. Portaria nº 49, de 6 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. Acrescenta os incisos XV a XXVII à Portaria nº 25, de 22 de março de 2011, e altera dispositivos dos incisos III, VI, VII, XI e XIV da mesma norma. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 104 de 08 de junho de 2011, p. 2-5. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/frumsade.portaria%20n%2049-gp.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 201 de 24 de novembro de 2009, p. 3. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/portaria/portaria_650_20112009_18102012194714.pdf. Acesso em 19 de maio de 2015.

_____. Portaria nº 15, de 27 de fevereiro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça. Cria o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 38 de 3 de março de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n15-27-02-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARLINI, Angélica. *et al.* **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Salvador, 32 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Salvador – UNIFACS.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo Malheiros Editores, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados no V Fórum Estadual do Judiciário para a Saúde**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/777-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-da-saude/iniciativas-dos-comites-estaduais>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Convocatória para apresentação de Enunciados para a I Jornada do Fórum Nacional da Saúde**. Brasília, março de 2014. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/Convocatoria_jornada_forum%20saude.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **II Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Convocatória para apresentação de Enunciados para a II Jornada do Fórum Nacional da Saúde**. Brasília, março de 2015. Disponível em:<

<http://www.cnj.jus.br/images/eventos/saude/Convocatoria-II-Jornada-saude.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Consolidação de Enunciados do Comitê Executivo do Fórum Nacional de Saúde do CNJ no Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/Comite_CNJ_RJ_ENUNCIADOS_FOLDER.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIOCRUZ. **Reforma Sanitária**. Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

GALHARDO, Maria Paula Gouvea. **Consolidação de Enunciados do Comitê Executivo do Fórum Nacional de Saúde do CNJ no Estado do Rio de Janeiro**. Consolidação de enunciados elaborada pela Juíza Maria Paula Gouvea Galhardo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, compreendendo as conclusões apresentadas no âmbito do workshop do Comitê Executivo do Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça no Rio de Janeiro “Os desafios da tutela judicial do direito público à saúde”, em 30 de junho de 2011, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. A presente consolidação foi aprovada pelo Comitê na reunião do dia 7 de abril de 2014, ocorrida na sede do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/Comite_CNJ_RJ_ENUNCIADOS_FOLDER.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

GARCIA, Néson Jahr. **Estado Novo, ideologia e propaganda política**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/estadonovo.html#0>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. *In*: **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. São Paulo: Global, 1988.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: o ser humano num mundo em transformação**. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo, SP: Loyola; Rio de Janeiro, RJ: PUC, 2002.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Núcleo de Assessoria Técnica é considerado referência nacional por secretários estaduais e municipais do país**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/162902>>. Acesso em 20 de maio de 2015.

PORTAL DO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **TJ analisará viabilidade de vara especializada em demandas que envolvam a Saúde**. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/7380-tj-analisara-viabilidade-de-vara-especializada-em-demandas-que-envolvam-a-saude>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

PORTAL DO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **TJRN disciplina funcionamento de Câmara Técnica para demandas voltadas à Saúde**. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/8793-tjrn-disciplina-funcionamento-de-camara-tecnica-para-demandas-voltadas-a-saude>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

PORTAL DO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Portaria nº 608, de 13 de abril de 2015, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Dispõe sobre a formação e o funcionamento da Câmara Técnica voltada para auxiliar a instrução e o julgamento de demandas relacionadas com a saúde. **Diário de Justiça Eletrônico** Ano 9, edição 1788, p. 14. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/89601867/djrn-administrativo-13-04-2015-pg-14/pdfView>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Gabriela Galiza. **A Judicialização do direito à saúde e o impacto decisório no fornecimento de medicamentos**. Natal, 2012. 135 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência Pública nº 04, convocada em 05 de março de 2009.** Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura da Audiencia Publica MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf)>. Acesso em 29 de abril de 2015.

ANEXO A**I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE
A JUSTIÇA FAZ BEM À SAÚDE****ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM 15 DE MAIO DE 2014 – SÃO PAULO-SP****ENUNCIADOS SAÚDE PÚBLICA****ENUNCIADO N.º 1**

Nas demandas em tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos e/ou com problemas de álcool, crack e outras drogas, quando deferida a obrigação de fazer contra o poder público para garantia de cuidado integral em saúde mental (de acordo com o laudo médico e/ou projeto terapêutico elaborado por profissionais de saúde mental do SUS), não é recomendável a determinação a priori de internação psiquiátrica., tendo em vista inclusive o risco de institucionalização de pacientes por longos períodos.

ENUNCIADO N.º 2

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

ENUNCIADO N.º 3

Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO N.º 4

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as

alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

ENUNCIADO N.º 5

Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

ENUNCIADO N.º 6

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

ENUNCIADO N.º 7

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON.

ENUNCIADO N.º 8

Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO N.º 9

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

ENUNCIADO N.º 10

O cumprimento de pleitos judiciais que visem à prestação de ações ou serviços exclusivos da assistência social não devem ser impostos ao Sistema Único de Saúde (SUS).

ENUNCIADO N.º 11

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

ENUNCIADO N.º 12

A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

ENUNCIADO N.º 13

Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

ENUNCIADO N.º 14

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO N.º 15

As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação

Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

ENUNCIADO N.º 16

Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

ENUNCIADO N.º 17

Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios.

ENUNCIADO N.º 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS.

ENUNCIADO N.º 19

Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente.

ENUNCIADOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

ENUNCIADO N.º 20

A inseminação artificial e a fertilização “in vitro” não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.

ENUNCIADO N.º 21

Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n.º 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

ENUNCIADO N.º 22

Nos planos coletivos deve ser respeitada a aplicação dos índices e/ou fórmulas de reajuste pactuados, não incidindo, nestes casos, o índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar editados para os planos individuais/familiares.

ENUNCIADO N.º 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

ENUNCIADO N.º 24

Cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento médico, odontológico e/ou cirúrgico, é garantida a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo consumidor, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais, cuja remuneração ficará a cargo da operadora.

ENUNCIADO N.º 25

É abusiva a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé.

ENUNCIADO N.º 26

É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

ENUNCIADO N.º 27

As Resoluções n.º 1956/2010 Conselho Federal de Medicina e n.º 115/2012 do Conselho Federal de Odontologia e o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na Agência Nacional de Saúde Suplementar, e suas alterações, são de observância obrigatória.

ENUNCIADO N.º 28

Nas decisões liminares para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ.

ENUNCIADO N.º 29

Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO N.º 30

É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição.

ENUNCIADO N.º 31

Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.

ENUNCIADO N.º 32

No juízo de admissibilidade da petição inicial (artigos 282 e 283 do CPC) o juiz deve, sempre que possível, exigir a apresentação de todos os documentos relacionados com o caso do paciente, tais como: doença; exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito; dosagem; contraindicação; princípio ativo; duração do tratamento; prévio uso dos programas

de saúde suplementar; indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa.

ENUNCIADO N.º 33

Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar* e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec)** para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação.

*<http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans>

**<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/oministerio/principal/secretarias/ctie/conitec>

ENUNCIADO N.º 34

Os serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos e eventos listados na Lei 9.656/98 e no rol de procedimentos e eventos em saúde, solicitados por cirurgiões-dentistas ou odontólogos, são de cobertura obrigatória quando vinculados a eventos de natureza odontológica, desde que constante do contrato, bem como observada segmentação contratada.

ENUNCIADO N.º 35

Nos planos coletivos, contratados a partir da vigência da Resolução Normativa n. 195/09 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em que não for comprovado o vínculo entre o consumidor e a pessoa jurídica contratante na forma da regulamentação da ANS, o tipo de contratação do consumidor cujo vínculo não for comprovado, deve ser considerado individual para efeitos de rescisão e reajuste, não se aplicando aos planos das empresas e entidades de autogestão.

ENUNCIADO N.º 36

O tratamento das complicações de procedimentos médicos e cirúrgicos decorrentes de procedimentos não cobertos, tem obrigatoriedade de cobertura, respeitando-se as disposições do Rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela ANS e as segmentações contratadas.

ENUNCIADOS BIODIREITO

ENUNCIADO N.º 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

ENUNCIADO N.º 38

Nas pesquisas envolvendo seres humanos deve ser assegurada a proteção dos direitos fundamentais dos participantes da pesquisa, além da avaliação da necessidade, utilidade e proporcionalidade do procedimento, com o máximo de benefícios e mínimo de danos e riscos.

ENUNCIADO N.º 39

O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

ENUNCIADO N.º 40

É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

ENUNCIADO N.º 41

O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.

ENUNCIADO N.º 42

Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO N.º 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

ENUNCIADO N.º 44

O absolutamente incapaz em risco de morte pode ser obrigado a submeter-se a tratamento médico contra à vontade do seu representante.

ENUNCIADO N.º 45

Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.

ANEXO B**II JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE****A JUSTIÇA FAZ BEM À SAÚDE****Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde**

46 – Saúde Pública - As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado.

47 - Saúde Pública - Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados.

48 – Saúde Pública - As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.

49 – Saúde Pública - Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

52 - Saúde Pública - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de

eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

53 – Saúde Pública - Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

54 - Saúde Pública – Havendo valores depositados em conta judicial, a liberação do numerário deve ocorrer de forma gradual mediante comprovação da necessidade de continuidade do tratamento postulado, evitando-se a liberação única do montante integral.

55 – Saúde Pública - O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

56 – Saúde Pública - Havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos.

57 – Saúde Pública - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

59 - Saúde Pública - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

61- Saúde Pública - Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

62 - Saúde Suplementar - Para fins de cobertura assistencial, o conceito de urgência e emergência deve respeitar a definição legal contida no art. 35-C, Lei Federal 9.656/98.

63 – Saúde Suplementar - O deferimento de cirurgia bariátrica em tutela de urgência sujeita-se à observância das diretrizes constantes da Resolução CFM nº 1942/2010 e de outras normas que disciplinam a matéria.

64 - Saúde Suplementar - A atenção domiciliar não supre o trabalho do cuidador e da família, e depende de indicação clínica e da cobertura contratual.

65 - Saúde Suplementar - Não é vedada a intervenção de terceiros nas demandas que envolvam plano de saúde.

66 – BioDireito - Poderá constituir quebra de confiança passível de condenação por dano, a recusa imotivada em fornecer cópia do prontuário ao próprio paciente ou seu representante

legal ou contratual, após comprovadamente solicitado, por parte do profissional de saúde, clínica ou instituições hospitalares públicos ou privados.

67 – BioDireito - As informações constantes do receituário médico, para propositura de ação judicial, devem ser claras e adequadas ao entendimento do paciente, em letra legível, discriminando a enfermidade pelo nome e não somente por seu código na Classificação Internacional de Doenças – CID, assim como a terapêutica e a denominação genérica do medicamento prescrito.

68 – BIODIREITO - OS DIREITOS REPRODUTIVOS CORRESPONDEM AO CONJUNTO DE DIREITOS BÁSICOS RELACIONADOS COM O LIVRE EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE E DA REPRODUÇÃO HUMANA.