

# A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE AS NOVAS PERSPECTIVAS DESSE FENÔMENO<sup>1</sup>

Daiane Brutis de Bairros<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho expõe, através da doutrina, a questão da saúde como direito fundamental, previsto na Constituição e, os institutos que permeiam o tema, os quais são indispensáveis para que se possa entender o fenômeno da judicialização. Dessa forma, este artigo possui como objetivo analisar a judicialização da saúde frente as novas perspectivas desse fenômeno. Por fim, busca evidenciar os mecanismos criados para auxiliar o papel do Judiciário frente a essas questões envolvendo o direito à saúde. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

**Palavras chave:** Direito à Saúde. Direito Fundamental. Judicialização da Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Medicina Baseada em Evidência.

**Abstract:** The work exposes through doctrine the issue of health as a fundamental right, provided for in the Constitution and the institutes that permeate the theme, which are indispensable to understand the phenomenon of judicialization. Thus, this article aims to analyze the judicialization of health in view of the new perspectives of this phenomenon. Finally, it seeks to highlight the mechanisms created to assist the judiciary's role in dealing with these issues involving the right to health. In preparing this article, we use the inductive method.

**Keywords:** Right to Health. Fundamental Law. Health Judicialization. Dignity of the Human Person. Evidence Based Medicine.

## 1 Introdução

O direito à saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, inserido no rol dos direitos fundamentais, sendo dever do estado garantir essa prestação a todos os cidadãos, em que pese consubstanciar uma norma constitucional, encontra óbice na escassez de recursos e na seleção de prioridades do administrador público<sup>3</sup>. Fazendo com que muitas pessoas recorram ao Judiciário para terem suas pretensões satisfeitas.

---

<sup>1</sup> Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma Especial 2019.

<sup>2</sup> Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 677.

Com isso, o crescente fenômeno da judicialização da saúde vem despertando a atenção dos mais diversos segmentos da sociedade. Muito se discute, na seara jurídica, sobre o impacto desse fenômeno. Em uma primeira análise, a judicialização da saúde se apresenta como importante instrumento, para que o cidadão busque a efetivação de seu direito fundamental. Em contrapartida, esse direito, quando garantido de modo exacerbado, viola os limites orçamentários da administração pública, gerando consequências que em cadeia, prejudicam direitos de terceiros.

Neste contexto, afirma Gilmar Mendes<sup>4</sup> que, o problema da “judicialização do direito à saúde” adquiriu proporções teóricas e práticas, envolvendo não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, 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 geram impactos para os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem obrigados a garantir prestações de direitos, comumente contrárias a política determinada para a área de saúde e acima das possibilidades orçamentárias.

Muitos doutrinadores, bem como outros atores desse cenário, defendem o fenômeno da judicialização da saúde ressaltando seus aspectos positivos, dentre eles, a efetivação do direito. Por outro lado, há aqueles que demonstram preocupações com as possíveis consequências negativas decorrentes desse processo.

Neste contexto, a questão central deste estudo é analisar, tendo em vista o as nuances que envolvem o tema da saúde e considerando o surgimento de alternativas que buscam auxiliar a resoluções das demandas envolvendo esse direito, qual é o papel do Poder Judiciário frente as novas perspectivas da judicialização da saúde no Brasil.

Assim, com a utilização do método indutivo este artigo analisa a proteção do direito à saúde sob o prisma da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Avalia o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, e especificamente as

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 678 - 679.

alternativas que surgem como forma de uma nova perspectiva de judicialização no Brasil.

## 2 Direito a saúde

Os direitos fundamentais são aqueles atribuídos ao homem, com a finalidade de limitar o poder estatal e, inclusive conferir o dever prestacional por parte do Estado. A sedimentação destes direitos, como normas obrigatórias e núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana, decorre de grandes avanços no tempo.

A “perspectiva histórica situa a evolução dos direitos em três gerações”<sup>5</sup>. Assim, direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, já os chamados de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, incluindo aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice. Por fim, os direitos de terceira geração englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos<sup>6</sup>.

O direito à saúde está incluído nos direitos de segunda geração, expressamente previsto em alguns artigos da Constituição Federal de 1988, inserido na órbita dos direitos sociais, conforme preceitua o artigo 196<sup>7</sup>.

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.

Compreende-se como direito social àqueles determinados por seu aspecto político, vinculados às funções e deveres do Estado, à definição de formas de organização social e à ideia de vida digna<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 155.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 44-45.

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Acesso em: 25 set 2019.

<sup>8</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 26.

Nas palavras de Mendes e Branco<sup>9</sup>, ao estabelecer a relação entre direitos sociais e Estado Social de Direito, afirma:

Esses direitos adquirem especial significado em um país como o Brasil, no qual sua concretização encontra-se, por diversos motivos, deficitária. Tal fato contribui com o entendimento, pela população, de que o Poder Judiciário é um aliado vital na luta por sua obtenção, o que faz com que a judicialização dos direitos sociais que dependam da prestação estatal seja cada vez mais frequentes.

Nesse sentido, cabe ressaltar, que o direito à saúde não inclui apenas acesso a fármacos e tratamento adequado, mas vincula questões destinadas a alimentação adequada, ao trabalho, à assistência social e à moradia digna, estando intimamente ligado a dignidade da pessoa humana. Ao tratar deste princípio, Schulze<sup>10</sup> menciona o entendimento de Luís Roberto Barroso:

Na visão de Luís Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana é composto de três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor social. Segundo o aludido jurista, o valor intrínseco distingue a pessoa humana dos outros seres vivos e das coisas, demonstrando que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade, inteligência, sensibilidade e comunicação e materializa o direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral. A autonomia da vontade, na perspectiva de Barroso, consiste na capacidade de autodeterminação, ou seja, na possibilidade de o indivíduo escolher livremente os rumos da sua vida, sem a intervenção estatal. Por fim, o valor comunitário refere-se à heteronomia, à vinculação das pessoas em relação ao grupo, projetando-se, também a solidariedade.

Partindo dessa análise, Clenio Jair Schulze<sup>11</sup>, em sua obra *Judicialização da Saúde*, ao tentar estabelecer uma compreensão apropriada quanto ao texto constitucional do direito à saúde, aduz:

Um pensamento inicial conduz à ideia de que se trata de um direito absoluto. Isso se dá em razão da noção geral segundo qual sem saúde não há dignidade humana. As decisões judiciais, em geral, deixam de enfrentar tal questão, fundamentando que direito à saúde está previsto na constituição e que por isso cabe ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o ente público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias.

---

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 155.

<sup>10</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. 2 ed. ver. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 28.

<sup>11</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **A Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 69.

No entanto, para que tal princípio possa funcionar como conceito operacional sob um prisma jurídico, é imprescindível dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação, como elucida Barroso<sup>12</sup>:

Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário.

Com isso, o maior obstáculo da prestação jurisdicional é determinar os limites, a extensão e alcance da dignidade da pessoa humana e, ainda de conhecer quais os fatos jurídicos que permitem a invocação do princípio para a proteção do direito fundamental à saúde<sup>13</sup>.

Desse modo, embora o direito à saúde esteja vinculado a dignidade da pessoa humana, é preciso considerar que a prestação devida pelo Estado varia conforme a necessidade de cada indivíduo. Uma vez que o Estado tem que dispensar um determinado recurso para custear o direito social, como a saúde de determinado cidadão, em contrapartida, deve dispor de valores variáveis para arcar com as necessidades individuais dos demais cidadãos. “Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos”<sup>14</sup>.

Outro ponto a ser considerado, é o chamado mínimo existencial, que é o “conjunto de bens indispensáveis” para a satisfação dos direitos fundamentais do cidadão<sup>15</sup>. Ou seja, determina o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é o pressuposto da dignidade para qualquer pessoa”.

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 286.

<sup>13</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 29.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 678.

<sup>15</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 29.

Resultando em violação do mandamento constitucional se alguém viver abaixo deste patamar<sup>16</sup>.

Sendo assim, o direito à saúde é um direito social, que deve ser garantido através de políticas de tratamento e de prevenção, por todos os entes da federação, para que haja efetividade na proteção do referido direito e, seja observado cada caso, bem como que seja garantida a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. No entanto, a efetivação desse direito nem sempre se dá de forma voluntária, originando demandas que objetivam a manutenção desse direito, cabendo ao judiciário avaliar cada caso concreto.

### 3 Judicialização da saúde

A necessidade de intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais deu amparo ao fenômeno da judicialização da política. Judicialização significa que temas de relevante repercussão social estão sendo apreciadas pelo Poder Judiciário e não por aqueles que possuem a função típica para tal<sup>17</sup>.

Nessa linha, não raras as vezes, o acesso ao direito à saúde encontra obstáculos, o que faz com que a demanda para o Poder Judiciário aumente, requerendo que este obrigue a administração pública a fornecer medicamentos ou tratamentos. Esse movimento é o que denominamos de judicialização da saúde.

O que se verifica, é que esse fenômeno está gerando grandes impactos para o orçamento público. Desde 1990, as demandas judiciais em busca de medicamentos, cirurgias e insumos tiveram um avanço significativo. Dados divulgados através do Ministério da Saúde, demonstram considerável aumento com gastos públicos no que se refere à aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos deferidos em decisões judiciais<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** p. 214.

<sup>17</sup> MACHADO, Clara e MARTINI, Sandra Regina. **Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema.** Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, 2018. p. 774-796. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190/281>>. Acesso em 28/09/2019.

<sup>18</sup> LAFFIN, Nathália Helena Fernandes e BONACIM, Carlos Alberto Grespan. **Custos da saúde: judicialização de medicamentos ofertados pelo SUS. XXIV Congresso Brasileiro de Custos.**

Ainda, preciso se ater as causas para entender o crescente número de demandas, nesse sentido, se faz relevante a explanação de Clenio Jair Schulze<sup>19</sup>.

O aumento exponencial dos números da Judicialização da Saúde nos últimos anos permite concluir que tal fenômeno é decorrente de vários fatores, entre os quais podem ser destacados: (a) descobertas de novas tecnologias; (b) aumento da expectativa de vida; (c) descumprimento das políticas já existentes no Sistema Único de Saúde – SUS; (d) consolidação do Direito à Saúde no Brasil; (e) facilitação do acesso à Justiça, com aumento do número de advogados e membros de Ministério Público e Defensoria Pública, criação do processo eletrônico; (f) mercantilização da Saúde; (g) medicalização da vida. a intervenção do Poder Judiciário pode ocorrer por diversos fatores, se dá, na maior parte das vezes, em decorrência da ineficiência do Poder Legislativo e Poder Executivo.

No entanto, não deve se tratar de uma imposição indiscriminada de todo e qualquer tipo de tratamento, uma vez que os contornos do direito à saúde norteiam o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a prevenção e a proteção. Sobre as políticas desenvolvidas, discorre Mendes e Branco<sup>20</sup>:

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Em outros termos, é fundamental a atuação do Poder Judiciário para realização do direito social à saúde, porém, é necessário cautela para avaliar os possíveis impactos de cada decisão.

Em decorrência do tema em questão, faz-se imperioso destacar os pontos positivos e negativos da judicialização da saúde, extraídos do livro *Judicialização da Saúde no século XXI*<sup>21</sup>:

---

Florianópolis (SC), 15 a 17 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anaais/article/download>>. Acesso em 29/09/2019.

<sup>19</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **Desafios para 2018 na Judicialização da Saúde**. In *Empório do Direito*. 01/01/2018. Disponível em: <<https://emporiოდodireito.com.br/leitura/desafios-para-2018-na-judicializacao-da-saude>>. Acesso em 29/09/2019.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 715.

<sup>21</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **A Judicialização da Saúde no Século XXI**. p. 93-94.

Dentre os aspectos positivos, destacam-se a correção da administração, ou seja, de medicamentos e produtos que já constam da relação de medicamentos é que, portanto, devem ser fornecidos diretamente pelo SUS, a incorporação de novas tecnologias, a concretização da teoria dos direitos fundamentais, o aumento da regulação, a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC e, o fomento ao uso da Medicina Baseada em Evidências.

Por outro lado, existem as preocupações com as consequências negativas da judicialização de questões relacionadas à saúde. Entre os argumentos levantados, destacam-se a percepção de que todas as tecnologias existentes no mercado mundial são passíveis de uso pela sociedade brasileira, o pensamento de que o Judiciário é o caminho mais fácil, a ausência de visão técnica adequada do Judiciário na análise das postulações, o aumento do impacto financeiro com o alto número de condenações judiciais, a aparente desorganização da administração, pois o impacto financeiro da condenação impede que a Administração pública ou operadora do plano de saúde fomente determinadas práticas ou políticas previamente programadas em atendimento à rede de atenção à saúde. Não menos importante, ainda há o uso indevido da máquina do Judiciário e, a causa benefício prioritário àqueles que judicializam, em detrimento aos cidadãos que não buscam ou não podem acessar o Poder Judiciário (duas portas do SUS).

Com base no exposto, fica evidente “a missão da sociedade e do Poder Judiciário é permitir que os aspectos negativos sejam superados e que os pontos positivos sejam fortalecidos”<sup>22</sup>. Sob esse prisma, surge a necessidade em discutir o papel do Judiciário frente a essas questões.

Sobre o tema discorre Mendes e Branco<sup>23</sup>:

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada atenção a prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo. Por outro lado, defensores da atuação do poder judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da

---

<sup>22</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **A Judicialização da Saúde no Século XXI**. p. 95.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 678 - 679.



dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos “o mínimo existencial” em cada um dos direitos de exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia ser deixado de ser objeto de apreciação judicial.

A problemática em questão consiste invariavelmente na concessão ou não de medicamentos e outros tratamentos de alto custo, ainda não incorporados ao Sistema Único de Saúde, pelo Poder Judiciário e os seus impactos no orçamento da administração pública.

Em uma primeira análise superficial, pode-se afirmar que a via judicial de um lado, tem garantido a efetividade dos princípios constitucionais de universalidade, integralidade e equidade na assistência à saúde, do outro, verifica-se o contrário, ao passo as decisões judiciais visam a garantir o atendimento ao direito e às necessidades de um cidadão, obriga a administração a tomar decisões contrárias aos princípios constitucionais de equidade e acesso igualitário à assistência à saúde de qualidade<sup>24</sup>.

Surge então o termo utilizado pela administração pública, “tragédia dos comuns”, quando se referem a Judicialização da Saúde. O objetivo é ressaltar que, enquanto alguns se beneficiam com sentenças favoráveis, os demais ficam desprotegidos adequada do SUS porque os recursos já foram utilizados por quem chegou primeiro. “Assim, ganha quem for mais rápido”<sup>25</sup>.

Sobre o tema, é necessário examinar os reflexos da Lei 13.655/2018 elencado por Schulze e Neto<sup>26</sup>, em especial quando afirma que:

Haverá transformação no processo judicial. O juiz deverá ampliar a interpretação das ações individuais, imaginando e projetando o caso na perspectiva plural, coletiva. Ou seja, qual será o impacto da condenação judicial no orçamento do Município, do Estado e da União. Se é possível suportar faticamente a decisão. Se a decisão efetivamente vai beneficiar as pessoas.

---

<sup>24</sup> MACHADO, Tereza Robichez. **Judicialização da Saúde e Contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels**. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i2p52-76>>. Acesso em 29/09/2019.

<sup>25</sup> SANTOS, Alethele de Oliveira e LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea Direito à Saúde: Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde**. Brasília (DF). CONASS, 2018. Disponível em: <[https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas\\_do\\_Fenomeno\\_da\\_Judicializacao\\_da\\_Saude-1.pdf](https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf)>. Acesso em 29/09/2019.

<sup>26</sup> SCHULZE, Clelio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 303.

Em outras palavras, cabe lembrar que o Sistema de Saúde só é viável quando os recursos são distribuídos de forma mais eficiente possível. Assim “não se pode obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente”, pois é certo que acarretaria grave lesão orçamentária à administração, ocasionado o colapso do SUS<sup>27</sup>.

Portanto, estes são alguns dilemas que norteiam a Judicialização da Saúde e evidenciam que os magistrados estão constantemente diante de casos difíceis (hard cases) que precisam de uma solução, “pois há uma pessoa que possui uma patologia, há uma prescrição médica e há um tratamento disponível (ainda que sem efetividade, eficácia e eficiência) em algum lugar do mundo”. Para alguns, motivo satisfatório para o deferimento do pedido. Para outros, é necessário a comprovação da eficácia da prestação pleiteada, através de estudos de evidência e, a verificação de que o custo é socialmente suportável, sem prejudicar ainda mais o Sistema de Saúde<sup>28</sup>.

#### **4 O papel do Judiciário frente as novas perspectivas sobre a judicialização da saúde**

O protagonismo do Poder Judiciário como garantidor de direitos sociais, como à saúde, esbarra nos limites dos direitos individuais em face aos coletivos. Assim, é preciso adotar critérios de contenção, para que não haja excessos e sua atuação se dê estritamente em garantir o cumprimento das políticas públicas. Não basta para resolver um caso apenas o apego isolado a tais direitos. Como se observa na explanação de Mendes e Branco<sup>29</sup>:

Como regra geral, a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o

---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 726.

<sup>28</sup> SANTOS, Alethele de Oliveira e LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea Direito à Saúde: Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde**. Brasília (DF). CONASS, 2018. Disponível em: <[https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas\\_do\\_Fenomeno\\_da\\_Judicializacao\\_da\\_Saude-1.pdf](https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf)>. Acesso em 29/09/2019.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 726.

diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses.

Essas ferramentas funcionam como ponto de equilíbrio entre o que está disposto no mercado e o que deve ser incorporado pelo Sistema de Saúde, pois “nem tudo apresenta que é colocado no mercado pela indústria apresenta real vantagem sobre aquilo que já está incorporado. De outro lado há muitos produtos que são disponibilizados no mercado que deveriam constar das políticas públicas”<sup>30</sup>.

Cabe destacar, que a MBE “é a técnica específica que atesta como maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objetos de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática”<sup>31</sup>.

Nesse sentido, a observância desse instituto é primordial para a edificação de um modelo judicial harmônico e equilibrado, através de pareceres judiciais sustentados em evidências científicas.

No tocante a judicialização da saúde, existem outras medidas criadas com o intuito de subsidiar os magistrados em suas decisões, e ainda, trazer maior segurança nos pareceres referentes às demandas de saúde.

Iniciamos com o relevante papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça que “criou um grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”, em resultado, criou-se a Recomendação nº 31, destinada aos Tribunais competentes nas demandas envolvendo direito à saúde. Esta Recomendação estabeleceu diretrizes aos juízes, observando questões como demandas judiciais elevadas, alto impacto orçamentário, relevância da matéria, carência de informações clínicas, análise de registro na Anvisa, reinvidicação de gestores e sustentabilidade e gerência do SUS<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 118.

<sup>31</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **A Judicialização da Saúde no Século XXI**. p. 79.

<sup>32</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 66-67.

Sobre o tema, Clenio Jair Schulze<sup>33</sup> informa que posteriormente foi publicada a Resolução nº 107, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário, objetivando o monitoramento e resolução de processos envolvendo direito à saúde e, esta Resolução também criou Comitês Executivos “para coordenar e executar as ações de natureza específica consideradas relevantes”.

As atribuições destinadas ao Fórum da Saúde são as seguintes:

**Art. 1º** Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. **Art. 2º** Caberá ao Fórum Nacional: **I** - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; **II** - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; **III** - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; **IV** - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; **V** - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional<sup>34</sup>.

Ainda sobre o papel do CNJ, este impulsionou a criação da plataforma digital dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário, que oferece apoio técnico ao magistrado e fundamentos científicos para decidir sobre demandas de saúde, sendo o serviço regulamentado através do Provimento nº 84/2019<sup>35</sup> da Corregedoria Nacional de Justiça, a seguir exposto:

**Art. I** Os Magistrados Estaduais e os Magistrados Federais com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, ainda que durante o plantio judicial, quando levados a decidirem sobre a concessão de determinado medicamento, procedimento ou produto, poderão solicitar apoio técnico ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) do seu Estado ou ao NAT-JUS NACIONAL. **§ 1** O apoio técnico previsto no caput, quando solicitado, deverá ser materializado por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), hospedado no sítio do Conselho Nacional de Justiça, podendo ser acessado através do link: [www.cnj.jus.br/e-natjus](http://www.cnj.jus.br/e-natjus). **§ 2** Nas hipóteses em que o Tribunal local já

<sup>33</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 67-68.

<sup>34</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 107, 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em 29/09/2019.

<sup>35</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento 84, de 14 de Agosto de 2019. Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/provimento-842019-cnj-nat-jus.pdf>>. Acesso em 28/09/2019.

dispuser de um sistema próprio de apoio técnico, o Magistrado poderá solicitar por meio do sistema do seu Tribunal, sendo que emitido o parecer no caso concreto, o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS) deverá alimentar a base de dados do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), com suas respectivas notas técnicas. **§ 3** O Tribunal que já dispõe de sistema próprio de solicitação de apoio técnico, por intermédio do seu Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), quando tiver a necessidade de tutoria para elaboração de suas notas técnicas, junto aos NATS selecionados, conforme previsto no Termo de Cooperação n 021/2016, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, deverá sol citar através do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). **§ 4** Nas demandas com pedido de urgência, conforme previsto no Termo de Cooperação Técnica n 051/2018, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, o Magistrado, quando tiver a necessidade de apoio técnico do NAT-JUS NACIONAL, ainda que o Tribunal disponha de sistema próprio, e neste caso determinará por decisão, a solicitação de nota técnica diretamente por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). **Art. 2** Os Tribunais que já dispõem de sistema próprio, além de poder utilizar o sistema e-NatJus, nas formas anteriormente previstas, poderão utiliza-lo através dos mecanismos de integração de sistemas de processo eletrônico."

Com isso, se ganha importante instrumento para auxiliar o Poder Judiciário, através da compilação de dados sobre questões relacionadas à saúde e troca de informações entre profissionais da área médica e gestores públicos. Dessa forma, será possível analisar a viabilidade na incorporação de novas tecnologias, e apontar os critérios científicos que embasaram determinada decisão.

Nessa mesma linha, é o se extraí do texto de Schulze e Neto<sup>36</sup> que, afirmam que a judicialização deve ser encarada através de critérios jurídicos e científicos:

A judicialização da saúde neste contexto, deve ser analisada a partir de critérios mínimos (jurídicos e das ciências da saúde) que possam conferir primazia ao direito fundamental, não de forma absoluta, mas de modo a conferir de justiça, com equilíbrio, sustentabilidade e preservação da isonomia substancial.

Outras iniciativas que merecem evidência, são os Enunciados e Cartilhas, que reúnem informações sobre o tema, resumos de práticas de sucesso e sugestões para os entes envolvidos. Ainda, não menos importantes, como mecanismos para equalizar as relações no cenário da judicialização, temos os mutirões de conciliação, as varas especializadas em saúde pública e a jornada de direito da saúde do CNJ<sup>37</sup>.

Portanto, diante de um número cada vez mais crescente de ferramentas que visam auxiliar o papel do Judiciário, frente as questões relacionadas ao direito da

---

<sup>36</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 64.

<sup>37</sup> SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. p. 70.

saúde, é de grande relevância que seus membros atuem visando a máxima efetividade em suas decisões, submetendo às demandas a uma análise de evidência científica, buscando dessa forma efetivar o direito, reduzir a judicialização, e os impactos aos cofres públicos.

## 5 Considerações finais

O direito à saúde se trata de um direito social, cabendo ao Estado o papel de promovê-lo e protegê-lo, sendo inegável a relevante função desempenhada pelo Poder Judiciário no tocante ao direito à saúde, mesmo com todas as particularidades que permeiam cada caso concreto, é a judicialização que tira o Poder Público da inércia. Há os casos em que a prestação deve ser ofertada pelo Sistema de Saúde e, por razões das mais diversas, não chega ao seu destinatário. Há, no entanto, situações em que determinados tratamentos passam a ser incorporados ao rol ofertado pelo SUS.

Afinal, quais medidas devem ser utilizadas para que o direito seja protegido? “Há um sem-fim de opções quanto às formas de proteção, bem como uma enorme gama de posições individuais quanto ao limite que deve alcançar a atividade protetiva”.<sup>38</sup>

A resposta, é que é inviável assegurar indistintamente os direitos fundamentais, mormente no que se refere a tratamentos de custo altíssimo e sem perspectiva de efetividade. Viável será se no caso concreto se observado a eficácia científica de determinada prestação, a preservação do direito coletivo em detrimento do individual e, os impactos na ordem administrativa. É preciso haver equilíbrio para que se faça justiça.

Para auxiliar nessa importante tarefa do Judiciário surgiram mecanismos que visam auxiliar os magistrados em seus pareceres, e com isso padronizar decisões, garantir embasamento técnico, efetivar direitos e não sobrecarregar o orçamento público. A finalidade é que o Poder Judiciário, antes de decidir, consulte as informações baseadas em medicina de evidência, e os demais instrumentos

---

38 PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

desenvolvidos como forma de reduzir a judicialização exacerbada e os impactos desse fenômeno.

Em outras palavras, a intervenção judicial deverá ocorrer prioritariamente em razão de tutelas coletivas, canalizando esforços para garantir o cumprimento das políticas públicas já consolidadas no Sistema de Saúde, buscando assim reduzir a interferência no sistema e os impactos nos recursos públicos.

Com base no exposto, pode-se assegurar que uma decisão envolvendo questões relacionadas à saúde não pode ser analisada por um viés estritamente jurídico, existem razões de ordem política, coletiva e econômica que estão diretamente relacionadas a ela, e interferem, de modo negativo, para a efetivação de políticas públicas nesta área, sendo essencial que o Poder Judiciário atue de modo a suprir as omissões e as insuficiências resultantes da precária e distorcida atividade exercida pelos demais Poderes do Estado, em matéria de proteção social, e em especial na essencial área da saúde<sup>39</sup>.

Portanto, nas demandas que envolvem direito à saúde, o Poder Judiciário deve atuar de modo a garantir a efetividade das políticas públicas, pautando-se nos limites estabelecidos pelo princípio da dignidade humana e do mínimo existencial, levando em conta as restrições na eficácia dos direitos fundamentais sociais, priorizando o direito coletivo em face do individual.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento 84, de 14 de Agosto de 2019. Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/provimento-842019-cnj-nat-jus.pdf>>. Acesso em 28/09/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 107, 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de

---

<sup>39</sup> SANTOS, Alethele de Oliveira e LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea Direito à Saúde: Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde**. Brasília (DF). CONASS, 2018. Disponível em: <[https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas\\_do\\_Fenomeno\\_da\\_Judicializacao\\_da\\_Saude-1.pdf](https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf)>. Acesso em 29/09/2019.

assistência à saúde. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em 29/09/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Acesso em: 25 set 2019.

LAFFIN, Nathália Helena Fernandes e BONACIM, Carlos Alberto Grespan. **Custos da saúde: judicialização de medicamentos ofertados pelo SUS**. XXIV Congresso Brasileiro de Custos. Florianópolis (SC), 15 a 17 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br> › anais › article › download>. Acesso em 29/09/2019.

MACHADO, Clara e MARTINI, Sandra Regina. **Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema**. Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, 2018. p. 774-796. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190/281>>. Acesso em 28/09/2019.

MACHADO, Tereza Robichez. **Judicialização da Saúde e Contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels**. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i2p52-76>>. Acesso em 29/09/2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2017.

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

SANTOS, Alethele de Oliveira e LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea Direito à Saúde: Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde**. Brasília (DF). CONASS, 2018. Disponível em: <[https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas\\_do\\_Fenomeno\\_da\\_Judicializacao\\_da\\_Saude-1.pdf](https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf)>. Acesso em 29/09/2019.

SCHULZE, Clenio Jair e NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde**. 2 ed. ver. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

SCHULZE, Clenio Jair. **A Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. **Desafios para 2018 na Judicialização da Saúde**. In Empório do Direito. 01/01/2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/desafios-para-2018-na-judicializacao-da-saude>>. Acesso em 29/09/2019.

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