

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
GEAN CARLOS RAFAEL DE OLIVEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RUBIATABA/GO

2022

GEAN CARLOS RAFAEL DE OLIVEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Pedro Henrique Dutra.

RUBIATABA/GO

2022

GEAN CARLOS RAFAEL DE OLIVEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Pedro Henrique Dutra.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 08 / 06 / 2022

Mestre em Ciências Ambientais Pedro Henrique Dutra
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestrando em Língua, Literatura e Interculturalidade
Marcus Vinícius Silva Coelho
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestra em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente
Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida Da Cunha Duvallier
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que até aqui, tem me abençoado, tem me concedido sabedoria para alcançar está realização desse sonho que é a conclusão desse curso. Agradeço ao meu Pai Edval Antônio de Oliveira e minha mãe Maria Lúcia Rafael Oliveira, a meu Irmão Geferson Rafael de Oliveira, e a todos meus familiares que me incentivaram a prosseguir nestes 5 anos de curso. Quero agradecer também meu orientador, o Mestre Pedro Henrique Dutra, um grande profissional que colaborou, contribuiu para a realização desse trabalho, estendo meus agradecimentos a professora Mestra Leidiane, que como professora da disciplina de monografia, contribuiu de forma fundamental, para a realização desse trabalho. Por fim agradeço a todos os colegas e amigos que me apoiaram e me incentivaram para a realização deste trabalho, e agradeço também a banca examinadora.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a judicialização da saúde no Estado Democrático de Direito, considerando o direito a saúde, como um direito fundamental da pessoa humana, logo intransferível, imprescritível, e irrenunciável, e sendo um direito social, necessita de uma prestação positiva do Estado, a abordagem do referido tema é importante para a sociedade, pois o acesso à saúde é preocupação constante da população, ocorre que em muitos momentos, o Estado com fundamento na teoria da reserva do possível, alega falta de recursos financeiros para prestar de forma positiva esse direito, levando os cidadãos a buscarem pelo judiciário para obter uma solução. O problema que norteará a pesquisa é, a escassez de recursos financeiros do Estado e a teoria da reserva do possível podem servir de justificativa para a não efetivação do direito fundamental à saúde fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS)? A metodologia empregada para realização da presente pesquisa é o método dedutivo, operacionalizado por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Reserva do possível. Direito fundamental.

ABSTRACT

The present work aims to address the judicialization of health in the Democratic State of Law, considering the right to health as a fundamental right of the human person, therefore non-transferable, imprescriptible, and inalienable, and being a social right, it needs a provision positive of the State, the approach of the mentioned subject is important for the society, because the access to health is a constant concern of the population, it happens that in many moments, the State based on the theory of the reserve of the possible, alleges lack of financial resources to provide this right in a positive way, leading citizens to seek the judiciary for a solution. The problem that will guide the research is, can the scarcity of financial resources of the State and the theory of reserve of the possible serve as a justification for the non-effectiveness of the fundamental right to health provided by the Unified Health System (SUS)? The methodology used to carry out this research is the deductive method, operationalized through bibliographic research.

Keywords: Right to health. Judicialization. Reserve as possible. Fundamental right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O DIREITO À SAÚDE.....	9
2.1 O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE.....	13
2.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO INSTÂNCIA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	16
2.3 O PAPEL DAS OPERADORAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	17
3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	28
3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	28
3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL.....	32
3.3 RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	34
4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	36
4.1 DECISÕES JUDICIAIS.....	40
4.2 O NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO (NAT).....	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a judicialização da saúde, delimitando-se ao estudo sobre a judicialização da saúde no Estado Democrático de Direito.

Considerando o Direito a Saúde como um Direito Fundamental da pessoa humana, logo, intransferível, imprescritível e irrenunciável e sendo um Direito Social, necessita de uma prestação positiva do Estado, cabendo-lhe, pois fornecê-la, independentemente das condições financeiras do indivíduo.

De acordo com a Teoria da Reserva do Possível, a decisão por um ou outro objetivo ou, em outras palavras, os gastos públicos devem ser feitos mediante a ponderação dos bens e interesses em questão, segundo critério da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, é importante compreender o conflito entre o princípio da separação dos poderes e a judicialização da saúde, assim a importância da análise conceitual e prática do princípio reside justamente como objeto de estudo, uma vez que a efetivação do direito à saúde pelo judiciário, passa pela separação dos poderes.

O problema que norteará esta pesquisa é: a escassez de recursos financeiros do Estado e a teoria da reserva do possível podem servir de justificativa para a não efetivação do direito fundamental à saúde fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS)?

Tem-se como hipótese que a escassez de recursos financeiros do Estado, mesmo parecendo um argumento plausível, não poderia servir de justificativa para a não implementação do direito fundamental à saúde, já que, poderia consubstanciar-se em violação a um direito garantido pela Constituição de 1988.

O objetivo geral deste trabalho é abordar a judicialização da saúde no Estado Democrático de Direito. Para atingi-lo, os seguintes objetivos específicos foram delineados: Caracterizar o direito fundamental à saúde e as condições para que este atinja eficácia plena, imediata e universal; discutir algumas peculiaridades que permeiam o direito à saúde, a exemplo do direito à saúde de idosos e pessoas com deficiências com vistas a avaliar se o direito à saúde destes segmentos populacionais é passível de relativização; e abordar o direito à saúde sob a ótica do mínimo existencial e da reserva do possível.

A abordagem do referido tema é importante para a sociedade, pois a saúde e o acesso a atendimento é preocupação constante da população. Ocorre que em muitos momentos, com fundamento na teoria da reserva do possível, o Executivo alega a falta de recursos financeiros

para operacionalizar o direito à saúde, fazendo com que as pessoas busquem pelo judiciário para obter uma solução para seus problemas.

A pesquisa também traz contribuições para a vida acadêmica e profissional. No que se refere às contribuições acadêmicas, cita-se que embora o direito fundamental à saúde seja amplamente discutido pela literatura, a abordagem focada na contraposição entre o mínimo existencial e a reserva do possível ainda é polêmica, havendo doutrinadores que entendem que em caso de escassez de recursos, é preferível assegurar o direito à saúde da coletividade em detrimento do direito individual à saúde.

No que diz respeito às contribuições à vida profissional, entende-se que o profissional do Direito deve sempre zelar para que os direitos sociais sejam protegidos e, neste contexto, é importante que lute para reverter o quadro atual de carências observado na saúde pública brasileira.

O método empregado na realização da pesquisa foi o método dedutivo, operacionalizado por meio de pesquisa bibliográfica, realizada a partir de revisão de literatura em materiais já publicados em doutrinas, artigos científicos publicados em revistas e periódicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado aliada à pesquisa documental na legislação e entendimentos jurisprudenciais pertinentes ao tema em análise.

Visando cumprir aos objetivos propostos, esta pesquisa encontra-se dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo aborda o direito fundamental à saúde, discutindo o princípio da integralidade, o Sistema Único de Saúde como instância de efetivação do direito à saúde e o papel das operadoras de saúde complementar.

O segundo capítulo analisa o mínimo existencial e a reserva do possível, enfatizando a questão da relativização do direito à saúde.

O terceiro capítulo aborda a judicialização da saúde, dando ênfase às decisões judiciais sobre o tema e analisando a função do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) nos Tribunais de Justiça.

2 O DIREITO À SAÚDE

O objetivo deste capítulo foi discutir o direito fundamental à saúde analisando-o em conjunto com o princípio da integralidade e abordando o papel do SUS e das operadoras de saúde suplementar como instâncias de efetivação do direito à saúde.

Os principais autores utilizados para compor esta discussão foram: Santos (2010), Sarlet e Figueiredo (2010), Rego (2017), Barroso (2018), Farias (2018) e Braga (2021), dentre outros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assimila o conceito à saúde como um direito social, assim como definido na Carta de Princípios da OMS, em que a saúde é considerada em uma perspectiva que atende a condição tríade de bem-estar físico, mental e social, e não apenas de ausência de enfermidade.

Dessa forma, a saúde envolve variáveis e condicionantes, notadamente as que se referem às questões sociais e econômicas, para que se possa realizar o direito do ser humano a ter uma vida saudável, plena e sem privações.

O primeiro conceito de saúde a relaciona como a ausência de doenças, sendo que, no final do século XIX, esse conceito ganha um viés liberal, ao compreender esse estado de doença do indivíduo como elemento prejudicial ao funcionamento das indústrias, já que o trabalhador não poderia participar do processo produtivo (DALLARI, 1988). No entanto, segundo Rego (2017), a positivação da saúde advém dos anos subsequentes à emancipação dos direitos sociais, no constitucionalismo do século XX, período em que ao Estado atribui-se a obrigatoriedade de promover uma diversidade de direitos que beneficiavam a população.

O desenvolvimento desse conceito passou a integrar à ideia de saúde preventiva, como forma de evitar doenças por meio de medidas de assistência, principalmente sanitárias. Nessa temática, há de se ter, como matriz, a noção dada pela OMS acerca de saúde, expondo que a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, englobando um equilíbrio entre o homem, em uma realidade física e psicológica, e abrangendo o meio ambiente em que se está incluído (SANTOS, 2010, p. 29).

Na realidade, a conceituação de direito à saúde se esbarra em diversas dificuldades, que vão desde o conceito dos critérios a serem utilizados, percorrendo pela escolha dos meios para seu alcance e relação com outros ramos do Direito, além de ter uma dimensão individual e outra coletiva.

De acordo com Rocha (2011, p.21), o direito à saúde é definido como “o conjunto de normas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, a promoção e a recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes que asseguram deste direito”.

As ações e serviços de saúde, tem na atualidade leis que atribuem ao poder público a prestação de serviços de saúde de uma forma coletiva, dessa forma campanhas que geram a divulgação e a disseminação de práticas preventivas, corretivas e assistenciais em todo território brasileiro, destinado a atingir o maior número de receptores possíveis, através da premissa da universalidade que norteia a garantia desse direito. O modelo assistencial hodierno não mais prioriza ações individuais, mas sim passa a visar à sociedade e a suas necessidades quanto à saúde pública (BRAGA, 2021).

Sendo a saúde um direito essencial e que garante a preservação da vida (SARLET; FIGUEIREDO, 2010). Todos tem direito a saúde, ele é incluso no direito social, que corresponde às práticas prestacionais obrigatórias do ponto de vista do Estado, de zelo, cuidado e observância para com o cidadão, ou seja, é um direito constitucional (BARROSO, 2018). No Brasil a assistência universal à saúde é prestada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei Federal nº 8.080/1990 com o objetivo de cumprir o mandamento constitucional estampado no artigo 196 que dispõe que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. A eficácia nas aplicações dos recursos públicos no mérito da legitimidade consolidadoras do SUS (Sistema Único de Saúde) tem sido reconhecida devido a sua importância, e conseqüentemente vem agregando visibilidade sob a perspectiva da constitucionalidade, principalmente devido ao avanço nas conquistas de direitos coletivos e individuais.

Segundo Silva (2018) o conceito moderno de saúde tem uma dimensão coletiva, possibilitando a divulgação e a propagação de práticas corretivas, preventivas e assistenciais nas mais variadas localidades, abrangendo o maior número de destinatários possíveis, por meio da premissa da universalidade que rege a garantia desse direito. O modelo assistencial contemporâneo não mais prioriza ações individuais, mas sim passa a visar à sociedade e a suas necessidades quanto à saúde pública.

Ao tornar a saúde um direito social, de acordo com Silva (2018, p.286-287), a Constituição estabeleceu esses direitos como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam

melhores condições de vida aos mais fracos, tendendo a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

O artigo 196 da CRFB/1988 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida por meio de políticas sociais e econômicas que têm o objetivo de reduzir o risco de doença e demais agravos bem como assegurar o acesso universal e igualitário a todas as ações necessárias para sua promoção, proteção e recuperação.

As atividades relativas à saúde são desenvolvidas pelo Ministério da Saúde (MS), podendo ser prestadas diretamente pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado, na forma de convênio. Contudo, de qualquer maneira, a prestação do serviço é gratuita, independentemente de ser o paciente contribuinte ou não da seguridade social, devendo seu acesso ser assegurado a todos, de maneira igualitária.

O artigo 198 da Constituição dispõe sobre o SUS, que se consubstancia em um conjunto de ações e serviços direcionados à saúde, prestados por órgãos e instituições públicas das esferas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações públicas, e, complementarmente, de instituições privadas, tendo como diretrizes a descentralização, atendimento integral, participação da comunidade e o caráter gratuito e universal.

A participação de instituições privadas no SUS, mesmo que de forma indireta e complementar, é limitada aos entes filantrópicos, pois por ser a saúde pública um dever do Estado, este deve remunerar as entidades pelo serviço prestado, sendo vedado o repasse de recursos do SUS às entidades com fins lucrativos. Veda-se, ainda, a participação de empresas e capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo nos casos previstos em lei.

O financiamento do sistema de saúde deve ser feito pelo orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes nos termos do artigo 198, § 1º, da CRFB/1988.

O direito a saúde, foi incluído no rol de direitos fundamentais somente na CRFB/1988. Até então, não existiam previsões legais sobre o assunto e o Estado não tinha grandes responsabilidades.

A incorporação da proteção do direito à saúde em textos constitucionais é uma forma contemporânea de expressão do desejo de uma sociedade em ver efetivado esse direito fundamental (BARROSO, 2018). Os efeitos dessa incorporação dependem da interação de diferentes fatores relacionados ao comportamento dos agentes públicos e dos cidadãos. A

saúde, dessa forma, é um direito fundamental da pessoa humana, com natureza social, deixando a cargo do Estado o polo de responsável por sua efetivação, direta ou indiretamente.

A CRFB/1988, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competências no tocante à proteção da saúde pública. Inclusive, em seu preâmbulo, frisa que é obrigação do Estado garantir o bem-estar da população.

2.1 O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE

“O serviço público existe quando a lei atribui ao poder público a prestação de determinada atividade que atende as necessidades públicas” (DI PIETR, p.1, 2006).

A eficácia nas aplicações dos recursos públicos no mérito da legitimidade consolidadoras do SUS (Sistema Único de Saúde) tem sido reconhecida devido a sua importância, e conseqüentemente vem agregando visibilidade sob a perspectiva da constitucionalidade, principalmente devido ao avanço nas conquistas de direitos coletivos e individuais, sendo que as esferas das ações, tem proporcionado ênfase e valorizado o envolvimento do povo, em todas as dimensões quanto aos processos determinantes nas tomadas de decisões em saúde (FADEL et. al, 2009). Direito garantido pela Constituição Federal de 1988, a população do Brasil conquistou e possui acesso aos princípios da universalidade, integralidade e equidade no Sistema Único de Saúde (PASE e ROSA, 2015).

Especificamente no setor público de saúde a busca pela apuração dos custos dos serviços prestados também está posta. O Sistema Único de Saúde (SUS), em sua Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, no seu segundo princípio, descreve que é direito do cidadão ter atendimento resolutivo com qualidade, sempre que necessário, tendo garantido, entre outros fatores, informações sobre o seu estado de saúde, incluindo nestas as informações sobre o custo das intervenções das quais se beneficiou (MINISTÉRIO DA SAÚDE – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE p.28, 2013 apud BRASIL, 2006).

Definida como serviço público, na Constituição, a saúde está assim registrada no artigo 196, normatizada como obrigação do Estado e, simultaneamente, como atividade aberta a iniciativa privada, de acordo com as normas e termos do artigo 199. Sendo um serviço público, o Estado tem obrigação de assegurar os direitos do cidadão, oferecendo acesso universal e igualitário às ações e serviços, para sua promoção, proteção e recuperação. Ou seja, tendo os serviços prestados pelo SUS (Sistema Único de Saúde), a saúde é formada por atividades a cargo do poder públicos (DI PIETRO, 2006).

Após o grande marco da democracia através da Constituição Brasileira de 1988, Dias et. al p.126 (2016), destacam que caput do artigo 2º da lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, completa que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Sendo circunstâncias que através de políticas sociais e econômicas, que precisam ser protegidas, garantindo a promoção da saúde e a redução do risco de adoecimento. Sendo essa lei que implanta o Sistema Único de

Saúde no Brasil e ainda oferece uma perspectiva de garantir como direito, a o acesso todos à saúde.

De acordo com Pase e Rosa (p. 169, 2015), “além de uma discussão do modelo de gestão de saúde pública e a necessidade de uma reorientação quanto ao modo de fazer saúde pelo conjunto de integrantes do sistema”.

O Movimento da Reforma Sanitária na década de 80, promoveu visibilidade da saúde pública, gerando o aumento de usuários do SUS, pois princípio da universalidade é a base do sistema, o que ocorreu devido acontecimentos históricos que promoveram garantias de direitos aos cidadãos, ocorrências características de um Estado que visa o bem-estar social, porém deve se destacar que as ações foram opostas, ao modelo adotado anteriormente, onde apenas em que apenas um grupo restrito, sendo esses de trabalhadores, possuíam alguns em questões relativas à saúde (FARIAS, 2018).

Segundo o autor Botazzo (2007, p.144), a universalidade “significa que todo cidadão, independente de sua inserção social no processo produtivo, nível de ingresso financeiro, filiação político-partidária, crença religiosa, sexo, idade ou etnia, terá seu direito a saúde garantido e preservado pelo Estado”.

“No tocante ao financiamento da saúde, o esforço de alocação de recursos precisa ocorrer por parte de cada ente, nas três esferas de governo”. (VIEIRA, 2020).

A Constituição Federal, no artigo 23, inciso II, determina a competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (CABREIRA, 2020).

Através da junção de forças entre de todos os governos existentes no país, sendo eles federal, estadual e municipal, começou a existir um compartilhamento na área da saúde, denominado municipalização, onde através de uma estrutura única privilegiada pela constituição, através do compartilhamento de recursos humanos, equipamentos e espaços físicos e virtuais. Tendo as prefeituras o poder de comando e liderança, sendo assessoradas e em suma financiadas pelos outros governos: federal e estadual (ALMEIDA, BORBA e FLORES, 2009).

Deve se destacar que está presente entre a relação com eficiência e razoabilidade a integralidade, entendo dessa forma que a gestão pública tem responsabilidade em administrar corretamente os recursos levando inovação segurança, quanto a prioridade das ações necessárias e preventivas, porém se limita as determinações do SUS, isto é, às atividades de

assistência às pessoas, com ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, os procedimentos necessários para cuidar totalmente de todo povo da nação, possui limitações.

De acordo Pinheiro (2012), outro princípio que norteia o SUS é o da descentralização, entendendo a saúde como um palco para soluções alternativas inovadoras e criativas que reproduzam a realidade de cada região, sem seguir um modelo único.

O SUS como está organizado demonstra que deve existir uma criação estrutural com objetivo de descentralizar as normas e políticas de atendimento e procedimentos necessários a saúde, dessa forma ficariam os Municípios com a responsabilidade de gerar e implantar políticas públicas, preventivas ou repressivas, que atendam e respeitem verdadeiramente às demandas da população local.

A tecnologia deve ser utilizada de maneira correta. Vários municípios não possuem tecnologia de dados e registros dos pacientes em suas unidades de atendimento.

O direito à saúde, no Brasil, acontece devido as estruturas e físicas e seus profissionais localizados e instalados, no âmbito dos Municípios, funcionando por meio de recursos da União, dos Estados, e em muitos casos pode ocorrer que tais receitas próprias possam ser geradas pelo próprio município, pois investem nas políticas necessárias à população. A municipalização tornou esse ente o principal canal de escoamento das diretrizes do SUS.

Segundo Farias (2018) o SUS é uma rede hierarquizada, administrada pelo Ministério da Saúde, em âmbito federal, desde a elaboração das diretrizes e do envio de recursos aos demais entes federativos, por meio de consensos administrativos, principalmente, das comissões intergestores tripartites e bipartites.

Deve se destacar que o SUS, mesmo estando em uma atuação focada na descentralização, o SUS é administrado pela unidade, ou seja, se trata de um sistema unitário, indivisível, que tem como proposta a preservação e atendimento de forma integral de todos os cidadãos, atendendo dessa forma as necessidades da sociedade. Significa que cada área de atuação, ele procurar atender de modo homogêneo e respeitando a efetivação de políticas públicas.

A comunidade sempre busca por meios para exercer seu direito de participação da comunidade na condução do SUS, podendo ser na fase projetos, de gestão ou de execução dos serviços de saúde, principalmente, na atuação dos Conselhos e Conferências de saúde. Porém a realidade é outra, O cidadão, se mune do judiciário para que seus direitos sejam respeitados, para que procedimentos, tratamentos e medicamentos estejam a disposição do paciente que necessita de tais cuidados (CORVINO, 2017).

2.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO INSTÂNCIA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A CRFB/1988 dedicou cinco artigos, do 196 ao 200, para a organização de um sistema único de saúde. O artigo 196 estabelece os princípios do funcionamento desse sistema:

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 (BRASIL, 1988, p. 104).

O processo histórico de construção da saúde pública brasileira tem seu auge, assim, na Constituição Federal de 1988 com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

A proposição de um novo modelo para os serviços de saúde no Brasil foi conflituosa na medida em que no processo constituinte foi visível a polarização da discussão em dois blocos antagônicos: um formado pela Federação Brasileira de Hospitais (FBH) e pela Associação das indústrias farmacêuticas que defendia que os serviços de saúde fossem privatizados, e outro, denominado Plenária Nacional da Saúde, que atuava em defesa dos ideais da reforma sanitária, que podem ser assim sintetizados: “a democratização do acesso, a universalidade das ações e a descentralização com controle social” (BRAVO, 2006 p. 96).

O êxito das proposições da reforma sanitária deveu-se à eficácia da Plenária, através de sua capacidade técnica, pressão sobre os constituintes e mobilização social, e à Emenda Popular que contou com as assinaturas de 50.000 eleitores e 167 entidades. O texto da Constituição foi, portanto, construído após serem realizados diversos acordos políticos e sofrer grande pressão popular, e atendeu em grande parte as reivindicações que emergiram com a deflagração do movimento sanitário. A partir da Constituição Federal de 1988, “a saúde passa a ser direito público subjetivo da pessoa humana: não é necessário ser contribuinte do sistema de seguridade social para ter direito garantido à saúde” (VIANA, 2000, p.120). O processo decisório para a organização da prática dos serviços em saúde foi avançando gradativamente, exigindo que fossem elaborados novos diplomas legais e regulamentação complementar.

[...] ainda que o SUS tenha sido criado em um momento desfavorável as políticas de bem-estar social, conseguiu-se um crescimento importante como que remando contra a maré do neoliberalismo. Um paradoxo, sustentado em grande medida pela capacidade de o movimento sanitário ir criando diques contra essa maré montante. Com a participação de outros técnicos, os sanitaristas criaram nichos específicos no novo sistema: ampliaram-se os organismos dedicados à vigilância sanitária e à epidemiologia, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Secretaria de

Vigilância à Saúde no Ministério da Saúde e em várias outras congêneres dos estados e municípios (CAMPOS, 2005, p.142).

A aprovação da norma complementar que instituiu e regulamentou o Sistema Nacional de Saúde foi também envolta por confrontos e importantes debates devido a posições opostas de grupos que tinham interesses no setor. Esse confronto atrasou a inclusão da saúde no aparato estatal.

De um lado, no período da implantação da proposta constitucional, da aprovação da legislação complementar e infraconstitucional, as forças conservadoras retornaram com vigor e retardaram a inclusão da saúde na agenda governamental. Cabe notar, ainda, que as inovações mais radicais relativas ao modelo de atenção proposto pela legislação do SUS somente tem início com a Norma Operacional Básica nº 96, em 1996 (NOGUEIRA; MIOTO, 2006, p. 221).

É nesse âmbito de dualidade e conflitos que é promulgada a Lei Orgânica da Saúde (LOAS), formada pelas Leis nº 8.080 e nº 8.142, de 1990. Na Lei nº 8.080/1990 estão contidas as condições para que se promova a proteção, recuperação da saúde, organização e adequado funcionamento dos serviços correspondentes. Esta lei reafirma os direitos à saúde, contidos na CRFB/1988 e em seu art. 198, enfatiza o atendimento integral.

2.3 O PAPEL DAS OPERADORAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O surgimento da assistência privada à saúde no Brasil ocorre simultaneamente ao desenvolvimento dos serviços públicos de assistência à saúde, no início do século XX, diretamente ligados ao desenvolvimento da seguridade social e à previdência pública do país, por meio da lei Eloy Chaves de 1923. Para compreender essa inter-relação, é preciso resgatar um pouco do desenvolvimento da previdência social no Brasil (ABUD, 2021).

Segundo Carvalho e Cecílio (2007) a assistência privada à saúde no Brasil surge no final dos anos de 1920 e início de 1930, ligada às instituições beneficentes e filantrópicas organizadas pelos próprios trabalhadores através de fundos de auxílio mútuos que tinham a finalidade de formar e reservas para auxiliar nos casos de doenças, acidentes de trabalhos, morte, etc. Inserida em um contexto de pressões sociais, a assistência à saúde no Brasil surgiu como um benefício simplificado para os trabalhadores das estradas de ferro. Uma espécie de “seguro social” decorrente das relações de contrato de trabalho, com a mediação do Estado.

Há, nesse movimento, a incorporação dos serviços privados de saúde como benefícios sociais daqueles trabalhadores ferroviários, consoante um modelo de financiamento intentado

pelos participantes, caracterizado pela compra dos serviços de assistência à saúde (GREGORI, 2019). Daí e porque, conforme Abud (2021), a Lei Eloy Chaves é considerada o marco do desenho do financiamento que viabilizaria a assistência privada à saúde no Brasil.

O modelo de serviços privados de saúde avança na década de 30²³ com a deterioração dos institutos públicos, encontrando o ambiente propício para o seu desenvolvimento, de forma complementar à assistência à saúde no âmbito do setor público. E é nesse *locus*, diante da incapacidade pública de cobertura²⁶, que, segundo Gregori (2019), formata-se o modelo das operadoras de planos de saúde como é concebido na atualidade.

Segundo Pfeiffer (2008), os planos de saúde nascem nos anos 50, no setor da indústria automobilística no ABC Paulista, na modalidade de medicina de grupo com pré-pagamento, por meio de contratos coletivos empresariais. Os planos de saúde são inicialmente criados pelas próprias empresas automobilísticas para garantir a assistência médica de seus funcionários, os chamados convênios-empresa.

Já os planos individuais surgem nos anos 60, ficando disponíveis para qualquer pessoa interessada, no formato de seguro-saúde, com livre escolha de prestador e de reembolso, e sem rede credenciada. Os seguros-saúde foram criados pelo Decreto-Lei n. 73/1966, com inédita regulação econômica do Estado, realizada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, que, juntamente ao Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, estruturaram o setor de saúde privada.

Ressalta-se a importância deste período por conta da demarcação conceitual que diferenciou o “seguro saúde” do “plano de saúde”, pela impossibilidade de os seguros-saúde possuírem rede credenciada. Entretanto, conforme se verá mais adiante, essa diferenciação acabou por perder o sentido, haja vista a equiparação das seguradoras especializadas às operadoras de planos de saúde em 2001. Assim, com a unificação conceitual de planos de saúde “hoje a expressão genérica contrato de assistência médica engloba o contrato legalmente incluído como seguro ou plano de saúde e os demais contratos de assistência médica” (MARQUES, 2016, p. 516).

É importante observar, para compreensão futura, que, além de criar o seguro-saúde, o Decreto n. 73/1966 mencionou a operação da medicina de grupo no sistema de pré-pagamento, porém, não a regulamentou. O sistema de pré-pagamento, formato atualmente conhecido nos planos de saúde em geral, e que já estava em pleno desenvolvimento àquela época, tanto nas instituições públicas como nas empresas automobilísticas desde 1950, seguiu atuando pelas livres regras de mercado.

De fato, em que pese a previsão da modalidade de pré-pagamento, o Decreto n. 73/1966 não cuidou de caracterizar essa operação, assim como fez com a atividade do seguro-saúde. A atividade das seguradoras foi imediatamente vinculada a SUSEP, ainda que sob uma regulação apenas econômico-financeira. Já as operações no sistema de pré-pagamento foram subsumidas à regulação e à fiscalização específica do CNSP, que, contudo, não normatizou a atuação.

Dessa forma, regulamentados pela SUSEP, os seguros-saúde passaram a ser o único segmento de assistência privada à saúde, submetido ao Estado nas regras de atuação. Essa regulação, contudo, limitava-se apenas às questões econômico-financeiras, sem interferir na forma de cobertura assistencial ou no relacionamento contratual entre as operadoras e os usuários. Os demais segmentos já existentes de autogestão, medicina de grupo e cooperativas médicas, que trabalhavam no sistema de pré-pagamento, continuaram sem regulamentação até o marco legal ocorrido no ano de 1998, relativo a Lei dos Planos de Saúde, seguido da criação da agência reguladora denominada ANS.

Segundo Almeida (1998), nas reformas na seguridade social das décadas de 1960 e 1980, houve estímulos latentes do governo quanto às articulações dos serviços de saúde nos setores público e privado. Segundo a autora, os estímulos estatais advinham de políticas explícitas de parcerias com o setor privado, numa perspectiva privatizadora. Porém, apesar da perspectiva de privatizações, o Estado abdicou-se das competências de mediação e de regulação, permitindo-se, assim, uma atuação privada sem intervenção pública. E em consequência, conclui a autora que, “essa ausência de regras claras para o funcionamento do mercado e de mecanismos para fiscalizá-lo tencionou as relações entre os diversos atores do setor” (ALMEIDA, 1998, p. 13).

Nessa mesma linha, Marques e Schmitt (2008) asseguram que a ausência de regulamentação e de fiscalização da atividade dos planos de saúde, aliada à inoperância do sistema público de saúde, contribuiu para a proliferação de operadoras. Sem regulação do Estado e balizas paritárias de atuação, o mercado alcança seu ápice de expansão em 1980. Os contratos de planos de saúde se popularizaram e se expandiram por todo o país. Segundo Ocké-Reis (2000), a grande onda de demanda pelos serviços dos planos de saúde ocorreu em razão da deterioração dos serviços públicos, do crescimento do mercado formal de trabalho e do oferecimento pelas empresas, como um diferencial de salário.

Conforme Bahia e Viana (2002), no início da década de 80, o setor contava com cerca de 15 milhões de clientes de planos de saúde, sem incluir as autogestões. Para os autores, esse

fato revelava a consolidação das empresas de planos de saúde como alternativa aos serviços assistenciais públicos.

Percebe-se, no desenvolvimento da atividade privada de saúde, que foram surgindo formas de operações privadas de assistência à saúde tendo em vista as necessidades de determinados grupos sociais. O mercado foi se amoldando e formatando os modelos de operadoras de planos de saúde, basicamente, nos formatos fechados de autogestões e abertos ao público, por meio de medicinas de grupo.

Em um primeiro momento, os planos foram organizados pelas próprias empresas ou sindicatos ou por estabelecimentos de saúde contratados para essa finalidade - atuais planos fechados de autogestão. Logo após, surgiu o modelo organizacional, em que os serviços ocorriam por meio de empresas prestadoras privadas, empresas típicas de planos de saúde – os planos abertos de medicina de grupo e cooperativas médicas e as empresas seguradoras especializadas – os chamados seguros saúde (ABUD, 2021).

Nessa diversidade de mercado, as empresas atuavam com formatos, disciplinas e normas contratuais customizadas sob a égide do Código Civil e do Código Comercial, além do Decreto-Lei n. 73/66, no caso dos seguros saúde. Sem regulamentação específica ou fiscalização pública, os contratos eram massificados e não havia regras de ingresso ou de atuação das empresas. Também não se falava em garantias de manutenção dos serviços, percepções de direitos básicos dos usuários consumidores, muito menos sobre fiscalização da atividade.

O resultado desse vácuo legislativo foi o crescimento desordenado do setor e a assimetria de informações entre as operadoras e os consumidores, o que facultava a ocorrência de práticas abusivas (SCHAPIRO, 2012). A regulação definitiva do setor pelo Poder Público só veio a ocorrer no ano de 1998, com vigência da Lei dos Planos de Saúde, Lei n. 9.656/1998, seguida da criação da agência reguladora ANS pela Lei 9.961/2000.

O movimento de regulação do setor de saúde tem início com o marco conceitual dado pela CRFB/1988, que aduz ser a saúde um “direito social” e aponta a sublimação da “relevância pública das ações e serviços de saúde”. A CRFB/1988 marca a absorção dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e, entre esses, o direito à saúde como evolução dos direitos humanos.

A CRFB/1988 estabeleceu um sistema híbrido público-privado de prestação de serviços de assistência à saúde, permitindo que coexistam, de forma independente, uma rede de prestação de serviços de saúde pública e uma rede privada. A rede pública é fornecida pelo

Estado através do SUS, sendo regida pela Lei 8.090/1990, esses serviços são de acesso universal e gratuito para todos os brasileiros e estrangeiros em trânsito no Brasil. A rede privada, ou particular, é formada por instituições da iniciativa privada que operam planos de assistência à saúde consoante as regras e princípios do direito privado, essas entidades, denominadas de operadoras de planos de saúde, atuam de forma complementar à rede pública, fornecendo serviços para uma parcela restrita da população que possui renda para adquirir produtos de planos de saúde.

A rede particular de serviços de assistência à saúde surgiu no Brasil na década de 1960, entretanto, até a década de 1990 não existia um diploma normativo específico para regulamentar essa modalidade de atividade econômica. A ausência de um regramento específico permitia que as operadoras de planos de saúde ofertassem produtos com baixa qualidade técnica e com condições contratuais que submetiam os consumidores a circunstâncias de desvantagem contratual. Em face das inúmeras reclamações dos consumidores, em 3 de junho de 1998 foi sancionada a Lei 9.656/98, a Lei dos Planos de Saúde, com o escopo de regulamentar a atividade de assistência privada à saúde.

Sobre a Lei dos Planos de Saúde, a professora Maria Stella Gregori explica:

A Lei 9.656/1998 impõe uma disciplina específica para as relações de consumo na saúde suplementar, mediante o disciplinamento da cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais, além de estabelecer normas de controle de ingresso, permanência e saída das operadoras nesse mercado, estabelecer normas relativas à solvência e liquidez dessas operadoras, a fim de preservar sua sustentabilidade e transparência (GREGORI, 2019, p. 344).

A LPS é o marco regulatório do mercado de saúde suplementar, suas prescrições foram elaboradas com fulcro na consolidação dos direitos fundamentais à vida e à saúde, nas garantias da livre concorrência e na defesa do consumidor. De acordo com Silveira (2009), a lei veio, em muitos pontos, reafirmar de forma específica o que já era direito dos consumidores, desde a vigência do CDC. O regramento consagrado na referida LPS se tornou benéfico e merecedor de aplausos, tendo em vista que as normas esparsas até então editadas não se mostravam suficientes à implantação de um regime jurídico cogente e especializado no setor em apreço.

A base legal para a regulação das atividades afetas aos serviços de saúde foi introduzida pela CRFB/1988 com o conceito de saúde como um direito cidadão de obrigação do Estado, afiançado através de políticas públicas. Nesse passo, Ribas (2009) observa que

esse é o “marco conceitual” brasileiro de saúde como um direito social e com a dimensão de direito fundamental do ser humano.

No cuidado com a atividade privada na área da saúde, a matriz constitucional alinha a relevância pública das “ações e serviços de saúde” à diretiva da regulação estatal e à possibilidade de atuação da iniciativa privada no setor.

Institucionalizado o setor de saúde suplementar, a sua regulamentação efetiva inicia-se com a Lei 9.656/1988, que regulamentou os planos de saúde, seguida da Lei 9.961/2000, de criação da ANS, para a operacionalização e o aprimoramento do setor. Os referidos normativos fundamentam e formam o marco regulatório do setor de saúde suplementar (CONASS, 2007).

Conforme Di Pietro (2004) cabe às agências reguladoras as funções de organização e de manutenção do equilíbrio do setor regulado, assim como a resolução dos conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários dos serviços.

A LPS dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e em conjunto com a Medida Provisória - MP de nº 1.665, de 04 de junho de 1998 (com última reedição na MP 2.177-44), fixou o marco legal da regulação do setor de saúde suplementar, regulamentando, assim, o art. 199 da CRFB/1988.

Acerca dessa conjuntura legislativa, o projeto da LPS, aprovado na Câmara Federal, foi objeto de intensos debates no Senado, que levaram o Executivo a introduzir modificações em resposta às reivindicações da sociedade. As modificações foram efetivadas por meio da MP 1.665/1998, como opção política, após negociação prévia entre o Congresso e o Governo. Além disso, as alterações mensais promovidas pelas 44 Medidas Provisórias conduziram à fixação do início da vigência da LPS para o dia 2 de janeiro de 1999 (GREGORI, 2019).

O modelo inicial de regulação previa um sistema “bipartite”, em duas vertentes de atuação: uma eminentemente econômica, voltada para o registro, para a autorização de funcionamento das operadoras e para a política de reajustes, além dos atos de fiscalização; outra de cunho assistencial, direcionado à composição do rol de procedimentos obrigatórios, à qualidade dos serviços e suas correspondentes normas de fiscalização (ABUD, 2021).

Nesse formato, coube ao Ministério da Fazenda as questões econômico-financeiras, através da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, seguindo as diretrizes do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP. Já a regulação assistencial ficou a cargo do Ministério da Saúde, através da Secretaria de Assistência à Saúde – SAS, do Departamento de

Assistência à Saúde – DESAS, e foi criado o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, como órgão regulador.

Em setembro de 1999, a regulação foi unificada no Ministério da Saúde, com o CONSU assumindo as atribuições do CNSP, enquanto a DESAS absorveu as atribuições SUSEP. Até que em janeiro de 2000, a ANS assume de vez a regulação, absorvendo todas as atribuições de regulação. O CONSU passou a ser um Conselho Ministerial composto pelos Ministérios da Saúde, da Fazenda, do Planejamento, da Justiça e da Casa Civil, conforme o art. 53-A, da LPS.

Observa-se que esse movimento foi de especial importância no setor, pois, a partir de então, restou delimitada a atuação das empresas exclusivamente de planos de saúde, separando as atividades de natureza securitárias, que permaneceram sob a atuação da SUSEP e do CNSP, subordinadas ao Decreto-Lei 73/1966.

A Lei 9656/1998 estabeleceu submissão ao seu comando de todas as pessoas jurídicas de direito privado que operavam produto, serviço ou contrato de planos de assistência saúde, tratando-as, de modo geral, como Operadoras de Planos de Assistência à Saúde - OPS.

Conforme Ferreira Filho (2018), o normativo surgiu para regulamentar o que a jurisprudência já havia pacificado e para impor a observância dos preceitos do CDC e da boa-fé nas relações de consumo. A LPS tornou-se, assim, o diploma legal específico aplicável à solução dos conflitos e controvérsias decorrentes das relações de consumo de planos de saúde.

Apesar de sua especificidade, a Lei 9656/1998 não é a única fonte de direitos dos consumidores de planos de saúde. Há ainda e, sobretudo, os direitos gerais e básicos dos consumidores, estabelecidos pelo CDC.

Tanto é assim que na tarefa da solução dos conflitos do setor, o legislador estabeleceu, no art. 35-G, a aplicação subsidiária das normas do CDC aos contratos, em razão da manifesta presença da relação de consumo “aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990” (ANS, 1998, s.p.).

Ressalte-se, em adendo, que, até a vigência da LPS, os contratos passaram por progressivas submissões de distintos regimes jurídicos. As contratações inicialmente avençadas pelas regras gerais do CC, com a vigência do CDC, passaram a se submeter aos princípios de boa-fé e de equidade, regentes das relações de consumo. A partir da Lei 9656/1998, os contratos firmados após a sua vigência passaram a se submeter ao seu regime

específico, contando com as regras específicas das novas disposições de proteção assistencial e econômica.

Com efeito, os contratos anteriores à LPS não foram alcançados pela nova lei. Por força de decisão do STF, na ADIN nº 1931-98, as regras da Lei 9656/1998 não retroagem aos contratos celebrados anteriores à sua vigência, sob o fundamento de ofensa ao direito adquirido e ato jurídico perfeito. Desse entendimento, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 35-E, da Lei 9656/1998, que em seu *caput* trazia disposições que se voltavam à regulação de contratos pactuados antes da vigência da lei. Em linhas gerais, esses contratos deixaram de absorver os principais direitos conquistados pela lei dos planos de saúde, especialmente no que concerne à proibição de rescisão unilateral salvo por inadimplência de 60 dias ou mais e mediante notificação prévia.

Certamente, a partir da vigência da Lei 9656/1998 e de sua irretroatividade aos contratos anteriores, criou-se um universo paralelo no setor. Uma parte formada pelos novos contratos, celebrados após a sua vigência – os “planos regulamentados”, e totalmente submetidos às suas disposições. E de outro lado, os contratos anteriormente celebrados – chamados de “planos antigos”. Esses contratos permaneceram vigentes e válidos, porém, sob a fiscalização da ANS somente no que se refere ao cumprimento de seus dispositivos contratuais. Conforme dados atualizados de julho de 2020, existem ainda 3.465.526 (três milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil e quinhentos e vinte e seis) planos antigos, o que corresponde a 7% (sete por cento) do total dos 46.723.204 (quarenta e seis milhões, setecentos e vinte e três mil e duzentos e quatro) beneficiários dos planos de assistência médica hospitalar (ANS, 2020).

Sem o alcance da Lei 9656/1998, os contratos antigos permanecem vigentes, com cláusulas muitas vezes incompatíveis com os avanços firmados na legislação específica, e que precisam ser interpretadas para coibir abusos de direitos preexistentes. Essa indisposição resulta em um desafio maior da ANS em sua regulação, já que para a sua fiscalização, deve-se conduzir por normas vigentes quando da data da formalização das avenças à luz do CDC.

Barbugiani (2015) leciona que, embora distintos, os contratos guardam semelhanças entre si pelo de fato de funcionarem como verdadeiras poupanças coletivas geridas por uma operadora.

A Lei 9.656/98, em seu art. 1º, inc. I denomina os contratos de planos privados de assistência à saúde de produto, descrevendo-os como:

[...] prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (BRASIL, 1990, s.p.)

Extrai-se, a partir da leitura do texto legal anteriormente transcrito, que os contratos de planos privados de assistência à saúde possuem as seguintes características: 1) prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais; 2) preço pré ou pós-estabelecido; 3) prazo indeterminado; 4) finalidade de garantia, sem limite financeiro, da assistência à saúde; 5) voltada à assistência médica, hospitalar e odontológica, por meio do acesso e atendimento por profissionais da área da saúde, escolhidos pelos clientes, que integrem ou não uma rede credenciada, contratada ou referenciada; 6) mediante pagamento integral ou parcial da operadora contratada, através de reembolso ou pagamento direto do consumidor ao prestador.

Com esteio em tal enquadramento legal conferido aos planos de saúde, depreende-se que a referida espécie contratual se afigura um contrato aleatório ou de risco, visto que envolve o pagamento de uma contraprestação pelo beneficiário, ainda que o mesmo não precise recorrer aos serviços ofertados e decorrentes de tal contratação. Trata-se, pois, de um mecanismo de garantia do consumidor, o que lhe confere segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. O objetivo dessa espécie de contrato é assegurar o consumidor contra os riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida, conforme explica Cláudia Lima Marques:

A ideia dos seguros, e hoje dos planos de saúde, está intimamente ligada ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade. Se inicialmente os seguros, assim como ainda descritos em nosso Código Civil de 1916 (e também no CCB/02) envolviam apenas o “indenizar”, o responder monetariamente”, é esta uma visão superada, pois os serviços de seguro evoluíram para incluir também a *performancebond*, isto é, o contrato de seguro envolvendo a “execução” de uma obrigação, um verdadeiro “prestar”, um fazer futuro muito mais complexo que a simples entrega de uma quantia monetária (MARQUES, 2016, p. 400).

Outrossim, ainda com relação à sua natureza, nos moldes expostos e tendo em vista a natureza consumerista, como já afirmado e que será aprofundado mais à frente, os contratos de planos de saúde ainda se destacam por serem materializados através de instrumentos de adesão, de modo que não é conferido ao contratante o poder de transigir ou modificar

cláusulas e condições contratuais, mas, sim, única e exclusivamente, a decisão acerca de proceder à contratação ou não.

Além disso, como uma consequência dos caracteres contratuais elencados acima, faz-se imprescindível salientar que, para a garantia dos valores da segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros, é necessário que o contrato seja continuado e se prolongue no tempo, isto é, que seja de longa duração e por prazo indeterminado, do que se extrai uma relação de dependência do contratante em relação ao fornecedor e o que atribui a essa espécie a natureza de contrato de trato sucessivo (MARQUES, 2016).

O plano de assistência privada à saúde, portanto, configura-se como um instrumento contratual que disponibiliza uma relação de pessoas físicas e jurídicas prestadoras de serviços de saúde, em que o consumidor ou beneficiário, por pagar uma determinada quantia, fará jus à utilização, variando a especialidade com o enquadramento do plano escolhido. Já o seguro de saúde, nos dizeres de Barbugiani (2015, p. 87) “se caracteriza pelo ressarcimento ao consumidor, dos gastos efetuados com os serviços médico-hospitalares”, conforme será demonstrado a seguir.

Consoante lição de Marques (2016), o plano de saúde é um contrato bilateral que tem por objeto principal a disponibilização de serviços assistenciais de preservação e recuperação da saúde. O objeto do contrato é de natureza assistencial da saúde e se caracteriza por sua essencialidade, uma vez que envolve a conservação da vida com dignidade dos beneficiários. Segundo a autora, os contratos de plano de saúde possuem, por natureza, a transferência de riscos futuros que envolvem a saúde do consumidor, a serem suportados pelas operadoras de planos de saúde, com segurança e previsibilidade, face ao pagamento reiterado de contraprestações pecuniárias.

Esses contratos se caracterizam por criar uma relação de “catividade” ou “dependência” do consumidor com a operadora. Envolve uma obrigação de fazer contínua, “baseada numa relação de confiança, surgida do convívio reiterado. Essa relação continuada gera expectativas (para o consumidor) da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços” em que “a boa-fé deve ser a tônica das condutas” (MARQUES, 2016, p. 523).

Por esse ângulo, a autora revela um fenômeno de evolução social do contrato, que consiste na transferência da confiança decorrente da relação de caráter pessoal paciente-médico, personificada na relação beneficiário-operadora:

[...] a relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte da confiança (*ides*) vai ser transferida para o organizador desses planos e seguros, intermediados ou conveniados, na

previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com a saúde (MARQUES, 1996, p. 71).

E, de fato, no contexto da transferência de riscos futuros, formata-se, nos planos de saúde, um relacionamento duradouro, com o envolvimento emocional do consumidor, não só de prestação pontual de serviços. Isso porque o consumidor deposita na operadora parte da confiança caracterizada pela relação médico-paciente, na expectativa de ser tratado com dignidade quando necessitar de assistência à saúde.

Assim, pode-se afirmar que o objetivo principal desses contratos cativos de longa duração é a transferência onerosa de riscos futuros, certos ou incertos, de assistência médica ou hospitalar. É um contrato aleatório, pois a cobertura acontecerá mediante o evento incerto, qual seja, a ocorrência de sinistro relacionado à saúde.

Acerca da imprevisibilidade, Marques (2016, p. 518) alerta que a prestação dos serviços de saúde, quando necessária, “deve ser fornecida com a devida qualidade, com a devida adequação, de forma que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor possa atingir os fins que razoavelmente dele se esperam [...]”.

Assim, a incerteza que permeia os contratos de planos de saúde se refere apenas à época da necessidade da prestação do serviço de saúde, e não quanto à natureza inerente do contrato e à qualidade dos serviços. Nesse sentido, a autora afirma que a relação contratual firmada em plano de assistência à saúde se constituindo em uma obrigação de resultado, uma vez que:

[...] o que se espera do segurador ou prestador é um “fato”, um “ato” preciso, prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos “esforços” (diligentes ou não) para obtenção dos atos e fatos contratualmente esperados (MARQUES, 2016, p. 518).

Sob essa ótica, tratando-se de uma relação de execução continuada, que se estende ou se aperfeiçoa com o tempo, há, sem dúvidas, uma transferência de valores éticos para a operadora. É razoável supor a configuração de uma espécie de relação interpessoal verticalizada, que demanda o constante aprimoramento e permanente atenção para o fortalecimento da boa-fé entre as partes da relação contratual.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Este capítulo objetiva contrapor o direito ao mínimo existencial à reserva do possível. Para tanto, serão priorizados os seguintes autores: Olsen (2006), Amaral e Melo (2010), Sarlet (2012), Ciarlini (2013), Fogaça (2017) e Silva (2018), dentre outros.

Trata-se de uma discussão relevante, pois, ainda que parte significativa dos recursos públicos tenha sido constitucionalmente vinculada ao atendimento das demandas relacionadas à saúde, o fato é que a preponderância da dimensão prestacional dos direitos sociais dificulta sua concretização. E a reserva do possível significa, justamente que não se pode exigir do Estado além daquilo que é financeiramente possível, conforme será visto a seguir.

3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível traduz-se na ideia de que direitos sociais a prestações materiais dependem da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Portanto, não se trata de um princípio, e sim, de uma limitação jurídica e fática dos direitos fundamentais.

Segundo Olsen:

O conceito de reserva do possível teve origem em caso julgado em 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Discutia-se na hipótese a compatibilidade de dispositivos de leis estaduais que restringiam o acesso ao curso de medicina, com a garantia à liberdade de escolha da profissão prevista na Lei Fundamental Alemã (OLSEN, 2006, p. 229).

Decidiu o Tribunal que a prestação por parte do Estado deve estar em conformidade ao que o cidadão, com razoabilidade, pode exigir da sociedade. A doutrina, porém, tece críticas à adoção da reserva do possível pelo ordenamento brasileiro, tendo em vista que a realidade social e financeira do Brasil e da Alemanha é diametralmente distinta.

Diverge a doutrina quanto à relação existente entre reserva do possível e mínimo existencial, no qual se inclui o direito à saúde. Segundo Ciarlini (2013), a reserva do possível integra os direitos fundamentais, e a exiguidade de recursos financeiros não se constitui em um elemento de restrição à efetividade do direito fundamental, e sim uma condicionante da própria existência do direito.

No mesmo sentido Amaral e Melo (2010, p. 101), para quem “a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito”, de forma que, prosseguem, “a chamada 'reserva do possível' é elemento integrante”. Para a maioria da doutrina, porém, a

aplicação da reserva do possível encontra limite quando se está diante de direitos relacionados ao mínimo existencial. Para Sarlet (2012) a reserva do possível não se enquadra como elemento integrante dos direitos fundamentais, tratando-se, na verdade, de espécie de limite jurídico e fático e, em alguns casos, verdadeira garantia:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites iminentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2012, p. 123).

Assim, consoante os autores, em caso de direitos atrelados ao mínimo existencial, a reserva do possível não pode ser invocada para obstar a satisfação do direito e que, portanto, não têm relevância as questões que relacionam-se à reserva do possível, quando cotejadas no caso concreto, embasadas pela produção de prova e contrapostas ao contraditório.

Torres (2008, p. 81-82), a seu turno, entende que a proteção do mínimo existencial “não se sujeita à reserva do possível, uma vez que tais direitos se encontram nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos”.

Barcellos (2011, p. 252) explana um posicionamento ainda mais rigoroso da definição de mínimo existencial. Para a autora, “o mínimo existencial constitui o conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por esse motivo, deve ser aplicado como uma regra, sem margem à ponderação”.

Em relação à Reserva do Possível, merece destaque a decisão proferida por Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal no bojo da Medida Cautelar na ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em que se debatia o veto presidencial a artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003 (Lei 10.707/03) que afastava a imposição constitucional que estabelece percentuais mínimos para aplicação de verbas públicas em gastos com o sistema de saúde.

Portanto, as determinações materiais devem ser observadas pelo Estado e mantidas para que haja efetiva proteção da vida humana, pois sempre que emergir o risco o intérprete

da lei irá evocar o mínimo existencial. Sobre a possibilidade de convivência da reserva do possível com o mínimo existencial, afirmou o Relator:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência (FIGUEIREDO, 2007, p. 54).

Assim, não se nega que as políticas públicas precisam dispor de procedimentos democráticos, sempre visando um melhor desenvolvimento de instâncias que sejam capazes de atuar na mediação dos interesses dos particulares assegurando-lhes dignidade.

Como bem explica Lazari (2012) o reconhecimento do mínimo existencial pode perfeitamente dialogar com a Reserva do Possível, porém, para que isso efetivamente ocorra é necessário que os poderes públicos consigam justificar fundamentadamente a restrição de um direito fazendo a ponderação entre os princípios que estiverem em conflito e sejam atendidos os mínimos requisitos para que a dignidade humana seja garantida.

Nessa perspectiva o autor chama a atenção para a necessidade de se examinar todas as consequências intrínsecas nas decisões judiciais e que afetarão a vida da pessoa ou de grupos envolvidos, “[...], a Constituição é feita para o povo e não o contrário, como se, em nome do povo os juízes pudessem mudar a Lei Maior” (JACOB, 2011, p.254).

Sobre essa posição de ponderação, destaca-se que existe uma corrente, que segundo Garcia (2008) apresenta a possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, quando este se deparar com casos extremos de violação das prestações de serviços pelo Estado.

Eles não colocam a centralidade na questão do direito financeiro e nas dotações orçamentárias, mas sim se preocupam com a aplicação do mínimo social, pois quando houver uma política pública já prevista no plano plurianual e que já tenha previsão orçamentária, mas que ainda não foi efetivada e haja uma situação de extrema necessidade, o Judiciário intervirá obrigando o Estado a efetivar a política solicitada.

Por fim, a terceira posição acerca do uso do Princípio da Reserva do Possível classifica este, explicitamente, como um limitador dos direitos sociais. Kelbert (2011) recorre a Vicente de Paulo Barreto, para afirmar:

A reserva do possível é resumida por Barreto como custos dos direitos, o que representaria uma falácia do projeto neoliberal para minar a realização dos direitos sociais. O autor entende que ela seria um argumento decorrente do neoliberalismo contemporâneo, sob o disfarce de uma racionalidade enganosa, que toma a reserva

do possível como limite fático à realização dos direitos sociais prestacionais, ocultando a verdade sobre os custos inerentes a todos os direitos fundamentais (KELBERT, 2011, p. 73).

A efetivação dos direitos sociais depende de fatores econômicos como a disponibilidade de verbas, portanto a escassez de recursos já é um limite colocado à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles de cunho prestacional. Parte-se do pressuposto de que o Estado brasileiro tem um compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e, conforme as previsões Constitucionais devem direcionar suas atividades tendo em vista a realização e efetivação dos mesmos.

A Constituição de 1988 reconhece as vinculações orçamentárias, as quais precisam ser cumpridas, e o não cumprimento corresponde à violação da norma magna, porque está prevista a concessão de recursos para efetivação da satisfação dos direitos fundamentais, portanto o orçamento público é o “momento máximo da cidadania em que as escolhas públicas são feitas e controladas” (AMARAL; MELLO, 2010, p.98).

Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem deixar de serem efetivados devido aos patamares monetários. É preciso que, no mínimo, tenha-se controle das escolhas públicas realizadas nas atividades orçamentárias.

Ainda é preciso enfrentar a atual complexidade da sociedade, que se apresenta nos profundos conflitos sociais e na dificuldade da garantia dos direitos dos cidadãos. O ponto central é como fazer cumprir os preceitos constitucionais de universalização de acesso a todos os cidadãos que necessitem de serviços sociais.

Os meios para superação da não efetivação dos direitos sociais são as escolhas políticas dos dirigentes públicos. Nesse sentido é importante o diálogo sobre os custos e benefícios da garantia desses direitos.

Os interesses do poder público por vezes não serão os mesmos dos cidadãos, seja pelo fator político, jogo de interesses entre outros, portanto, “[...] estados de escassez resultam várias vezes de escolhas feitas [...], são as escolhas de prioridades que podem levar a escassez a uma área e não a outra” (JACOB, 2011, p.253). Assim, argumentos jurídicos como o Princípio da Reserva do Possível podem favorecer as bases das restrições a estes direitos.

Portanto, é reconhecível que qualquer ato ou omissão do Estado que prive os cidadãos do acesso aos direitos sociais, principalmente os instituídos na base Constitucional pátria, é um fator de restrição aos direitos e, nesse sentido, a adoção do Princípio da Reserva do Possível pode significar um limite imanente aos direitos fundamentais.

3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

A complexa compreensão do mínimo existencial deve-se à falta de expressa menção em nosso ordenamento jurídico. Para compreendê-lo é preciso adentrar as veredas da legislação e encontrar as bases que o fundamentam, porém elas estão localizadas de maneira indireta, por exemplo, no direito a dignidade humana na Constituição Federal. A compreensão dos doutrinadores é diversa, bem como a sua principiologia.

O mínimo existencial para o Direito possui íntima relação com a dignidade humana. Em seu conceito, portanto, não se pode deixar de fazer referência àquele atributo inerente ao ser humano. Não há dissenso em se considerar que, juridicamente, o mínimo existencial refere-se ao “conjunto das condições materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna” (SARLET, 2012, p. 105).

As condições básicas para a existência humana, somadas aos elementos necessários ao exercício da sua dignidade, é que configuram o núcleo do mínimo existencial. Esse compreende o conjunto de situações materiais a uma existência com dignidade, mas não somente uma existência meramente física, como também espiritual e intelectual, fundamentais em um Estado que, pela feição democrática, demanda a participação dos indivíduos nas gerências públicas e, pelo aspecto liberal, permite a cada um o alcance de seu próprio desenvolvimento (BARCELLOS, 2011).

Outrossim, a dignidade propriamente dita não está sujeita à aferição quantitativa, tendo em vista que a garantia efetiva de uma existência digna ultrapassa o limite da mera sobrevivência física, conforme se afirmou. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) oferece à compreensão um referencial para as condições básicas de vida humana com dignidade, dispondo em seu art. 25, I:

Todo homem 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 de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (COMPARATO, 2007, p. 234).

É mister destacar que o padrão de vida referido pelo documento supracitado não se atém ao aspecto quantitativo, mas, qualitativo, muito embora se reconheça que os elementos propiciadores da saúde e o bem-estar, por serem materiais, dependem do fator econômico-financeiro para sua efetivação.

Na compreensão de Luiz Edson Fachin (2006, p. 271), o “mínimo” e o “máximo” não são necessariamente duas espécies do gênero “extremo”. São eles “as barreiras que fixam a essência de cada coisa e delimitam o seu poder e as propriedades”.

O mínimo pode ser mais que uma quantificação reducionista ou vinculado à ideia de básico ou elementar. No caso particular das prestações positivas estatais, o valor destinado à garantia das condições existenciais mínimas está vinculado espacial e temporalmente ao standard socioeconômico, sujeito às flutuações não apenas nas esferas econômica e financeira, como também às expectativas e necessidades vigentes (SARLET, 2012).

Entretanto nas prestações negativas, não é fácil identificar as situações nas quais a ingerência estatal ultrapassa a parcela mínima de garantia de uma vida digna, já que, carregado de subjetividade, o entendimento se faz sobre um referencial mínimo de existência com dignidade, garantido pelo direito fundamental segundo a Constituição Federal. A fixação do mínimo existencial fatalmente variará de acordo com o que se entende por vida digna, em dado momento histórico e em dada sociedade a qual possui suas peculiaridades culturais e econômicas, bem como o sistema de governo adotado. No entanto, o que não se pode conceber é a consideração de um mínimo que permita a espoliação da dignidade humana, frente aos seus direitos constitucionalmente previstos e fundamentalmente positivados.

Numa realidade de países pobres ou em desenvolvimento como o Brasil, a medida do mínimo existencial possui uma maior extensão que nas nações ricas, uma vez que, naqueles, há uma maior necessidade de proteção estatal aos bens considerados essenciais à vivência digna. A interpretação, portanto, das imunidades e das pretensões dos pobres às prestações sociais, deve ser extensiva.

Enfatizando a questão das prestações negativas, há para o Estado um limite de intervenção intransponível, sob pena de ofensa ao princípio-fundamento da dignidade humana. A conduta estatal interventiva não pode operar onde se localiza o mínimo existencial. A garantia das condições mínimas de vida digna do ser humano não se realiza apenas através das prestações assistenciais de primeira dimensão, mas também pela não intervenção na parcela de incapacidade contributiva do indivíduo. Trata-se de limitação ao poder de tributar do Estado, aqui entendido em todas as suas três esferas de poder (União, Estados/Distrito Federal e Municípios, no caso de modelo federativo como o do Brasil); o poder impositivo do Estado não pode ultrapassar a margem de uma vivência mínima do cidadão, devendo repetir que não se trata apenas de subsistência pura e simplesmente, mas de uma vida dentro dos patamares entendidos como de dignidade humana.

3.3 RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Uma questão importante para o deslinde do debate é conhecer o que a doutrina atual pensa sobre a seguinte questão: O direito à saúde dever ser prestado pelo Estado de forma absoluta? Ou este direito poderia ser relativizado?

A questão é controvertida e esta divisão de opiniões merece destaque. Parte dos doutrinadores defende que os direitos fundamentais são absolutos (GANDINI, BARIONE; SOUZA, 2010; FOGAÇA, 2017) e outra parte defende que eles podem ser relativizados, inclusive no plano judicial (MOREIRA, 2012). Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 prevê a restrição de alguns direitos em casos específicos, a saber, estado de sítio e estado de defesa, mas além desta permissão constitucional, poderia o Poder Executivo, o Legislativo ou até mesmo o Judiciário restringir direitos fundamentais como, por exemplo, a saúde ou ao acesso a medicamentos indispensáveis à vida da população?

Segundo a teoria da ponderação entre direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, em oposição à classificação da eficácia das normas constitucionais preceituadas por Silva (2018), um direito fundamental como é o caso do direito à saúde, disputaria campo com os demais direitos e princípios, como, por exemplo, a reserva do orçamento possível para que apenas então, no caso concreto, seja possível estabelecer sobre a concessão, ou não, do “bem da vida”, neste caso específico. Sobre esta questão, Moreira (2012, p. 246) explana que:

Ao requerer, por exemplo, a concessão de medicamentos essenciais de forma gratuita e apontar como fundamento jurídico o direito fundamental à saúde, autor está objetivando concretizar uma norma constitucional que era tida como de eficácia limitada, e que agora será ponderada, no caso concreto em face de outros princípios arguidos pela fazenda pública, como a reserva do possível orçamentário.

Em contrapartida outros autores entendem que o direito fundamental à saúde é quase absoluto, mesmo em face de outros direitos e princípios conflitantes. Segundo Moreira (2012) o direito à saúde deve ser efetivado pelo Estado de uma forma mais vinculada e sem possibilidade de discricionariedade; ainda que seja na seara judicial, o Estado, de qualquer forma, deve fazer com que este direito se efetive. Esta é a cognição de Gandini, Barione e Souza (2010, p. 84) que se posicionam dizendo que:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se. [...]
A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão dos poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das

peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza a criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. [...]

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra de separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

Sobre a proteção aos direitos inalienáveis, nos quais se enquadram o direito à vida e à saúde, na jurisprudência, se encontra também a importante lição do Ministro Celso de Mello, onde decide:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (BRASIL, 2013, s.p).

Neste Julgado, o Ministro, com muita propriedade, realiza a confrontação entre os princípios e regras apresentado pelas partes no processo, chegando à conclusão de que o Direito Fundamental à Saúde se sobrepõe a outros direitos abordados neste caso.

Conforme o Ministro Celso de Mello tem-se que o Direito Fundamental à Saúde é inalienável e imprescindível à dignidade humana e à vida, pois sem esta, os demais direitos não teriam sentido. Além do mais, tendo em vista que é público e notório que os recursos públicos no Brasil são muito mal geridos, isto fatalmente, iria levar a uma banalização da saúde, pois todas as demandas relativas à saúde e submetidas ao judiciário, seriam sempre rechaçadas pelo Poder Executivo, que alegaria o princípio da reserva do possível, negando-se, assim, a cumprir seu papel constitucional, em detrimento do lado financeiro. Ademais, se um país como o Brasil, que é um Estado Democrático de Direito, e que adotou como princípio os Direitos e Garantias Fundamentais, nestes incluindo o Direito Fundamental à Saúde, não puder mais efetivar este direito, negligenciando, desta forma, seu papel constitucional, seria, talvez, como voltar aos tempos da “guerra de todos contra todos” onde não existia Estado, e cada um sobrevivia com seus próprios recursos.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Este capítulo aborda a judicialização no Brasil, dando-se ênfase aos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Para tanto, os seguintes autores serão priorizados: Barroso (2012), Sarlet (2012), Gribover (2013), Leite (2014) e Fogaça (2017), dentre outros.

Trata-se de um tema importante e ao mesmo tempo controverso. Isto porque no Brasil, com a promulgação da CRFB/1988 e as reivindicações de uma diversidade de grupos, a saúde passou a ter natureza de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva por parte do Estado no sentido de concretizá-lo e estendê-lo a todos os cidadãos, o que demonstra a sua pretensão universalizante e de dupla-dimensão (direito do cidadão – dever do Estado).

A Constituição garantiu o direito à saúde em uma seção própria (Seção III) de seu texto, dentro do título da ordem social (Título VIII), prevendo em seu art. 196 que a saúde é um “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” (BRASIL, 1988, s.p).

Sarlet (2012) demonstra o ineditismo do tratamento dado ao direito à saúde pela Constituição Federal de 1988, quando comparada com as constituições anteriores:

A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, na medida em que as referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores. Nesse sentido, a explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde resultam na evolução dos sistemas de proteção estabelecidos pela legislação ordinária anterior (SARLET, 2012, p. 1925).

A análise da Constituição Federal de 1967, anterior à de 1988, corrobora com o entendimento de Sarlet (2012), sendo que, em apenas duas passagens, há alguma menção à saúde: no art. 8º, XIV, prevendo que compete à União “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”; e no art. 8º, XVII, “a” c, quando afirma ser de competência da União legislar sobre “normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário” (BRASIL, 1967, s.p).

A Constituição de 1988 também fixou em seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos quais deve ser acrescido o princípio da prevalência dos direitos humanos, com previsão no art. 4º, II, “obrigando o Estado a se organizar no *facere* e

praestare, incidindo sobre a realidade social, de modo que o Estado Social de Direito se transforme em Estado Democrático de Direito” (GRINOVER, 2013, p.135).

Assim, quando o Estado se propõe, dentre outras coisas, a erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos e garantir o desenvolvimento nacional com fundamento nos direitos humanos, fica evidente o seu compromisso com a promoção de políticas que visem o pleno desenvolvimento do cidadão, que se materializará apenas quando este gozar de plena saúde.

A Constituição, assim, passa a impor ao Estado uma dimensão prestacional em sentido amplo, que deverá ser executada por meio de políticas públicas editadas e implementadas a partir dos princípios doutrinários e organizativos do Sistema Único de Saúde, fazendo com que a omissão ou a ingerência do Poder Público possa ensejar, de maneira legítima, a intervenção do Poder Judiciário.

É nesse novo cenário, na década de 90, que nasce o processo de judicialização, construído a partir das demandas de pacientes requerendo medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, e que viam no Judiciário uma das poucas alternativas de acesso aos medicamentos ausentes nas listagens oficiais. Para Barroso (2012, p.24):

Nessa nova dinâmica, em que a tutela da saúde passa a ser passível de intervenção do Judiciário, surge a ideia de judicialização das políticas públicas de saúde. O conceito de judicialização remete a uma prática em que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

O fenômeno da judicialização seria, dessa forma, a mudança de instância do processo decisório de determinados assuntos, que deixariam de ser discutidos pelos poderes originalmente competentes e passariam a compor as novas demandas destinadas ao Poder Judiciário. Embora o conceito apresentado não se mostre inadequado, parece razoável que se deva destacar, também, como característica marcante do conceito de judicialização, o fator que determina a mencionada mudança na esfera decisória das questões de larga repercussão.

Assim, pode-se conceituar o fenômeno da judicialização como o processo segundo o qual determinadas matérias social e economicamente relevantes, por omissão ou ingerência dos poderes competentes, deixaram de ser editadas e implementadas pelas instâncias inicialmente responsáveis, passando a ser apreciadas pelo Poder Judiciário por meio de provocação legítima do cidadão ou da coletividade (FOGAÇA, 2017).

Uma das decisões mais representativas acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, nesses casos, foi proferida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) 45-9, em 29.04.2009, pelo Supremo Tribunal Federal:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...] (BRASIL, 2009, s.p).

O Supremo Tribunal Federal assumiu, assim, sua dimensão política, elevando-a como indispensável à concretização do próprio ordenamento jurídico brasileiro, por meio da efetivação daqueles direitos fundamentais indevidamente negados ao cidadão.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado legítimas essas novas atribuições, o próprio ministro Celso de Mello aponta os supostos limites ao seu exercício, enfatizando que o mesmo se daria somente por ocasião da inércia ou da irresponsabilidade dos entes competentes, nas hipóteses em que os direitos garantidos constitucionalmente pudessem ser diretamente comprometidos:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (BRASIL, 2009, s.p).

Não obstante o STF já ter se manifestado nessa e em outros momentos sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário no cumprimento e no alcance das políticas públicas de saúde, o tema ainda se mostra inquietante entre os operadores do Direito e nos próprios tribunais, na medida em que a jurisprudência e a doutrina ainda não convergiram no sentido de sinalizar quais deveriam ser os limites a serem respeitados pelos tribunais nestas situações.

Sobre a possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas, defende Ada Pellegrini Grinover:

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas Políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da

coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada. [...]

Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade (GRINOVER, 2013, p. 137).

Com isso, a autora citada aponta como possíveis limites à atuação do magistrado diante do questionamento de ineficácia ou inexistência de determinada política de saúde os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sabino (2007, p. 383) afirma que por meio da razoabilidade, “o Judiciário sempre deverá avaliar, no caso concreto, qual a melhor solução, sob o ponto de vista da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o menor dispêndio de recursos públicos. A solução mais razoável é a proporcional”.

Deve-se destacar que o cumprimento literal da prescrição constitucional que prevê a saúde de maneira universal e integral, sem qualquer parâmetro ou limite, mostra-se inviável e desproporcional para qualquer país, e no Brasil tal realidade não seria diversa. Nas palavras de Sabino (2007), essa inviabilidade se daria a partir de diversos motivos, dentre os quais merece destaque:

1) o infindável número de doenças e moléstias que diariamente surgem no interior da população; 2) o número elevado de medicamentos e terapias, com os mais diversos níveis de eficiência e preço; 3) a necessidade de tempo para aperfeiçoamento dos fármacos e da constatação de sua segurança; 4) a burocracia do Estado na inclusão de novos medicamentos nas listagens oficiais; 5) ausência de recursos humanos adequados; 6) investimentos insuficientes na realização de pesquisas (SABINO, 2007, p. 372).

Nesse sentido, a adoção de critérios objetivos mínimos para solucionar conflitos judiciais envolvendo a chamada judicialização das políticas públicas de saúde mostra-se fundamental à própria garantia do sistema de saúde vigente, na medida em que a razoabilidade nem sempre tem se feito presente nas decisões judiciais, que acabam comprometendo a própria governabilidade dos entes federados, especialmente, dos municípios menores, que contam com menores receitas.

Por outro lado, deve-se garantir, igualmente, o acesso dos cidadãos aos medicamentos e prestações essenciais ao seu pleno desenvolvimento e manutenção de padrões mínimos de vida, em especial àqueles insumos que já são contemplados nas políticas públicas existentes e

que, por ausência de interesse governamental ou uso indevido do dinheiro público, ainda não são acessíveis para parcela considerável da população brasileira.

A partir de levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça é possível perceber o crescimento do número de demandas sobre direito à saúde. No ano de 2014, por exemplo, tramitavam nos Tribunais de Justiça cerca de 330 mil processos envolvendo tanto questões de saúde pública quanto saúde privada, enquanto que em 2011, a quantidade de processos nos Tribunais de Justiça do país era de 240 mil. Observa-se que, em três anos, houve aumento de 37% do número de ações (CNJ, 2016).

É a partir dessa elevação do número de processos envolvendo direito à saúde que passa a se questionar até que ponto a intervenção judicial é um instrumento eficaz para garantia desse direito. Sendo, portanto, necessário analisar se a atuação dos magistrados assegura ou não o acesso da população aos serviços de assistência médica e hospitalar.

4.1 DECISÕES JUDICIAIS

A judicialização dos direitos fundamentais sociais a prestações é um fenômeno majoritariamente aceito pela magistratura brasileira (CIARLINI, 2013). Entretanto, ainda há certa resistência de parcela do Judiciário acerca do controle jurídico dos atos políticos, como será evidenciado mais adiante, juntamente com a crítica dirigida à concessão judicial de prestações sociais sem qualquer arrimo jurídico. Desse modo, apresentadas as principais colocações doutrinárias acerca da correlação entre a reserva do possível e concretização dos direitos sociais a prestações, deve-se investigar criticamente como o Judiciário brasileiro decide as demandas sobre o referido tema. Para tanto, faz-se necessário limitar a área de estudo ao direito social à saúde pela importância que assumiu no Brasil, além de ser uma questão recorrente perante as Cortes Judiciárias do país. Para isso, serão utilizadas pesquisas realizadas por diversos doutrinadores especialistas na matéria, bem como julgados exarados por Juízes singulares ou por colegiados (tribunais), nos quais se pode observar três principais teses judiciais sobre a concessão jurídica da prestação de saúde e a reserva do possível.

Em uma primeira linha decisória, há julgados de vários Tribunais que consagram os direitos fundamentais sociais à saúde como direitos absolutos, não se sujeitando a quaisquer limites, mesmo o da reserva do possível. Dentro desse viés de exacerbação das prestações sociais, Amaral e Melo (2010) apresentam acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no Agravo de Instrumento 97.000511-3, no qual o relator, Desembargador Sérgio Paladino,

sobre um fundamento constitucional genérico, que é a defesa intransigível do direito social à saúde, deferiu pedido liminar contra o Estado de Santa Catarina, sem possibilitar qualquer defesa do ente estatal. Nesta decisão, o referido desembargador entendeu que o menor beneficiado pela liminar teria direito a um tratamento de saúde experimental para a distrofia muscular progressiva de Duchenne nos Estados Unidos, a ser custeado pelo Estado de Santa Catarina, cuja despesa totalizaria cento e sessenta e três mil dólares (US\$ 163,000,00). Desse modo, o Desembargador Sérgio Paladino sintetizou a sua decisão com base na seguinte motivação: “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário [...]” (LEITE, 2014, p.207).

Por oportuno, destaque-se o posicionamento do Min. Celso de Mello no Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário 393.175-0¹, bastante referido e seguido em outros julgados do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

A presente tese jurisprudencial visualiza a prestação à saúde como um direito social inviolável, equiparando-o ao próprio direito à vida, sem quaisquer restrições. Assim, a reserva do possível é totalmente desconsiderada, seja em seu aspecto fático como jurídico. Portanto, haverá sempre dinheiro para arcar com as despesas médicas pleiteadas em juízo, bem como, a liberdade de alocação de recursos por parte dos poderes políticos é algo contornável, o que remete à interferência do próprio planejamento público. De fato, segundo essa orientação judicial, o importante é a preservação da vida, custe o que custar, mesmo não havendo qualquer comprovação de eficácia da terapêutica aplicada ou do medicamento fornecido.

Ocorre que não existem direitos absolutos, pois os direitos fundamentais, apesar de serem considerados em relação a cada pessoa, devem ser garantidos a todos (universalidade), ou seja, o direito do indivíduo pode e deve ceder em favor da sociedade ou de muitas outras pessoas, bem como, um direito fundamental pode se submeter a um outro direito, inclusive de uma mesma pessoa.

Os tribunais tendem a dar prioridade à satisfação do direito aplicando o princípio da fungibilidade quando os autores ingressam com ação cautelar ao invés de buscar a

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 393.175-0*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 9 mar. 2022.

antecipação de tutela, conforme restara assentado em acórdão cuja ementa ora segue colacionada:

Agravo de instrumento. Administrativo. Direito à saúde. Serviço público de saúde. Ação cautelar. Medida satisfativa. Inadequação. Fungibilidade. Tratamento do câncer. SUS. INCA. CACONS. 1. Segundo entendimento do Décimo Primeiro Grupo Cível, são fungíveis a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ressalva do ponto de vista pessoal. Adesão à jurisprudência do STJ, porquanto a jurisprudência é do tribunal e não do juiz (RTJ 55/241). Hipótese em que o Autor ajuizou ação cautelar para obter tratamento oncológico. 2. O direito à saúde é exercido pelo acesso igualitário às ações e serviços prestados pelo Estado. Assim, a gestão dos recursos destinados à saúde deve levar em consideração o bem de todos os membros da comunidade e não apenas o do indivíduo isoladamente. 3. No âmbito do SUS, compete ao Instituto Nacional do Câncer, órgão do Ministério da Saúde o tratamento médico-assistencial de neoplasias malignas e afecções correlatas. Os serviços vinculados ao SUS são cadastrados pelo Ministério da Saúde como CACONS – Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia. Portarias 2.439 e 741/05. Compete, portanto, à União a realização de tratamento oncológico. Recurso provido. Voto vencido².

Não obstante a aplicação do princípio da fungibilidade observa-se que na busca pela concretização do direito à saúde normalmente é utilizada a tutela antecipatória senão, veja-se:

Processual civil. Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade. O Juiz pode determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, nos termos do art. 461, § 5º, CPC. No caso concreto, faz-se o bloqueio de verbas públicas para garantir o tratamento da autora com o medicamento solicitado, como forma de garantia ao direito à saúde, tutelado constitucionalmente³.

Esta espécie de tutela caracteriza-se por ser satisfativa, isto é, tem por escopo fornecer antecipadamente o provimento jurisdicional pleiteado, tratando-se, portanto, de um adiamento dos efeitos da sentença.

Também o Supremo Tribunal Federal tem definido os contornos do direito de proteção à saúde em diversos julgados que versam sobre fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de unidades de tratamento intensivo (UTIs) e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior. O posicionamento da Suprema Corte tem sido no sentido de assegurar o direito à saúde, tendo em vista este estar intimamente relacionado ao direito à vida em detrimento dos interesses financeiros do Estado conforme se verifica na análise do julgado a seguir:

² Agravo de Instrumento 70023192172, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 08.05.2008

³ AG 50009135920114040000, Maria Lúcia Luz Leira, TRF 4 – Terceira Turma, D.E. 14.04.2011.

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. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. 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 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. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento⁴.

No que diz respeito ao acesso a medicamentos A partir de 2007, observou-se que várias decisões do STF passaram a reconhecer o direito à saúde, contudo, sem se furtarem à análise das condições orçamentárias existentes para efetivação da saúde. Ademais, passou-se a analisar o direito à saúde conjugado a outros fatores como, *verbi gratia*, a disponibilização ou não de determinado medicamento pelo sistema público de saúde⁵.

Em outros julgados, a questão dos custos dos medicamentos foi objeto de análise, contudo, o pedido de disponibilização dos medicamentos foi deferido, tendo em vista fatores como a hipossuficiência financeira dos postulantes ou a necessidade de continuidade do tratamento⁶.

Consoante Maas e Leal (2018), a primeira tentativa de sistematização dos requisitos que deveriam ser observados em se tratando de judicialização do acesso a medicamentos foi encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, que, analisando os medicamentos de alto custo fornecidos pelo sistema público, por meio do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Estado do Ceará e do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº

⁴ Agravo regimental ARE 801676 PE, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 19 de agosto de 2014.

⁵ Deve-se enfatizar que, anteriormente, não havia restrições para o deferimento por parte do STF em se tratando de medicamentos não disponibilizados pelo SUS, contudo, a primeira decisão negando um medicamento não fornecido pelo sistema público foi dada na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 do Estado de Alagoas, julgado pela Ministra Ellen Gracie. De acordo com Wang (2013), nesse julgamento, o STF entendeu que o Estado não estava obrigado ao fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelos SUS.

⁶ Como exemplos, podem ser citadas as Suspensões de Segurança nº 3205/AM e 3158/RN. Em ambos os julgados, de acordo com Wang (2013), reconheceu-se que os medicamentos não faziam parte dos medicamentos disponibilizados pelos SUS, contudo, devido a condição de hipossuficiência dos postulantes, bem como a necessidade de continuidade do tratamento a obrigatoriedade de fornecimento por parte do Estado deveria ser mantida.

47 do Estado de Pernambuco, fixou critérios⁷ que deveriam ser observados pelos demais tribunais nos julgamentos que envolvessem direito à saúde.

Ainda em relação a sobredita decisão, ficou assentado que os medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não podem ser objeto de deferimento por parte do judiciário, pois a existência de registro na referida agência sanitária é **uma** garantia para a própria saúde pública, pois atesta a segurança e benefício do produto⁸.

No caso da negativa da Administração Pública em fornecer o medicamento, eis que se deve analisar a existência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS ou a inexistência de tratamento ofertado na rede pública de saúde. Ficou disposto ainda, neste julgado, que se deve priorizar os tratamentos ofertados pelo sistema público de saúde⁹. Por fim, a STA AgR nº 175 reconheceu a necessidade de que os protocolos clínicos do SUS estejam em constante atualização.

Muito embora se esteja analisando os julgados do STF em matéria de saúde pública, é interessante que se ressalte o julgamento do REsp.nº 1.657.156/RJ¹⁰, em que foi fixado o entendimento, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre o fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Tal decisão alberga, exclusivamente, os medicamentos previstos no inc. I do art. 19-M, da Lei nº 8.080/90¹¹.

O STJ reconheceu que, em caráter excepcional, é possível o deferimento pelo Judiciário de tutelas de saúde, desde que estejam presentes cumulativamente os requisitos a seguir elencados: a) comprovação, por intermédio de laudo médico devidamente fundamentado sobre a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, bem como

⁷ O primeiro diz respeito à existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação da saúde objeto de judicialização. Nesses casos das prestações incluídas nas políticas sociais e econômicas, o julgador não está criando política pública. É incontestado o direito subjetivo à parcela da saúde. Já o segundo parâmetro diz respeito ao fato de a prestação de saúde não estar entre as políticas ofertadas pelo SUS. Deve-se distinguir se a não prestação de saúde é decorrente de uma omissão legislativa, de um entendimento da própria Administração Pública em não a fornecer ou de uma vedação legal.

⁸ A própria decisão tratou de enfatizar que a necessidade de registro na ANVISA não é uma regra absoluta e que admite excepcionalidades, quando a própria agência sanitária importa medicamento sem registro de organismos multilaterais internacionais e utiliza-os em programas de Ministério da Saúde (STF, STA AgR nº 175).

⁹ Em caráter excepcional, a decisão também reconhece que se o tratamento público ofertado for ineficaz ou a comprovação da impropriedade da política pública ofertada, pode-se afastar o tratamento ofertado pelo SUS.

¹⁰ Como exemplo, cite-se o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, ementado nos seguintes termos: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. Relator do recurso: Ministro Benedito Gonçalves.

¹¹ A propósito o art. 19-M da Lei 8.80/90 diz respeito “a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P”.

esclarecimento referente à ineficácia do tratamento ou fármacos fornecidos pelos SUS; b) incapacidade financeira do paciente arcar com o tratamento ou medicamento prescrito; c) existência de registro na ANVISA.

Vê-se que os requisitos da necessidade de comprovação da ineficácia do tratamento ofertado pelo SUS e da necessidade de registro já constavam na decisão paradigmática da STA AgR 175, proferida pelo STF e que foi acompanhada pelo STJ.

Por fim, impende gizar que em recente julgamento proferido pelo STF¹², em relação ao custeio de medicamentos de alto custo pelo Estado, sedimentou-se o entendimento, com repercussão geral, no caso, Tema 500, de que sobreditos medicamentos podem ser fornecidos pela Administração Pública, desde que observados os seguintes requisitos: não se trate de medicamento experimental; que exista registro na ANVISA do medicamento, sendo excepcionalmente admitido o deferimento de medicamentos sem registro sanitário¹³; as ações que demandem medicamentos sem registro na ANVISA devem ser ajuizadas em face da União, necessariamente. Digno de registro que o RE nº 566.471/RN, que versava a respeito do financiamento de alto custo de medicamentos pelo Poder Público, também foi objeto de julgamento na mesma ocasião.

No entanto, em razão do desenvolvimento tecnológico, o Judiciário recorrentemente tem sido chamado a analisar novas demandas relacionadas ao surgimento de medicamentos de ponta não fornecidos pelo SUS, o que levou à criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS.

Sabe-se que o desenvolvimento da medicina, a partir do surgimento de medicamentos mais eficazes e de tratamento de ponta, é decorrente das pesquisas desenvolvidas na área a serem paulatinamente, serem incorporados à saúde. Ocorre que, em se tratando de saúde pública, a incorporação de tecnologias em saúde e medicamentos não ocorre de forma automática, sem que exista um controle da regulação. No caso do Brasil, a atribuição de fiscalizar a atividade sanitária é desempenhada pela ANVISA, que corresponde à edição de normas direcionadas à defesa da saúde¹⁴, observando-se também as disposições trazidas pela Lei nº 8.080/1990.

¹² Trata-se do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

¹³ Os requisitos excepcionais que devem ser observados para o deferimento do medicamento sem registro sanitário são: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. (RE nº 657.718/RG).

¹⁴ A criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ocorreu com a edição da Lei nº 9.782, publicada em 26 de janeiro de 1999. As atribuições da ANVISA encontram-se descritas no art. 8º, nos seguintes termos:

Ocorre que a judicialização das questões de saúde não se deparou apenas com os pedidos de tratamentos e medicamentos de alto custo, mas também com tratamentos e medicamentos experimentais ou com novos medicamentos sem incorporação aos protocolos clínicos do sistema público de saúde. Isso acarretou um amplo debate acerca do acesso, ou não, a novas tecnologias em saúde, que não estavam albergadas pelo SUS, pois muitas liminares objetivam atender à prescrição de produtos de alto custo, de produtos recém-lançados no mercado internacional e que não foram incorporados ao sistema público nacional.

Consoante ressaltaram Chieffe e Barata (2010), estes produtos de alto custo nem sempre são mais eficazes que outros já existentes no sistema público de saúde, contudo, vem sendo disponibilizados judicialmente, tendo como fundamento a interpretação do direito universal à saúde e da responsabilidade do Estado em promovê-lo.

Essa temática também foi objeto de debates durante a APS de 2009. Naquela oportunidade, se questionou a lentidão da Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (CITEC)¹⁵, em analisar os pedidos de incorporação das tecnologias pelo MS e, conseqüentemente, destas inovações serem ofertadas pelo SUS.

Com efeito, de acordo com Capucho (2012), a incorporação de novos medicamentos e tecnologias pelo sistema público tem sido verificada e constatada de diversas maneiras, tanto por meios diretos, quanto indiretos, como pressões da indústria farmacêutica, dos profissionais da saúde, das associações que tratam de saúde e pelos cidadãos que buscam o Poder Judiciário para terem acesso às novas tecnologias. Assim, não fugiu aos escopos da APS a análise da necessidade de se discutir o direito ao acesso a meios mais eficazes de tratamento, incluindo-se aqui os medicamentos. Desta forma, os debates ocasionados pela sobredita audiência pública tiveram o condão de contribuir para a edição da Lei nº 12.401/2011, que culminou com a criação da CONITEC. A regulamentação desta lei coube ao Decreto nº 7.646/2011, que dispôs sobre o caráter permanente da comissão, que prima por assessorar o MS em atribuições referentes à incorporação, exclusão ou modificação de novas tecnologias, procedimentos e medicamentos.

A importância da CONITEC foi de conferir maior agilidade aos processos de análise de novas tecnologias, pois, doravante, fixou-se prazo não superior a 180 dias para que os

incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

¹⁵ O CITEC foi criado através da Portaria nº 2.587/2008, do Ministério da Saúde. De acordo com a portaria: o processo de incorporação ou retirada de tecnologias de saúde e de revisão de diretrizes clínicas, protocolos terapêuticos e assistenciais organizar-se-á com base em ações articuladas entre a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, a Secretaria de Atenção à Saúde, a Secretaria de Vigilância em Saúde, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (§ único do art. 1º).

pedidos passassem a ser analisados. Outra inovação é que a CONITEC passou a considerar as evidências científicas referentes à eficácia, acurácia, efetividade e à segurança do medicamento, produto ou procedimento que estiver em análise, além de uma avaliação econômica e comparativa sobre os custos e dos benefícios em relação às tecnologias já existentes. Assim, em consonância com Capucho (2012), só serão incorporados as tecnologias e os tratamentos que comprovarem ser efetivos e seguros. Ademais, a regulação fundamentada em evidências tem o condão de responsabilizar o Poder Público na busca por tecnologias de saúde mais adequadas ao grau de desenvolvimento e disponibilidade da infraestrutura existente.

Como consequência da criação e regulamentação da CONITEC, a (RENAME, fornecida pelo sistema público, passou a contar com uma renovação mais célere, pois os medicamentos, para serem incorporados, passam pela análise de critérios técnicos, mais seguros e eficazes¹⁶. Interessante salientar que na última lista de medicamentos disponibilizados pelo serviço público de saúde – RENAME 2018 – foram incluídos 11 medicamentos e excluído 01, tendo como fundamento as alterações realizadas pela CONITEC durante o período de março de 2017 a setembro de 2018¹⁷.

Em síntese, as modificações produzidas pela Lei nº 12.401/11, que desencadearam a criação da CONITEC e incorporaram a medicina baseada em evidências, contaram com os debates promovidos na APS nº 04, realizada pela Suprema Corte, criando uma verdadeira política de Estado, à medida que a comissão de incorporação das tecnologias trouxe inovações para o sistema público de saúde.

Acrescente-se questão que gera preocupação em se tratando de judicialização da saúde e, neste contexto, de judicialização do acesso a medicamentos, é que com o crescimento das ações que chegam ao judiciário com o mister de fazer valer o direito à saúde, os juízes têm sido instados a tomar decisões rápidas para garantir esse direito e o fazem sem ter conhecimentos médicos ou capacidade de julgar se o paciente realmente necessita do tratamento, procedimento ou medicamento que está sendo solicitado. As decisões normalmente são tomadas com base nas recomendações médicas anexadas ao processo e estas

¹⁶ De acordo com o art. 4º do Decreto nº 7.646/2011, à CONITEC compete: I - emitir relatório sobre: a) a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde; e b) a constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; e II - propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) nos termos do art. 25 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.

¹⁷ Os dados aqui apresentados têm por base as informações que constam no site do Ministério da Saúde, disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/renome>. Neste mesmo sítio eletrônico consta a última lista de medicamentos essenciais fornecida pelo SUS – RENAME.

nem sempre estão corretas. Por esta razão, como informa Barros (2016), os Núcleos de Apoio Técnico (NATs) implementados em alguns estados da federação, a exemplo de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul têm se mostrado de grande importância para o aperfeiçoamento das Decisões Judiciais na área da Saúde tendo em vista que fornecem relatórios técnicos que auxiliam o magistrado a proferir uma decisão justa, não deixando os pacientes à mercê da própria sorte e ao mesmo tempo prevenindo a corrupção e o desvio de dinheiro público.

Outra iniciativa que merece ser ressaltada é a mediação em substituição à judicialização. Nesse sentido, cita-se a experiência que teve início na Defensoria Pública do Rio Grande do Norte, o Projeto SUS Mediado e que em razão do êxito que logrou passou a ser adotada também por outros estados da federação a exemplo de Rondônia – RO. Este programa tem surtido efeitos positivos no que se refere à redução da judicialização do fornecimento de medicamentos pelo SUS (BERTONE; SILVA, 2018). Em 2017, o Programa que investe na agilização do atendimento, conseguiu reduzir em 90% os processos envolvendo temas relacionados à saúde (MORAIS, 2017).

Trata-se de uma iniciativa que visa desburocratizar o acesso aos medicamentos e embora seja um programa que demanda aperfeiçoamento¹⁸, tem se mostrado uma alternativa mais viável do que a excessiva judicialização da saúde, especialmente no que se refere ao acesso aos medicamentos.

Assim, em razão do grande número de decisões favoráveis ao usuário dos serviços de saúde, cada vez mais ações têm sido propostas, o que demanda soluções alternativas conforme será discutido a seguir.

4.2 O NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO (NAT)

Diante do aumento das demandas em saúde, o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 31 de 30.03.2010, solicitou aos Tribunais que adotassem medidas para subsidiar os magistrados nas decisões referentes às demandas da saúde. Como reflexo, iniciou-se a implantação dos Núcleos de Apoio Técnico (NAT –JUS) em Ações de Saúde, dentre outras iniciativas. O descuido em conceder liminares sem a devida análise técnica por

¹⁸ O programa requer maiores investimentos em estrutura física; aumento e capacitação de Recursos Humanos; e instrumentos para a conscientização da população a respeito do funcionamento do Programa, com vistas a evitar que o usuário desista no curso do processo, deixando, conseqüentemente, a sensação de que a demanda não foi atendida (BERTONE; SILVA, 2018).

parte desses núcleos é alvo de críticas, resultando inclusive no Enunciado 18¹⁹ da I Jornada de Direito da Saúde.

Quando se da questão da judicialização do Direito a Saúde, um ponto que chama a atenção é a atuação do Poder Judiciário na apreciação e definição das demandas em busca da efetivação de tais direitos, surgindo um questionamento acerca dos limites aceitáveis de intervenção do Poder Judiciário nesta questão, ou seja, como delimitar o seu âmbito de legitimidade na definição de uma questão relevante e urgente, para a qual não possui necessariamente conhecimento técnico.

Na intenção de auxiliar tecnicamente os magistrados nas decisões sobre estas questões e atendendo recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vários tribunais de justiça dos estados brasileiros estão constituindo e implementando os Núcleos de Apoio Técnico (NAT), formados por profissionais da área da saúde, capacitados para procederem à análise técnica detalhada dos pedidos interpostos e elaborarem pareceres voltados ao auxílio técnico do Judiciário, servindo como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde.

O Núcleo de Apoio Técnico (NAT), constituído por equipe multidisciplinar e especializada na área da Saúde, é competente para, dentro de prazo determinado, emitir pareceres técnicos conclusivos, contribuindo assim, para a fundamentação das decisões dos magistrados nas questões pertinentes, sem, no entanto, interferir no poder discricionário dos Juízes.

Por outro lado, para que realmente este auxílio seja efetivo, não é suficiente que o NAT disponha de profissionais especializados, mas também sua atuação deve ser fundamentada em metodologias de análise reconhecidas no meio científico, como protocolos clínicos baseados em evidências, diretrizes clínicas sistematicamente desenvolvidas por entidades médico-científicas, além de mecanismos de avaliação de tecnologia em saúde. Com estas práticas incorporadas como método de atuação dos NAT constituídos nos Tribunais de Justiça, haverá uma tendência à uniformização de condutas e procedimentos, bem como a racionalização e a equidade que estes instrumentos propiciam para a tomada de decisão dos Órgãos competentes, quanto a destinação e utilização de recursos na saúde, tanto pública como privada.

¹⁹ ENUNCIADO 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.

O primeiro estado a instalar o NATS no Brasil foi o Rio de Janeiro e o Núcleo teve suas atividades iniciadas em fevereiro de 2009, nas 9ª e 10ª Varas da Fazenda Pública (TJ-RN). Em outubro do mesmo ano, foi assinado convênio com a Secretaria de Saúde do Estado e Defesa Civil, estendendo os serviços do núcleo para todas as Varas da Fazenda Pública da capital e para as 20 Câmaras Cíveis do Tribunal (BARROS, 2016).

Os primeiros estados a criarem os Núcleos os fizeram vinculados à Secretaria de Saúde Estadual, o que deu ensejo a muitas críticas no tocante ao nível de isenção desses profissionais que iriam emitir pareceres que poderiam resultar em condenação do estado ao fornecimento das demandas solicitadas pelos pacientes. A solução defendida pelos críticos, a exemplo de Aline Costa e Siddharta Ferreira (2013), foi a desvinculação formal do NATS das Secretarias do Estado e a vinculação ao Tribunal em que estiver instalado e a criação de um quadro plural de servidores, composto não apenas por médicos e servidores das Secretarias de Saúde do Estado, mas também por um corpo técnico independente que integrasse o Tribunal.

Em relação à vinculação aos tribunais e não às secretarias, os núcleos mais recentes já estão sendo criados nesta configuração, a exemplo do estado do Piauí, que criou seu Núcleo em 07 de fevereiro de 2012 prevendo em seu quadro não só os funcionários da Secretaria Estadual de Saúde e do Tribunal de Justiça como também das associações de trabalhadores da área de saúde (BARROS, 2016).

Regra geral, em cada estado a equipe é multidisciplinar, formada por servidores administrativos responsáveis pela rotina do núcleo, além de médicos, farmacêuticos, enfermeiros e nutricionistas, com o objetivo de auxiliar os magistrados elaborando pareceres técnicos embasados em critérios de necessidade e utilidade em prazos curtos de 24 a 72 horas, a depender do que for definido pelo magistrado, mantendo-se afastada dos agentes envolvidos bem como laboratórios, produtores e prescritores (BARROS, 2016)

O objetivo do sistema de plantão dos núcleos de apoio técnico, compostos por equipe multidisciplinar, vinculada com a Secretaria de Saúde do estado, e dos prazos de emissão dos pareceres de 24 a 72 horas é que os magistrados possam utilizar dessa ferramenta, ou seja, o parecer técnico, inclusive para decidir as medidas de urgência, uma vez que, na grande maioria dos casos, apesar da utilização das medidas de urgência, o paciente pode esperar alguns dias para que o magistrado possa decidir com maior segurança.

As análises dos núcleos seguem o procedimento descrito, conforme ensinamentos de Castro a seguir:

I. Inicialmente é verificado se o medicamento faz parte da listagem do SUS, pois existem diversos pedidos dos que já estão na lista, mas talvez o fármaco pedido não esteja disponível no posto ou hospital em que o paciente foi atendido. Nesses casos, se o núcleo já estiver funcionando com integração em todas as unidades do SUS, as procuradorias e defensorias do estado, como no caso dos estados de Alagoas, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro podem verificar o local em que o fornecimento do medicamento está regular, realizar o cadastro do paciente e não há necessidade do prosseguimento da demanda. Em caso do sistema estar disponível apenas para consulta, como o de Pernambuco, o núcleo emite parecer ao magistrado informando que o medicamento faz parte do protocolo do SUS e indica o deferimento da demanda.

II. Em caso de o medicamento não pertencer ao protocolo do SUS, o núcleo verifica, em tempo real: a) se a doença indicada no pedido tem tratamento, evitando que medicamentos que não produzam efeitos comprovados sejam fornecidos pelo estado; b) se o medicamento possui autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Não são permitidas as emissões de pareceres indicativos de fornecimento em caso de medicamentos não registrados.

III. Em caso de o medicamento não pertencer ao protocolo do SUS, mas possuir efeito comprovado para a doença do paciente/solicitante e registro na Anvisa, o núcleo avalia ainda o grau de benefício do medicamento, o que abrange saber se a quantidade pedida é compatível com o tempo em que o paciente fará uso do mesmo. Leva-se em conta para essa análise a idade do paciente, a quantidade permitida do consumo do medicamento e o período de tratamento. A busca aqui é evitar a compra desnecessária e o desperdício, além do mau uso do fármaco. Muitas vezes, o Núcleo se depara com pedidos que excedem a quantidade máxima permitida de uso ou com pedidos de quantidade inferior ao uso necessário para eficácia do tratamento (CASTRO, 2012, p. 43-45).

Neste aspecto resta mais uma vez demonstrada a necessidade das provas, pois, em muitos casos, o demandante junta ao processo apenas o laudo médico informando a necessidade e, em casos diversos, a urgência do medicamento, exame ou outros procedimentos, mas não oferece exames clínicos que comprovem ou mesmo parecer/laudo médico completo, como orientado pela Resolução 31/2010, já citada.

É necessário afirmar que aos magistrados não foi imputado o dever legal de recorrer à avaliação do NATS, todas as vezes que sentenciarem questões relativas à saúde, sendo assim fica a critério do magistrado ponderar se deve ou não levar o pedido para avaliação do Núcleo.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 31/2010 e dos enunciados interpretativos aprovados nas jornadas de saúde, incentiva e busca fortalecer a existência e a participação dos NATS em todo o país; contudo, como dito anteriormente, não há dever legal de consulta ao núcleo e muito menos obrigatoriedade de vinculação da decisão do magistrado ao conteúdo dos pareceres técnicos emitidos. O que significa dizer que, com a finalidade de preservar o princípio do livre convencimento do magistrado, mesmo que o núcleo técnico emita parecer, por exemplo, comprovando que determinado medicamento não possui registro

na ANVISA porque é ineficaz ou inseguro, o juiz pode deferir decisão em sentido contrário obrigando o estado a fornecer o medicamento solicitado (BARROS, 2016).

Isto porque mesmo contando com os dados técnicos obtidos por meio da medicina baseada em evidências, da adoção de diretrizes clínicas e com a avaliação especializada de tecnologia na saúde, por vezes, os subsídios apresentados poderão ser inconsistentes para que o magistrado avalie com convicção sua soberana decisão, prevalecendo a efetividade da justiça ao caminho tecnicista.

Outrossim, nos casos em que os pareceres técnicos forem conclusivos quanto a improcedência do pedido judicial, os magistrados estarão ancorados para a tomada de decisão pelo fato de que, o procedimento, o material cirúrgico ou o medicamento sugerido nos relatórios médicos anexos a inicial, contrariam os pareceres dos melhores centros de pesquisa, as diretrizes técnicas ou a avaliação de tecnologias realizadas pelos centros especializados, ou ainda decisões da ANVISA), órgão competente para a análise e a liberação de medicamentos e outros insumos médicos – hospitalares para sua utilização no território nacional.

Nesse aspecto, não se quer aqui defender a violação do princípio constitucional do livre convencimento do magistrado, queremos apenas afirmar que a mera criação de núcleos técnicos de auxílio ao magistrado não é suficiente para tratar do problema da judicialização excessiva ou de decisões descuidadas. É necessário que o judiciário, e neste caso me refiro ao juiz em particular, se conscientize da complexidade do tema e se aproxime dos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, das unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, bem como, dos dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados e participem dos cursos de aperfeiçoamento, sugestões já destacadas através da Resolução 31/2010 do CNJ (BARROS, 2016).

Referente ao Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT) no TJSP sua implementação ocorreu em três momentos: 1- Criação do NATSP em 2015; 2 - Suspensão do projeto também em 2015; e 3 - Reinício do projeto em 2018.

Quando foi criado em 2015 no TJSP cabia ao NAT mediar as demandas referentes às questões que envolviam negativa de cobertura de procedimentos médicos por parte dos planos de saúde, conferindo maior eficiência a essas demandas (TJSP, 2015). No entanto, o NAT foi implantado com a participação de entidades que possuíam interesse próprio no projeto (operadoras de saúde, cooperativas médicas, seguradoras de saúde, gerando reações contrárias junto aos órgãos de defesa do consumidor (PROCON; IDEC), órgãos representativos de

classe (CREMESP; CFM), OAB, associações de advogados e magistrados, entre outras, o que fez com que o projeto ficasse suspenso temporariamente (SORANO, 2015).

Em razão das inúmeras críticas feitas ao NAT, sendo a principal delas a de priorizar os interesses das operadoras de saúde, o projeto foi suspenso após menos de um ano de seu início, tendo em vista que precisava ser reformulada para que realmente se mostrasse imparcial e eficaz (CAMBRICOLLI, 2016).

O projeto foi retomado no ano de 2018 e espera-se que as reformulações realizadas sejam suficientes para imprimir eficiência às liminares expedidas para assegurar o direito constitucional à saúde e evitar fraudes.

Vale ressaltar que apesar da não obrigatoriedade de consulta ao NATS, nos estados em que há resposta positiva no sentido de diminuir a judicialização excessiva, há vinculação com a participação do Núcleo. Em novembro de 2009, o então Secretário de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, Sérgio Cortes, durante o VIII Seminário de Ética nos Relacionamentos do Setor de Saúde (RIO DE JANEIRO, 2009), divulgou uma análise feita pelo NATS, no período de março a setembro de 2009 em que, do total de atendimentos, em 84% dos casos de pedido de medicamentos, o mesmo fazia parte da listagem do SUS, existia no estoque ou poderia ser substituído por outro medicamento indicado para a mesma patologia, confirmando como questões técnicas alheias ao conhecimento dos magistrados auxiliam no deferimento de decisões mais sólidas e seguras (RIO DE JANEIRO, 2009).

A experiência positiva do estado do Rio de Janeiro levou à Recomendação CNJ 31/2010 no sentido de indicar a criação em cada estado dos núcleos até o final de 2010, o que de fato não ocorreu no prazo esperado, mas que tem levado à disseminação da medida no Brasil, como o caso de criação dos NATS nos estados do Paraná (13.03.2012), do Espírito Santo (21.09.2011), no já citado Piauí (07.02.2012) e em Pernambuco (09.11.2011), em que atua em grande medida nos juizados especiais da Fazenda Pública (BARROS, 2016).

Apesar de não se possuir muitas informações oficiais a respeito da atuação desses núcleos, é possível perceber resultados positivos já expostos por alguns estados como no caso de Araguaína no Tocantins, no NATS piloto criado com atuação municipal, integrado com a Secretaria de Saúde do Estado e da Defensoria Pública, em 2013, em que de um total de 1.397 demandas apenas 85 (6,08%) resultaram na instauração de processos judiciais, dos quais 58 (68%) tiveram os pedidos de liminares deferidos em favor dos autores. Em 2014, de 2.445 demandas, somente 73 (2,98%) foram judicializadas e apenas 47 (64%) tiveram pedidos de liminares deferidos (CNJ, 2016).

Esses resultados demonstram que é possível efetivar o direito à saúde sem necessariamente recorrer ao judiciário, afinal, no ano de 2014, das 2.372 demandas, em 97,02% o direito à saúde e ao fornecimento do tratamento adequado foi concretizado sem a necessidade de apreciação judicial. Ademais, vale destacar que, nos casos que necessitaram de ajuizamento, os magistrados foram devidamente informados das necessidades do caso e foram concedidas as medidas de urgência necessárias (BARROS, 2016).

Situação totalmente diversa do que a observada no Rio Grande do Sul, que agora busca a criação do NATS, uma vez que enfrenta um dos mais significativos níveis de judicialização da saúde no país. A gravidade do problema é refletida nos R\$ 235 milhões gastos pela secretaria no ano passado decorrentes do cumprimento de 17 mil decisões judiciais para o fornecimento de medicamentos, muitos dos quais importados, a um total de 61 mil pacientes. No mesmo período, o órgão despendeu cerca de R\$ 73 milhões para fornecer medicamentos previstos na tabela do SUS a 103 mil pacientes administrativos, ou seja, que não recorreram à Justiça (CNJ, 2016).

Percebe-se que o diálogo entre as instituições permite um filtro das demandas de judicialização da saúde

Com isso não se quer afirmar que os NATS correspondam a uma solução pronta e acabada aos problemas inerentes ao fornecimento de medicamentos através de decisões judiciais, mas sim que é inegável que já começa a fornecer uma contribuição para racionalização dessa judicialização, tornando o processo mais dialógico, com garantia da efetiva consolidação do direito à saúde como um direito social de aplicabilidade imediata (BARROS, 2016).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto ao comportamento do jurídico, e a falta de informações sobre as terapias oferecidas seja para qualquer tipo de doença, do judiciário do Brasil, é nítido, como também de muitos gestores municipais e seus secretários de saúde, que se limitam a burocracia, e não trabalham efetivamente na resolução dos problemas, por desconhecerem a origem como também a possível solução, deve se projetar que tanto que os três poderes, devem se preparar mais, para poder atender a demanda necessária para a população. .

O dever do estado em fornecer medicamentos independente de seus valores, sendo considerados de baixo ou alto custo, sendo ou não englobado ao Sistema Único de Saúde, é seguramente configurado como obrigação do Estado. Esse é precisamente o epicentro da Judicialização da Saúde, o que levanta tantas discussões e até mesmo indeferimentos quando solicitados medicamentos ou terapias necessárias para a sobrevivência de um ser humano, sendo esse considerado pela constituição como cidadão.

Sugere se também que os gestores municipais e seus secretários, entendam que para cuidar do povo e de seus interesses, o primeiro passo, é se antecipar aos possíveis problemas, gestores desconhecem casos graves em seus próprios municípios, quando são informados de tais casos, permanecem na morosidade, aguardando serem reclamados, e deixando o jurídico determinar algo, que é de responsabilidade de todos os poderes.

A constituição federal ainda assegura e determina a competência administrativa da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da Saúde. Porém em tese firmada se reconhece a solidariedades dos entes federados nas demandas prestacionais na área da saúde, porém, o Superior Tribunal Federal, posteriormente, estabelece que é reponsabilidade dos estados e municípios.

Tem sido frequente e crescente a busca da Judicialização na saúde, para que sejam efetuadas qualquer tipo necessário de prestações de serviços ou no fornecimento de medicamentos, como também para a autorização na realização de exames e tratamentos de diversas doenças.

Outra alternativa que se mostra viável é a implementação dos NATs, que apesar de previstos, não encontram-se em funcionamento em todos os Tribunais de Justiça. O NAT como auxiliar nas decisões judiciais é de grande importância, pois a grande quantidade de liminares expedidas pelo judiciário para assegurar o direito à saúde através da liberação de procedimentos médicos, medicamentos e materiais de alto custo leva à constatação da

participação do judiciário no incremento do custo da saúde, tanto pública como privada, levando ainda em conta que os juízes, tecnicamente não estão preparados para a tomada de decisão em questões envolvendo a saúde necessitando para isso do auxílio de pareceres técnicos e tendiam a acatar a grande maioria dos pedidos de liminares, já que estes vêm respaldados por laudos médicos, não cabendo ao juiz contestar o laudo por não ter conhecimentos específicos para isso.

A constatação da facilidade em obter liminares para assegurar o direito à saúde, então, veio acompanhada de fraudes tendo como sujeitos ativos os próprios médicos, que passaram a fazer parcerias, por exemplo, com fabricantes de próteses e começaram a prescrevê-las, mesmo sem necessidade. Outro ato bastante comum era a prescrição de modelos mais caros, onerando as operadoras de saúde. Nesse contexto entende-se que o NAT muito tem a contribuir, pois, sua participação, além de colaborar na identificação de possíveis irregularidades no processo, também consubstanciará os juízes na tomada das decisões em relação à concessão ou não de liminares envolvendo a autorização de procedimentos cirúrgicos, liberação de materiais de alto custo e a diversificação de fornecedores. Além disto, também desobrigará o judiciário de tomar suas decisões tendo como único subsídio os relatórios médicos anexos aos processos.

REFERÊNCIAS

ABUD, Carol de Oliveira. Manual da boa-fé objetiva nos planos de saúde: análise dos deveres de conduta, conceitos parcelares e direito fundamental à saúde na formação dos contratos de plano de saúde. São Paulo: Dialética, 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - ANS. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU nº 8, de 3 de novembro de 1998. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3>. Acesso em: 28 Fev. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. Beneficiários por época de contratação junho-2020. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 28 Fev. 2022.

ALMEIDA, Celia Maria de. O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. 1998. Textos de Discussão - IPEA, n.º 599/98, Rio de Janeiro: IPEA, 1998. p. 13. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2476/1/td_0599.pdf. Acesso em: 28 Fev. 2022.

ALMEIDA, André Graf.; BORBA, José Alonso.; FLORES, Luis Carlos Silva - A utilização das informações de custos na gestão da saúde pública: um estudo preliminar em secretarias municipais de saúde do estado de Santa Catarina – 2009 – Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000300004

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.79-99.

BAHIA, Lígia; VIANA, Ana Luiza. Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002. Disponível em: <https://www.novaconcursos.com.br/arquivos-digitais/erratas/16543/21446/assistenciасuplementar.pdf>. Acesso em: 28 Fev. 2022.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Planos de Saúde: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. In: AGUILLAR, Fernando Herren (Org.). Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Lívia. Fornecimento Judicial de Medicamentos Sem Registro na Anvisa & de Uso Off-Label. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

BARROSO, L.R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BERTONE, Elisa Oliveira Macedo; SILVA, Taís Bringhenti Amaro. Projeto “Sus Mediado” como alternativa à judicialização no fornecimento de medicamento pelo Sistema Único de Saúde. CIDESP – II Congresso Internacional de Desempenho do Setor Público, 27 a 29 de agosto de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5.10.1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 393.175-0. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 MC/DF – Distrito Federal. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 8 mar. 2022.

BRAVO, M.I.S. Política de Saúde no Brasil. In: MOTA, A. et al. Serviço social e saúde. São Paulo: OPAS, OMS, Ministério da Saúde, 2006. p. 88-110.

CAMBRICOLI, Fabiana. Núcleo criado para ajudar TJ-SP a julgar processos de saúde está parado. O Estado de São Paulo, 20 ago., 2016.

CAMPOS. Gastão Wagner de Souza. Romance de Formação de um Sanitarista: um estudo de caso. In: LIMA, Nísia Trindade; GERCHMAN, Silvia; ELDER, Flavio Coelho (Org.). Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2005.

CAPUCHO, Helaine Carneiro. Incorporação de Tecnologias em Saúde no Brasil: novo modelo para o Sistema Único de Saúde. BIS, Boletim do Instituto de Saúde (Impr.), São Paulo, v. 13, n. 3, jul., 2012.

CARVALHO, Eurípedes Balsanuffo; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p. 2167-2177, 2007.

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde. 2012. Dissertação (Mestrado), Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas Direito Rio, 2012.

CIARLINI, Álvaro Luís. Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIEFFE, Ana Luíza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégias da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. Revista Saúde Pública, São Paulo, v. 44, p. 421-429, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONASS. Saúde Suplementar. Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília, v. 11, 2007. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro11.pdf. Acesso em: 28 Fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em números – 2016: ano-base 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justicaemnumeros-20161.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

CORVINO, Juliana Diniz Fonseca - A Crise do Sistema Único de Saúde e o Fenômeno da Judicialização da Saúde – 2017 – Gramma Editora – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

COSTA, Aline Matias; FERREIRA, SiddhartaLegale. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais. Revista FJRJ, Rio de Janeiro, v.20, n.36, p.219-240, abr., 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. Revista Saúde Pública. São Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro (coord.). Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 76-80.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FADEL, C.B; SCHNEIDER, L.; MOIMAZ, S.A.S.; SALIBA, N.A. – Administração pública: o pacto pela saúde como uma nova estratégia de racionalização das ações e serviços em saúde no Brasil – 2009 – Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a08.pdf>

FERREIRA FILHO, Miguel. Limites, fins e impactos da regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar sobre os contratos de planos de saúde. 2018. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania). Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba, 2018. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2018/MIGUEL-FERREIRAFILHO.pdf>. Acesso em: 28 Fev. 2022.

FIGUEIREDO. Mariana Filchtigar. Direito Fundamental à Saúde: parâmetros a eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno. Judicialização da Saúde & Audiência Pública no STF. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GANDINI, J.A.D; BARIONE, S.F; SOUZA, A. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, A.C; SANTOS, J.S. (Org.). Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. cap. 19, p. 255-276.

GARCIA, Rafael Barreto. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária evolução casuística. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 10, n. 51, p.77-78, set/out., 2008.

GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica de proteção do consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JACOB. Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: Obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LAZARI, C. Reserva do Possível e Mínimo Existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Alexandre Amorim. Direito Fundamental à Saúde: Efetividade, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, Juruá Editora, 2014.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A decisão da saúde pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise dos parâmetros para a judicialização da saúde. Revista de Direito Público - RDP, Porto Alegre, v. 15, n. 82, p. 50-70, jul./ago. 2018.

MARQUES. Claudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 20, p. 71-87, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. Biblioteca do direito do consumidor. v. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – Introdução a Gestão de Custos em Saúde – 2013 – Disponível online em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/introducao_gestao_custos_saude.pdf

MORAIS, Hosana. SUS Mediado atende 810 pessoas e reduz 90% dos processos de saúde. Globo.com, 09.01.2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/>

noticia/2017/01/sus-mediado-atende-810-pessoas-e-reduz-90-dos-processos-na-saude.html. Acesso em: 8 mar. 2022.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Direito Constitucional Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NOGUEIRA, R.V.M.; MIOTO, T.R.C. Desafios atuais do sistema único de saúde (SUS) e as exigências para os assistentes sociais. In: MOTA, A. et al. Serviço social e saúde. São Paulo: OPAS, OMS, Ministério da Saúde, 2006. p. 218-241.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. O Estado e os planos de saúde no Brasil. Revista do Serviço Público, 51, v. 1, p. 123-147, jan-mar, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PASE, T.F.D.; ROSA, R.S. – Gestão de Custos Hospitalares: Implantação do Programa Nacional de Gestão de Custos do SUS na Fundação de Saúde Pública São Camilo de Esteio/RS – 2015 – Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/159667/001022707.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

PINHEIRO, Roseni. Saúde pelos Sanitaristas: O sistema único de saúde sob a ótica do princípio universal da integralidade das ações. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012. p. 70-79.

RAMOS, Pedro. A máfia das próteses: uma ameaça à saúde. São Paulo: Editora Évora, 2016.

REGO, Ihgor Jean. Direito e Justiça: problematização filosófica da efetividade do direito à saúde no modelo constitucional brasileiro. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Maringá, Centro Universitário Cesumar, 2017.

RIBAS, Bárbara Kirchner Corrêa. Processo regulatório em saúde suplementar: dinâmica e aperfeiçoamento da regulação para a produção da saúde. 2009. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 4, 2009. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19112/BarbaraKirchner_MestradoUFPR_Dissertacao%20vf.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 Fev. 2022.

RIO DE JANEIRO. Secretário Sérgio Côrtes participa do VIII Seminário Ética nos relacionamentos do setor de saúde. nov. 2009. Disponível em: <http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/620-secret.++ario-sergio-cortes-participa-do-viii-seminario-etica-nos-relacionamentos-do-setor-saude.html>. Acesso em: 8 mar. 2022.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá. Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 2011.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; SALGADO, Eneida Desiree. Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho

(quase lógico). Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida. In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2010.

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

SCHAPIRO, Mário Gomes. Estado, Economia e Sistema Financeiro: Banco de Desenvolvimento como opção regulatória e como estrutura de governança. In: LIMA, Maria Lúcia LabateMantovanini Pádua Lima (Org.). Agenda Contemporânea: direito e economia - 30 anos de Brasil, tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 120-152.

SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. Doença pré-existente no plano de saúde. São Paulo: Saraiva, 2009.

SORANO, Vítor. Planos de saúde inauguram sala dentro do maior fórum do País. São Paulo, IG, 08/10/2015. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2015-10-08/planos-de-saude-inauguram-sala-dentro-do-maior-forum-do-pais.html>. Acesso em: 8 mar. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIANA, Ana Luiza D' Ávila. As Políticas de Saúde nas décadas de 80 e 90: O (longo) período de reformas. In: CANESQUI, Ana Maria (Org.). Ciências Sociais e Saúde para o ensino médico. São Paulo: Editora Hucitec/Fapesp, 2000.

WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEICHERT, Marlon Albert. O direito à saúde e o princípio da integridade. In: SANTOS, Lenir. Direito da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2010. p. 101-144.