

Por que não ajuizar? Incentivos, problemas e propostas atinentes à judicialização da saúde

*Victor Aguiar de Carvalho**

Resumo

O ajuizamento de demandas individuais para a obtenção das mais diversas prestações, fundamentadas diretamente na previsão constitucional relacionada ao direito fundamental à saúde, é um fenômeno frequente e crescente no país. A compreensão dos Magistrados em geral quanto ao que estaria alcançado pelo direito constitucional à saúde parece ser bastante abrangente; todavia, a Constituição não explicitou qual seria o exato conteúdo de tal direito, tampouco definiu quais prestações deveriam ser necessariamente fornecidas pela Administração. No presente artigo, pretende-se demonstrar que existem diversos incentivos para o ajuizamento em massa de tais demandas, sendo o principal deles justamente o entendimento dominante adotado pelo Judiciário. Nesse cenário, o Judiciário tende a se tornar ator cada vez mais relevante para a alocação, por meio dos seus critérios, de recursos públicos na área. Este quadro suscita problemas e críticas de ao menos três ordens: quanto à violação da isonomia; quanto à ineficiência da alocação de recursos na sociedade; e quanto à consolidação do Estado de Direito. Nesse contexto, apresentam-se algumas bases para o tratamento da matéria, que envolvem, em síntese, a preferência por processos coletivos; a concessão de maior deferência às análises técnicas da Conitec; e que o fornecimento judicial de prestações não incorporadas ocorra apenas em situações excepcionais, após minuciosa instrução processual.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direito à Saúde. Incentivos. Política de Saúde.

Recebido em: 25/04/2018 | Aprovado em: 22/10/2018

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v32i3.8044>

* Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (RJ). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. E-mail: vaguiar1401@gmail.com

Introdução

É de conhecimento comum que são cada vez mais frequentes demandas judiciais pautadas no direito fundamental à saúde, em que se pleiteiam do Poder Público as mais diversas prestações sanitárias, muitas das quais não incorporadas para dispensação regular pela Administração.

Os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ratificam essa tendência. Em 2011, tramitavam no Judiciário 240.980 processos judiciais na área de saúde¹. Em 2016, foram recebidos, apenas pela primeira instância, 87.505 casos novos, grande parte relacionados ao fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico-hospitalar².

O volume de recursos alocados para o cumprimento de decisões judiciais na matéria é cada vez mais expressivo. Em 2005, a União gastava pouco menos do que R\$ 2,5 milhões para a aquisição tão somente com medicamentos necessários para atendimento do Judiciário. Em 2012, tal quantia já alcançava valor pouco menor do que R\$ 288 milhões³. Em 2014, o gasto total do Ministério da Saúde com a judicialização havia ultrapassado o montante de R\$ 844 milhões⁴.

No presente artigo pretende-se demonstrar que existem diversos incentivos⁵ que conduzem ao ajuizamento em massa dessas demandas, que não se resumem à afirmação prosaica – embora verdadeira – de que o sistema público de saúde apresenta deficiências. O principal incentivo concerne à interpretação dominante no Poder Judiciário quanto à extensão e abrangência do direito à saúde previsto constitucionalmente.

É inequívoco que a Constituição Federal Brasileira (CRFB/88), em seu art. 196, definiu a existência de um direito público subjetivo à saúde⁶. Todavia, diferentemente do que prega a crença difundida no meio jurídico, o legislador constituinte não minudenciou, no texto da carta, o exato conteúdo desse direito⁷, tampouco optou por definir quais prestações em saúde deveriam ser fornecidas pela Administração e, assim, poderiam ser dela demandadas, inclusive judicialmente.

Com efeito, o art. 196 limita-se apenas a assentar que a saúde é um dever do Estado e um direito conferido a todos, restando, portanto, garantido o “acesso universal e igualitário” às prestações em saúde. Em adição, determinou que a concretização de tal direito se daria por meio de políticas públicas ou, em seus exatos termos, pela via de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”.

Dentre as principais diretrizes constitucionais para a organização do sistema público de saúde figura o atendimento integral, a ser oferecido “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”⁸. A acolhida no texto do termo “atendimento integral” representa uma conquista do denominado movimento sanitarista brasileiro⁹, que influenciou a elaboração da CRFB/88 em relação à matéria¹⁰.

Embora existam diferentes conotações históricas para o termo integralidade, cuja análise fugiria ao escopo do presente artigo, pode-se defini-lo, em apertadíssima síntese, com o auxílio do Dicionário da Educação Profissional em Saúde da Fundação Oswaldo Cruz, como o “conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, em cada caso, nos níveis de complexidade do sistema”¹¹. Contudo, como se observa adiante, a jurisprudência pátria concedeu ao referido termo conotação distinta daquela originalmente pretendida pelo movimento sanitarista.

Para além desse quadro geral de disposições constitucionais, não há especificação, no texto da CRFB/88, da exata extensão do objeto ou do conteúdo direito à saúde, cabendo ao intérprete constitucional melhor defini-los.

Convém esclarecer que não se pretende negar – e nem se poderia, segundo a moderna interpretação constitucional – que o direito à saúde, conforme previsto no art. 196, CRFB/88, desfruta de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais, a partir do próprio texto constitucional. É inquestionável que, em sendo a saúde um direito fundamental, há um conjunto de prestações exigíveis do Poder Público, inclusive por meio de demandas judiciais¹².

Porém, a definição de qual é a dimensão de tal conjunto de prestações, que é uma tarefa do intérprete, precisa considerar que há problemas de difícil equalização em torno da questão. Com efeito, o debate jurídico acerca do direito fundamental à saúde insere-se em um cenário de recursos públicos limitados, aumento crescente da expectativa de vida (a exigir, por consequência, uma maior diversidade de recursos médicos) e multiplicação do número de enfermidades diagnosticáveis¹³. Assim, se não forem adequadamente enfrentadas, tais questões intrincadas conduzirão a um quadro de potencial violação de outras regras, valores ou princípios de índole igualmente constitucional ou poderão macular os próprios parâmetros estabelecidos pelas disposições constitucionais para o campo da saúde, como o de acesso universal e igualitário.

Como se analisa neste trabalho, a interpretação que o Judiciário vem adotando em relação às demandas em saúde cria incentivos à crescente judiciali-

zação e o torna um ator cada vez mais relevante para a alocação, por meio dos seus critérios, de recursos públicos na área. Este quadro suscita problemas e críticas de ao menos três ordens: a) quanto à violação da isonomia; b) quanto à ineficiência da alocação de recursos na sociedade; c) quanto à consolidação do Estado de Direito.

O presente trabalho estrutura-se em quatro seções, além da introdução e da conclusão. Primeiramente, observa-se a situação corrente da judicialização da saúde no Brasil, bem como o entendimento dominante adotado pelo Judiciário. Após, analisam-se os incentivos que levam à judicialização em massa nessa matéria. Ato contínuo, examinam-se alguns problemas e algumas críticas relacionadas à interpretação judicial dominante e ao crescente papel desempenhado pelo Judiciário como alocador de recursos da saúde. Por fim, apresentam-se algumas bases para o melhor tratamento da matéria.

A realidade atual da judicialização da saúde: o entendimento dominante adotado pelo Judiciário

Em relação às demandas judiciais individuais por prestações de saúde, há que se distinguir ao menos duas situações bastante distintas entre si. A primeira corresponde à pretensão de recebimento de medicamentos ou outras prestações cujo fornecimento está previsto em protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas ou em tabelas e relações periodicamente expedidas pelo Poder Público¹⁴, mas que, por deficiência na execução da política pública de saúde, deixaram de ser disponibilizados aos pacientes. Em tais hipóteses, é inequívoca a possibilidade de controle jurisdicional. Na prática, nesses casos, o Poder Judiciário limita-se a controlar a execução da política pública que a Administração se obrigou a implementar. Não se trata sequer de situação jurídica ou moralmente controvertida. O próprio ordenamento infraconstitucional já apresenta a solução para esses casos¹⁵.

Situação diversa refere-se à pretensão de se obter da Administração prestações em saúde que não estão padronizadas para dispensação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (ao menos não para aquela enfermidade específica da qual a parte autora é portadora), sob a fundamentação de que estariam alcançadas pelo direito à saúde constitucionalmente previsto e mediante simples invocação, em regra, dos termos do art. 196 da CRFB/88. Essa é a hipótese

mais frequente no ajuizamento em massa em face da Administração. No Rio de Janeiro, já se apurou que o pleito por medicamentos não incorporados ao SUS representava 80,6% das ações sobre o tema no Estado e 92,5% na capital¹⁶.

A demanda por prestações que não foram padronizadas pelo Poder Público não se resume a casos em relação aos quais o SUS haja falhado no estabelecimento de um protocolo clínico, diretriz terapêutica ou na organização de uma política de qualquer natureza para tratamento da enfermidade. Em pesquisas, já se identificaram percentuais de 73%¹⁷ ou 79%¹⁸ quanto à parcela de medicamentos não padronizados cujo fornecimento fora determinado judicialmente, mas que apresentavam uma alternativa terapêutica ao seu uso disponível no SUS. No mais, dentro das prestações que não são fornecidas pelo SUS, mas que, ainda assim, são demandadas judicialmente, encontram-se inclusive medicamentos sem registro na Anvisa, cuja comercialização e cujo fornecimento pelo sistema público de saúde são legalmente vedados por falta de comprovada eficácia e segurança sanitária no país¹⁹.

Como juízes e tribunais decidem, em regra, as demandas individuais relativas à judicialização em saúde? Não só a experiência prática, mas os dados empíricos existentes indicam que as demandas judiciais por prestações sanitárias são amplamente acolhidas pelo Judiciário. Em geral, a compreensão dos Magistrados quanto ao que estaria alcançado pelo direito à saúde parece ser bastante abrangente.

Nesse passo, verifica-se na atuação diária que o Judiciário tende a conceder, usualmente, qualquer objeto que seja demandado por um paciente que não apresente condições financeiras de arcar com aquele tratamento, desde que lhe seja devidamente prescrito por um médico, independentemente de esse profissional vincular-se à rede pública ou privada de saúde. O índice de êxito já foi estimado em aproximadamente 90% dos casos²⁰.

Pelo entendimento dominante, a própria Constituição, por si só, já conferiria direta e imediatamente a todos o direito a qualquer prestação em saúde que lhe for recomendada, sendo certo que, na ausência do fornecimento do objeto pelo Poder Público, o bem lhe poderia ser demandado judicialmente.

Poder-se-ia pensar, em análise perfunctória, que juízes e Tribunais incorreram em significativa apreciação das circunstâncias fáticas atinentes ao quadro clínico de cada paciente para decidirem que uma determinada prestação, ainda que não incorporada pelo SUS, seria imprescindível para a adequada tutela do direito à saúde. Todavia, os dados existentes, a partir de pesquisa realizada no

Rio de Janeiro, revelam que aproximadamente 97% das decisões favoráveis aos autores basearam-se tão somente na prescrição médica juntada pelo próprio requerente, sem que se exigisse qualquer outra documentação hábil a demonstrar a pertinência, qualidade ou imprescindibilidade do tratamento prescrito para formar sua convicção²¹.

Um Magistrado provavelmente argumentaria que tal análise probatória é a possível frente à quantidade e repetição de demandas sobre o tema em qualquer vara com atribuições fazendárias. Não lhe faltaria razão. A massificação da justiça ainda é um problema sem solução adequada no Direito pátrio, com implicações práticas para a forma de atuar de Juízes, serventuários e outros envolvidos no dia-a-dia processual. Entretanto, como se demonstra, o método decisório usualmente adotado retroalimenta a judicialização em massa, sendo, portanto, uma das causas do problema do crescente número de processos com o qual o Judiciário lida.

Aparentemente juízes e Tribunais passaram a entender o conceito de assistência integral, previsto na Constituição, de maneira distinta da concepção originária do movimento sanitarista, que levou à inserção de tal nomenclatura na Carta de 1988. A determinação constitucional concernente à prestação de assistência integral acabou sendo interpretada como o direito de se receber do Poder Público toda e qualquer prestação disponível na ciência médica, desde que prescrita por um profissional de saúde que acompanhe o paciente e que seja alegadamente necessária para a melhoria do quadro clínico ou da qualidade de vida do enfermo, não havendo sequer a exigência de que tal objeto se mostre imprescindível para a manutenção de sua vida ou para definitivamente curar a mazela²².

As decisões judiciais relativas ao tema acabam, assim, por ser construídas tão somente por meio de um raciocínio silogístico singelo. Se a Constituição prevê saúde como um direito de todos e o paciente supostamente precisa de uma determinada prestação, conforme prescrito por um médico – que é o profissional presumidamente especializado no tema –, então o indivíduo faz jus ao recebimento exatamente daquilo que o seu médico entende como pertinente, independentemente de qualquer consideração técnica, orçamentária ou distributiva quanto à alocação dos recursos sociais²³.

É de se ver, além disso, que, usualmente, os pronunciamentos judiciais se fundamentam apenas por meio de aplicação direta e imediata de normas constitucionais, sem que haja um esforço argumentativo e decisório em relação às

normas infraconstitucionais que, em tese, incidiriam naqueles fatos controvertidos.

Considerando o entendimento dominante no Judiciário, não é difícil perceber que as prioridades eleitas pela Administração para a alocação de recursos na área de saúde são diariamente reformuladas por decisões dos Magistrados, que assentam, ao fim, que a política pública adequada seria a de suprir o paciente com qualquer prestação recomendada por qualquer profissional médico. Tal compreensão majoritária gera uma série de externalidades e dificuldades complexas. Adicionalmente, somada a outros fatores estruturais, a interpretação dominante ajuda a criar incentivos fomentadores do crescente número de demandas ajuizadas. É o que se passa a analisar.

Incentivos que conduzem ao ajuizamento em massa

A associação entre Direito e Economia, cada vez mais usual em diversos ramos das ciências jurídicas, tem como um dos méritos acarretar que os juristas concedam maior atenção aos “incentivos” gerados por normas, institutos ou fenômenos jurídicos. Por “incentivo”, que é um jargão tipicamente econômico, entende-se, em grosso modo, qualquer circunstância que impulsione ou motive uma pessoa a se comportar de uma determinada maneira²⁴.

A decisão sobre o ajuizamento ou não de qualquer processo envolve um cálculo racional formulado pelo autor do pleito, ainda que de maneira meramente intuitiva. Uma demanda somente será levada ao Judiciário se o requerente considerar que o benefício por ele esperado com a lide superará os possíveis custos em que incorrerá para a propor²⁵.

O proveito esperado pelo autor pode ser descrito como o benefício que pretende obter, ponderado pela probabilidade de que sua demanda seja julgada procedente. Se tal probabilidade é baixa, ainda que seja alto o benefício que em tese receberia na hipótese de acolhimento do pleito, o ajuizamento da pretensão não será uma estratégia atrativa.

Além disso, o autor há que considerar os custos nos quais incorrerá com o processo. Há custos de quatro diferentes ordens. Pode-se denominar o primeiro de custo pessoal. Estritamente relacionado com as circunstâncias pessoais de cada um, refere-se ao consumo de tempo próprio e às despesas nas quais se incorrerá para levar adiante a intenção de postular em juízo. Por hipótese, quem possua piores condições financeiras provavelmente terá um maior custo

pessoal relativo, haja vista que terá que superar possíveis maiores dificuldades da vida, como a distância até uma localidade com melhores serviços, o preço do transporte até o local de atendimento, a despesa para reunir ou fotocopiar documentos, a impossibilidade de se ausentar do trabalho ainda que brevemente, dentre outros.

O segundo tipo de custo é o advocatício, seja em razão da necessidade de contratação de um profissional que detenha capacidade postulatória, seja pelo tempo despendido por aquele que litiga em causa própria. O terceiro refere-se à antecipação das despesas concernentes ao ajuizamento da demanda e aos atos realizados ou requeridos no curso do processo²⁶. Por fim, há os custos de sucumbência, como o pagamento de honorários advocatícios em benefício do patrono da parte contrária²⁷ e o ressarcimento do vencedor quanto às despesas que antecipou.

Há que se ver que, nos dois últimos casos, tais custos dependem da probabilidade de a demanda ser julgada procedente ou não, bem como de a parte ré ser beneficiária da gratuidade de justiça. Se for julgada procedente, a parte autora, naturalmente, não incorrerá em ônus sucumbenciais, zerando tal despesa potencial. No mais, na hipótese de procedência, a parte contrária deverá ressarcir a vencedora quanto às despesas que adiantou para o ajuizamento, processamento e julgamento da demanda, embora, caso o vencido seja beneficiário da justiça gratuita, tal obrigação restará sob condição suspensiva de exigibilidade, extinguindo-se em cinco anos, a não ser que haja a improvável alteração da situação de insuficiência de recursos²⁸. Por outro lado, se a demanda for julgada improcedente, a parte autora arcará com as despesas que já antecipou, bem como com ônus sucumbenciais.

A lógica acima exposta modifica-se consideravelmente se o autor puder litigar sob o benefício da gratuidade de justiça. Em tal hipótese, nos termos do art. 98, CPC, o autor não arcará com os custos relativos às despesas antecipadas ou com os possíveis custos concernentes à potencial sucumbência²⁹.

Contextualizando o raciocínio para o específico cenário do ajuizamento de demandas para obtenção de prestações sanitárias junto ao Poder Público, verifica-se que há diversos incentivos para a massificação desse tipo de pretensão.

A jurisprudência, conforme os dados já examinados, é amplamente favorável aos postulantes. Portanto, a probabilidade de procedência é bastante alta, alcançando 90%, como acima exposto. Se o objeto da demanda não for uma hipótese extrema, como a pretensão de se obter um medicamento sem registro

na Anvisa ou um tratamento experimental, é possível considerar que a probabilidade de êxito ainda supere esse número.

Adicionalmente, o benefício almejado é considerável. Como visto, uma importante parcela dos processos concerne a objetos que não são padronizados pelo SUS para dispensação. Assim, a única possibilidade de o autor vir a ter acesso gratuitamente a tais prestações é por meio do ajuizamento de uma demanda em face do Poder Público, na esperança de que o Judiciário determine à Administração que entregue, apenas para si, uma prestação que não é fornecida pelo SUS regularmente a todos os cidadãos.

Além disso, os custos para ajuizamento são usualmente baixos. A prática forense, corroborada por pesquisa empírica³⁰, indica que, em geral, os postulantes de prestações em saúde litigam sob o pálio da gratuidade de justiça³¹. Desse modo, não antecipam despesas que seriam necessárias para o ajuizamento. Em adição, ainda que a demanda seja julgada improcedente, não suportarão qualquer ônus sucumbencial.

No mais, os custos advocatícios também podem ser nulos se a parte autora for patrocinada pela Defensoria Pública, o que deve se tornar cada vez mais usual, ante o fortalecimento desses importantes órgãos viabilizadores do acesso à justiça. O mesmo ocorre quando se litiga com o auxílio de patronos custeados pelo Poder Público (como na hipótese da designação de defensores dativos) ou por meio de advogados indicados por entidades de ensino (como nos escritórios modelos, vinculados a diversas faculdades de Direito no país). É de se ver que, em estados como o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul, a maior parte dos demandantes já são patrocinados pela Defensoria Pública³².

Especificamente quanto às Defensorias Públicas, além da intenção de tutelar o direito fundamental à saúde de seus assistidos de acordo com a interpretação e extensão que lhe conferem, há, ainda, outros incentivos³³ que conduzem ao crescente ajuizamento de demandas.

Em primeiro lugar, em relação aos custos suportados pelo órgão, os mais relevantes tendem a ser custos fixos, relacionados à estrutura física de atendimento e à remuneração de seu quadro de pessoal (Defensores, servidores, estagiários, entre outros). O ajuizamento de uma ação adicional representa um custo marginal que é diminuto em comparação aos custos fixos que serão inevitavelmente suportados, independentemente da quantidade de novas demandas propostas. Em outros termos, um processo a mais representa um custo muito

pequeno para a instituição, que já está organizada para patrocinar milhares de causas.

No mais, embora não se acredite que nenhum Defensor Público pense nesse aspecto quando toma a decisão de propor ou não uma pretensão em favor de um assistido seu, há que se ver, ainda, que a legislação vigente cria outro incentivo para o ajuizamento de demandas adicionais. Nos termos do art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994³⁴, caso o feito seja julgado procedente, o órgão fará *jus* a receber verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, que devem ser repassadas a fundos destinados exclusivamente ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores. Por outro lado, considerando que os assistidos em geral litigarão sob o pálide da gratuidade de justiça, caso a demanda seja julgada improcedente não haverá qualquer ônus sucumbencial a ser suportado pelo autor ou pelo órgão. Em outros termos, o assistido e o órgão podem auferir um proveito pelo êxito sem que a parte autora incorra no risco de suportar um prejuízo.

Assim, pelas circunstâncias expostas, quais sejam, baixos custos marginais relativos ao ajuizamento de uma nova demanda e nenhum risco de custo sucumbencial para o assistido, ao se identificar qualquer viabilidade de êxito da pretensão mostra-se uma escolha racional leva-la ao Judiciário. Na hipótese de dúvida real entre propor ou não uma demanda em favor de um assistido, os incentivos presentes indicam que o caminho natural e esperado será o do ajuizamento de mais um processo.

Portanto, são expressivos os incentivos para que um indivíduo recorra ao Judiciário em busca de uma prestação em saúde. É a única via para acesso a prestações que a Administração não fornece por meio do SUS; em razão da jurisprudência dominante, a probabilidade de êxito é bastante elevada; os custos advocatícios ou de antecipação de despesas podem ser nulos; e ainda que a sua demanda não seja acolhida, o autor em muitos casos não arcará com nenhum custo sucumbencial.

Ao fim, os desestímulos enfrentados pelos autores para eventual ajuizamento podem limitar-se aos seus custos pessoais, relacionados às despesas e dissabores próprios do cotidiano que enfrentarão para conseguir levar adiante a intenção de iniciar um processo. Em especial por se tratarem de portadores de alguma enfermidade e em geral hipossuficientes economicamente, tais obstáculos de fato podem não ser pequenos.

Nesse contexto, o ajuizamento será um comportamento racional e esperado sempre que se considerar que o benefício a ser auferido, ponderado pela probabilidade de êxito, superará os dissabores pessoais a serem suportados para se propor uma ação. Não é difícil conceber que os custos pessoais serão frequentemente sobrepujados pela alta chance de êxito e pelo fato de a judicialização ser a única via para acesso gratuitamente a prestações que não são ou não estão sendo fornecidas pelo SUS. Está posto o quadro de incentivos para a crescente massificação das demandas por prestações sanitárias.

Essa disposição à cada vez maior judicialização em matéria de saúde demonstra que o Poder Judiciário tende a ser um ator cada vez mais relevante na matéria, a decidir, por seus critérios, qual será a alocação de crescente parcela dos recursos públicos despendidos com saúde. Os problemas oriundos desse quadro serão a seguir expostos.

Críticas e consequências relacionadas ao entendimento dominante adotado pelo Poder Judiciário

O cenário desenhado pelo sistema de incentivos, que indica que o Judiciário decidirá, por seus critérios, a alocação de uma quantidade cada vez maior de recursos dedicados à saúde, suscita diversas complexidades. As questões e críticas podem ser divididas em três diferentes ordens: a) quanto à violação da isonomia; b) quanto à ineficiência da alocação de recursos na sociedade; c) quanto à consolidação do Estado de Direito.

Críticas quanto à violação da isonomia

De acordo com o art. 196 da Constituição Brasileira, a saúde deve ser garantida mediante acesso igualitário às ações e serviços existentes. Não parece ser o que o atual entendimento judicial dominante promove. Ao contornar as políticas públicas estabelecidas ou as prioridades eleitas pela Administração, determinando que o Poder Público forneça prestações inexistentes no SUS em favor apenas de determinados indivíduos, o Judiciário dá ensejo à existência de dois sistemas públicos de saúde paralelos: um, que contém apenas os serviços e itens dispensados regularmente pelo SUS; e outro, que existe somente para a população que conta com efetivo acesso à prestação jurisdicional, por meio do

qual se pode obter gratuitamente até mesmo as mais recentes e sofisticadas prestações em saúde, que não são concedidas sequer por seguradoras privadas ou pelos serviços de saúde dos países mais prósperos³⁵.

O ponto é relevante. O potencial de acesso à justiça não parece ser um critério razoável para distinguir indivíduos quanto ao tipo ou quantidade de prestações em saúde que estarão à sua disposição. Lembrando-se que a Constituição³⁶ estabelece a regra de que seja igualitário o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, não deveria haver distinção de tratamento entre uma pessoa que dependa apenas do atendimento prestado na ponta do SUS e outra que tenha os recursos necessários para lançar mão da via judicial.

As ações por meio das quais se pleiteia a internação em um leito de CTI bem ilustram a questão. Por conta da judicialização, o regulador de leitos do sistema de saúde costuma trabalhar com duas relações distintas de pacientes. Uma, formada pelos pacientes da rede pública que aguardam vagas em leitos de CTI e que não ajuizaram demandas judiciais. Outra, formada por aqueles que contam com decisões judiciais em seu favor, determinando a internação no leito de CTI. Em razão da ordem judicial, tais pacientes são atendidos com prioridade sobre os que figuram na outra relação. Não é incomum, assim, que um enfermo classificado com pior quadro de saúde seja preterido para a alocação da vaga em favor de um que se socorreu do Judiciário, ainda que este último apresente quadro clínico menos grave. Em outros termos: todos os Magistrados com atribuição fazendária em uma determinada localidade podem, por conta de decisões judiciais proferidas em demandas individuais, acarretar a alteração da ordem de precedência entre os pacientes que aguardam internação, mesmo desconhecendo absolutamente o quadro clínico de maior ou menor urgência dos demais enfermos da rede pública que necessitam de igual atendimento.

O cenário de desigualdade torna-se ainda mais inquietante quando se observam os dados atinentes aos beneficiados pelas decisões judiciais na matéria, em um país com enormes desigualdades sociais como o Brasil³⁷. Há evidências empíricas de que aqueles que se socorrem do Judiciário, por mais carentes socioeconomicamente que sejam, não estão entre os mais desfavorecidos do povo³⁸. Muito pelo contrário, beneficiam-se das decisões judiciais pessoas que, em geral, apresentam indícios de não figurarem entre os mais necessitados financeiramente, em se considerando a população como um todo. No mais, os pacientes-autores são, naturalmente, pessoas que possuem suficiente acesso à

justiça e a informações, incluindo o conhecimento – que nem todos possuem – de que é possível buscar o Judiciário para demandar uma prestação em saúde.

Por exemplo, em pesquisa realizada com beneficiários de decisões judiciais que residiam na cidade de São Paulo, já se identificou que em 60,63% dos casos a prescrição havia sido fornecida por um hospital ou clínica privada e que 60% dos atendidos não usavam o serviço público de saúde regularmente. Além disso, também em 60% dos casos as demandas haviam sido ajuizadas por advogados privados, sejam contratados diretamente pelos demandantes (em 38,75% dos episódios), sejam fornecidos por uma associação ou organização não governamental (ONG) (21,25%)^{39,40}. Os números não discrepam dos obtidos no Estado de Minas Gerais, em que 70,5% dos demandantes haviam sido atendidos por serviços privados de saúde e 60,3% litigavam por meio de advogados particulares⁴¹, ou do Estado do Paraná, em que 56,2% vão a juízo por meio de advogados remunerados privadamente⁴². Na prática, exceção feita a estados como Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, nas demais localidades as demandas tendem a ser ajuizadas majoritariamente por advogados privados⁴³.

Já se identificou que os dez estados com melhores índices de desenvolvimento humano no Brasil concentravam 93,3% das demandas em saúde perante a Justiça Federal. No mesmo estudo observou-se que os estados do norte e do nordeste do país, que possuem cerca 35% da população, concentravam à época apenas 7,5% das demandas em saúde⁴⁴.

A constatação não é recente. Ana Paula de Barcellos⁴⁵ suscita que existe “considerável literatura destacando que, como regra, as demandas submetidas ao Judiciário não dizem respeito às necessidades dos mais pobres e excluídos da sociedade.” Afinal, “a decisão de ir ao Judiciário já envolve a disponibilidade de informações e recursos (não apenas financeiros) de que os pobres não dispõem, mas a que outros grupos têm acesso.”

Em adição, convém lembrar, conforme observado por Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁶, que ao conceder uma determinada prestação por meio de uma decisão judicial, o Estado-Juiz deveria ponderar se a providência seria passível de ser universalizada. Caso aquela prestação concedida a um particular não seja passível de ser prestada a todos que dela necessitem, inverter-se-á a lógica igualitária, que é subjacente aos direitos fundamentais, tornando a ação do Estado incoerente e parcial, uma vez que somente concederia determinadas prestações àqueles que obtiverem êxito em demandas judiciais. A toda evidência, tal consideração vem escapando das preocupações do Poder Judiciário na matéria.

Críticas quanto ao mecanismo de alocação dos recursos na sociedade: a política pública como mecanismo mais efetivo para a promoção de direitos fundamentais e a escassez frente às decisões alocativas

A crescente realocação de verba destinada à saúde por meio do Poder Judiciário também não parece ser um mecanismo eficiente de distribuição de recursos na sociedade. Considerando-se a quantidade de processos em tramitação e o peso numérico que representam sobre o Judiciário, poder-se-ia pensar que a judicialização favorece um considerável percentual da população, que, por essa via, teria seu direito fundamental à saúde protegido e tutelado.

A realidade, contudo, não parece ser essa. Por mais relevante que a judicialização tenha se tornado, o número de pacientes beneficiados não rivaliza numericamente com a quantidade daqueles que buscam a ponta do sistema de saúde diariamente e que dependem exclusivamente do funcionamento da política pública estabelecida para terem seu direito fundamental à saúde atendido. São indivíduos que, em razão de figurarem nas camadas realmente mais desfavorecidas da população brasileira, não possuem efetivo acesso à justiça (seja por absoluta carência de recursos, seja por falta de informação), muito menos possibilidade de contar com assistência privada em saúde.

O Judiciário, afinal, está absolutamente circunscrito a decidir somente as demandas que lhes são submetidas, sendo certo que todo o restante está fora de sua possibilidade de atuação. Assim, “a proteção e a promoção de direitos fundamentais de forma geral, sustentável e equitativa dependerão inevitavelmente da atuação ordinária dos Poderes Executivo e Legislativo na rotina democrática do país”⁴⁷.

Especialmente tendo-se em vista o público que em geral se socorre da via judicial, como destacado no tópico anterior, é bastante limitado o impacto do Judiciário em termos relativos, considerando-se toda a população brasileira, para a promoção e proteção dos direitos fundamentais dos mais necessitados⁴⁸. Ou seja, a tutela do direito à saúde da maior parte da população depende, ao fim, da capacidade de Legislativo e Executivo adequadamente desenharem e implementarem as políticas públicas existentes na ponta do sistema.

O quadro é corroborado pelo fato de que apenas 24,5% da população brasileira possui cobertura por plano de saúde⁴⁹. Isso significa dizer que 75,5% do país de fato depende tão somente dos programas e políticas do SUS para ter acesso a prestações em saúde.

Os dados orçamentários confirmam o relevo das políticas públicas em saúde regular e ordinariamente implementadas. É inegável que o peso financeiro representado pela judicialização é considerável e crescente. O Ministério da Saúde gastou pouco menos do que R\$ 368 milhões com demandas judiciais em saúde, em suas diversas modalidades⁵⁰, no ano de 2012. Em 2014, tal valor já havia passado para aproximadamente R\$ 844 milhões, o que representou um aumento de aproximadamente 129% em dois anos⁵¹.

Todavia, tal montante representa apenas uma fração do total de gastos do Poder Público com as suas políticas públicas sanitárias⁵². Comparativamente, o orçamento total previsto para o Ministério da Saúde no mesmo ano de 2014 foi de cerca 106 bilhões de reais⁵³. Desse modo, os principais agentes a promoverem o direito fundamental à saúde da população mais desfavorecida são Executivo e Legislativo, por meio de suas políticas públicas, e não o Judiciário.

De acordo com esse cenário, reforça-se a importância, para a promoção do direito fundamental em tela, que as políticas sanitárias sejam promovidas e aprimoradas, inclusive com a participação do Judiciário, da Defensoria e do Ministério Público, evitando-se, por outro lado, que relevantes recursos sejam drenados para o atendimento de indivíduos isolados, por meio de um critério distributivo que, à toda evidência, não parece ser o mais isonômico ou eficiente.

Nesse passo, veja-se que o sistema público de saúde, nos termos dos arts. 19-M e 19-P da Lei nº 8.080/1990,⁵⁴ estabeleceu a política de dispensação de medicamentos e produtos cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença, bem como de oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde (SUS), realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Ocorre que o entendimento usual do Judiciário permite que as prioridades eleitas nas políticas públicas em saúde sejam desconsideradas e modificadas com base apenas em uma prescrição assinada por um médico, sem qualquer reflexão crítica sobre as opiniões técnicas exaradas por esse profissional. Em outros termos, o entendimento majoritário considera que qualquer médico pode unilateralmente afastar a política pública desenhada e estabelecer, conforme seu entendimento pessoal, qual a forma adequada de lidar com a enfermidade.

Nota-se, assim, pouca deferência do Judiciário à política pública estabelecida ou às prioridades eleitas por Executivo e Legislativo, que são os poderes

com legitimidade democrática para tanto, ao mesmo tempo em que se concede absoluta deferência à apreciação técnica isolada do médico que acompanha o paciente.

Os riscos relacionados à irrestrita aquiescência à opinião do médico prescritor são diversos. O primeiro refere-se à incerteza quanto à formação e ao conhecimento técnico do profissional. O segundo advém da natural possibilidade da divergência técnica razoável entre diferentes especialistas em um dado tema. Há que se ver, ainda, que não há como se ter convicção de que o médico que respalda uma demanda individual esteja atualizado em relação às melhores evidências científicas ou que seu entendimento não esteja influenciado por conflitos de interesse ou por estratégias de *marketing* da indústria farmacêutica⁵⁵. Tampouco se deve esperar que o profissional que não é o responsável por elaborar uma política de saúde considere na sua prescrição questões como a necessidade de sustentação financeira do sistema de saúde como um todo.

O entendimento usual do Judiciário dificulta, assim, que no país se adote o regime de medicina baseada em evidências⁵⁶, uma vez que as melhores análises científicas podem ser descartadas com respaldo apenas na opinião ou na experiência clínica de um profissional. Corre-se o risco, nesse passo, de que o Judiciário realoque relevantes e crescentes parcelas orçamentárias destinadas à saúde para as destinar a tratamentos que apresentam duvidosa relação custo-efetividade⁵⁷.

É sabido, todavia, que tais políticas públicas em saúde no Brasil não são perfeitas. Muito pelo contrário, por vezes apresentam falhas na execução, por exemplo. É o caso, como já acima examinado, de um medicamento incorporado ao SUS faltar no posto de atendimento, o que demonstra uma falha da execução da política. Nessa hipótese, é legítimo e esperado que ocorra o controle jurisdicional da execução da política pública, mesmo que para atender apenas a um demandante isoladamente.

Em outras hipóteses, a política pública pode revelar-se inadequada ou insuficiente. São os casos, por exemplo, de inexistência de qualquer tratamento no SUS para uma dada enfermidade ou de carência de leitos nos hospitais de uma determinada região. Para garantir a isonomia de tratamento entre os particulares, bem como a eficiente alocação de recursos, melhor seria se o Judiciário exercesse seu papel de influência no desenho e correção dessas políticas preferencialmente por meio de ações coletivas, guardando, naturalmente,

algum grau de deferência à realidade de escassez de recursos e de necessidade de escolhas trágicas nesse cenário.

Ainda quanto à eficiência da alocação dos recursos, é de se ver que decisões judiciais usualmente consignam que considerações orçamentárias não podem ser suscitadas como empecilho para o fornecimento de prestações, em razão da previsão constitucional do direito à saúde. Todavia, a questão merece mais detida reflexão.

A interpretação que entende que o Poder Público deve fornecer toda e qualquer prestação prescrita pelo médico que acompanha o enfermo exigiria o consumo de uma quantidade imprevisível e potencialmente ilimitada de recursos, haja vista que as demandas humanas são sempre infinitas, o que dificilmente poderia ser suportado pelo orçamento de qualquer ente federativo deste país. Não é crível pensar, como expõe Ana Paula de Barcellos⁵⁸, que a sociedade brasileira tenha condições de disponibilizar todas as prestações de saúde existentes no mercado para todos os seus membros ou que simplesmente o deseje fazer. Não é esse um dilema apenas brasileiro, mas sim de todos os sistemas de saúde do mundo.

Um exemplo ajuda a ilustrar a situação. Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabioli Sulpino Vieira⁵⁹, em estudo realizado, buscaram calcular quanto o Poder Público despenderia se, para tratar todos os pacientes do país portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, que à época representavam um grupo de pouco menos do que 2 milhões de pessoas, optasse por utilizar os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado, e não aqueles que figuravam em seus programas públicos e que foram escolhidos pelo perfil de segurança, eficácia e custo-efetividade. Concluiu-se que se gastaria, conforme o cálculo dos autores, 4,32% do PIB brasileiro apenas com o tratamento dessas duas únicas enfermidades. O acesso a tais substâncias, que fora determinado por decisões judiciais para indivíduos isoladamente, naturalmente não seria passível de universalização para toda a população.

O problema da escassez dos recursos – no sentido de que sempre serão insuficientes para atender a todas as infinitas demandas sociais, exigindo a adoção de escolhas trágicas pelo Administrador – precisa ser levada a sério⁶⁰. A questão não se refere apenas à sempre existente limitação financeira⁶¹. A escassez por vezes se manifesta também sob a forma de limitação de pessoal especializado, de instalações físicas ou de oferta de um item, que precisa ser gerenciado pelo sistema de saúde⁶². Assim, o gestor em saúde sempre se depa-

rará com duas ordens de decisões alocativas a serem tomadas: o que/quanto disponibilizar e a quem atender⁶³.

A escassez também deve ser encarada com franqueza. Tendo em conta a inevitável limitação dos recursos, ao conceder ou não uma prestação, tanto a Administração quanto o Judiciário estão realizando escolhas alocativas, concedendo algumas prestações para uns em detrimento de outros itens e de outros indivíduos, que não receberão recursos⁶⁴.

A pouca eficiência na alocação dos recursos advinda da judicialização em saúde cria, ao fim, um sistema regressivo, em que os recursos escassos, que poderiam ser investidos em políticas sanitárias mais gerais, como a atenção básica e preventiva, são realocados em benefício de poucos⁶⁵. Não parece ser o meio mais hábil nem de execução da despesa pública nem de tutela do direito fundamental à saúde de toda a população.

Críticas quanto à consolidação do Estado de Direito

O entendimento dominante no Judiciário revela, ainda, deficiências da consolidação do Estado de Direito brasileiro. Note-se que não se afirma que as demandas em saúde criam tais fragilidades. Elas já existem no meio jurídico e a judicialização da saúde é apenas um exemplo de situação em que são expostas.

Há diversas concepções na literatura – que escapam ao escopo do presente trabalho – acerca de qual seria o exato significado e de quais seriam os elementos necessários para que se configure o adequado funcionamento de um Estado de Direito⁶⁶. Um sentido mínimo e histórico, embora insuficiente, seria o de que o direito existente haja sido escrito e publicamente promulgado pela autoridade competente anteriormente aos eventos que pretende regular e seja aplicável de modo consistente e isonômico pela Administração e pelo Judiciário⁶⁷.

Em demandas atinentes à judicialização da saúde, aparentemente o direito nem sempre é aplicado de modo consistente. Com efeito, a normatização do tema não se restringe à seara constitucional. Além das disposições existentes na CRFB/88, que, como visto, não minudenciam o exato conteúdo do direito à saúde, há uma considerável gama de normas legais e infralegais produzidas pelas autoridades competentes, por meio do procedimento próprio, que complementam as previsões da Carta de 1988⁶⁸.

Ocorre que, a despeito dessa complexa normatização, são rotineiros os julgados que decidem as questões postas apenas mediante aplicação direta do

texto constitucional, não havendo qualquer fundamentação quanto às normas infraconstitucionais que em tese incidiriam sobre a hipótese fática em exame.

Por exemplo, por vezes o Judiciário deixa de aplicar disposições expressas da Lei nº 8.080/1990, como é o caso do art. 19-M, que traz os limites da assistência terapêutica integral, sem que haja fundamentação sobre as razões que levaram ao afastamento da incidência da norma. Seria o dispositivo legal inconstitucional? Haveria, para o caso concreto, uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto? Teria a portaria que estabeleceu a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename)⁶⁹ apenas sido omissa em relação à hipótese específica em análise? A exposição da fundamentação sobre as razões para a derrotabilidade das normas infraconstitucionais é pouco frequente na prática diária.

Outro exemplo da dificuldade de consolidação do Estado de Direito se verifica pela análise da Lei nº 12.401/2011⁷⁰, que trouxe algumas inovações para a Lei do SUS. Considerada uma resposta institucional à excessiva judicialização da saúde no país⁷¹, a Lei nº 12.401/2011, dentre outras novidades, incorporou à Lei do SUS os arts. 19-Q e 19-R, que preveem um procedimento específico, passível de ser instaurado por qualquer interessado, para incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como para a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica no SUS. Embora não se conheçam estudos empíricos que hajam medido o impacto da referida alteração legislativa em um amplo conjunto de julgados, certo é que decisões judiciais continuam rotineiramente a superar o procedimento legal e a conceder prestações em saúde que não foram incorporadas ao SUS, mesmo em hipóteses em que já houve análise técnica culminando na expressa decisão de não incorporação, sem que na fundamentação judicial se apontem equívocos no rito adotado ou mácula à validade da lei.

Tal forma de decidir revela fragilidades do Estado de Direito ao menos sob dois distintos aspectos. Por uma primeira vertente, concernente à fragilidade democrática, deve-se ressaltar que as normas infraconstitucionais sobre a matéria foram elaboradas pelo Legislativo ou pelos órgãos competentes. Em um Estado de Direito, as normas produzidas pelos representantes democraticamente constituídos precisam ser especificamente apreciadas e enfrentadas pelo Judiciário, ainda que seja para decidir, fundamentadamente, pelo seu afastamento.

Sob um segundo aspecto, esse método decisório torna o sistema jurídico pouco previsível e homogêneo. Analisando-se a normatização existente, não é possível prever com razoável certeza (como deveria ser possível em um Estado de Direito) como o direito posto será aplicado aos particulares. Tampouco há coerência e homogeneidade, haja vista que a desconsideração às normas postas acarreta que o tratamento concedido a uns indivíduos não seja compatível com aquele destinado a outros em situação fática semelhante.

Não se nega que o Judiciário possa e deva afastar a aplicação de normas infraconstitucionais que sejam incompatíveis com a Carta de 1988. Todavia, quando o fizer, deverá ser por meio dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico para tanto, como é o controle incidental de constitucionalidade, em decisão expressa e fundamentada. O direito infraconstitucional posto, promulgado pelos órgãos competentes, respeitando-se o devido processo legal, e que se funda em uma determinada interpretação da norma constitucional, não pode ser simplesmente ignorado, ainda que se entenda que a leitura constitucional que o respaldou não seja a melhor.

Algumas bases para um melhor tratamento da matéria

Nesta seção, avaliam-se algumas bases que poderiam levar à melhor organização do tratamento da matéria, sem a pretensão de apresentar solução definitiva para tão complexas questões.

Preferência pelo processo coletivo

O uso preferencial do processo coletivo, como de ações civis públicas, para tratar de questões atinentes ao direito à saúde apresenta uma série de vantagens em relação ao atual cenário caracterizado pelo ajuizamento em massa de demandas individuais⁷².

Por meio de um processo coletivo, a controvérsia jurídica poderia deslocar-se de uma perspectiva simplesmente individual para um debate mais amplo e complexo, atinente ao desenho e à execução de uma determinada política pública em saúde ou à incorporação ou não ao SUS de uma dada prestação em saúde e em que condições.

A discussão mais sofisticada sobre a formatação da política ou tratamento enfraqueceria a crítica à ineficiente alocação de recursos sociais, uma vez que potencialmente envolveria a participação de um maior número de atores sociais e entes públicos, que poderiam trazer mais farta coleção de informações e provas, bem como viabilizaria uma perspectiva ampliada acerca dos custos e benefícios do novo arranjo proposto. Caso entendesse pela superação da política pública existente, o Magistrado o faria com base em robustos elementos probatórios produzidos durante a instrução e adequadamente submetidos ao contraditório, e não apenas com fundamento em um laudo médico subscrito por um profissional isoladamente.

Também mitigaria a crítica à quebra de isonomia, uma vez que a decisão adotada no processo coletivo beneficiaria indiscriminadamente a todos, assegurando o acesso universal e igualitário demandado pelo texto constitucional, ou pacificaria a questão em relação a todos os potenciais interessados. Todavia, há que se destacar que a crítica poderia subsistir sob outro aspecto, menos explícito e mais complexo.

A desigualdade de acesso aos recursos poderia ainda ser evidenciada quanto à diferença entre aqueles que conseguem se organizar para levar a questão ao Judiciário e os que, portadores igualmente de enfermidades, não alcançam tal articulação. A questão envolve também a diferença entre o potencial acesso dos interessados aos principais legitimados para propor ações coletivas, como a Defensoria e o Ministério Público. Mais além, concerne também à discussão sobre os critérios utilizados pelas Defensorias e pelo Ministério Público para a definição de prioridades em relação às matérias que serão objeto de ações civis públicas, tema que permanece pouco debatido⁷³.

Por fim, a publicidade e profundidade do debate, assim como a homogeneidade do tratamento conferido aos interessados, mitigaria a crítica quanto à deficiência de consolidação do Estado de Direito, assumindo a conotação de legítimo instrumento de controle do Judiciário quanto à adequação das políticas públicas estabelecidas por Executivo e Legislativo.

Maior deferência à análise técnica realizada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec)

Já se mencionou que os arts. 19-Q e 19-R da Lei do SUS⁷⁴ preveem um procedimento, passível de ser instaurado por qualquer interessado, para incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos no SUS. A Conitec elabora um relatório sobre a tecnologia que se cogita incorporar, que serve como subsídio para a decisão administrativa a ser adotada pelo Ministério da Saúde.⁷⁵

A manifestação técnica a ser produzida pela Conitec deverá considerar, por força de lei, as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Há previsão legal, ainda, de instrumentos de participação da sociedade, que devem ser utilizados com o escopo de aperfeiçoar o procedimento decisório por meio da influência de especialistas e interessados na decisão administrativa⁷⁶. Com efeito, como teoria geral, a maior abertura democrática garante a oportunidade de os participantes promoverem suas visões perante a Administração, bem como permite que o se reúna uma maior quantidade de informações relevantes⁷⁷. Acredita-se, assim, que a decisão administrativa resultante do procedimento será mais robusta e receberá maior aquiescência social⁷⁸.

Ocorre que não é incomum que, a despeito da já existência de análise técnica sobre o caso, determine-se em uma demanda individual o fornecimento daquele mesmo produto que não mereceu a incorporação pelo SUS (e que, portanto, não é passível de universalização), independentemente de qualquer crítica ou consideração acerca do procedimento de análise pela Conitec. No entanto, parece que o Judiciário, em razão da complexidade do tema, da possibilidade de participação social no procedimento decisório e da previsão constitucional de atendimento igualitário, deveria agir com maior deferência em relação às decisões administrativas fundamentadas em tais manifestações⁷⁹.

Naturalmente, cabe à União zelar pela credibilidade das manifestações da Conitec, o que inclui cuidado quanto à sua composição. Quanto maior for a robustez da análise, bem como quanto maior for a possibilidade de participação

democrática na tomada de decisão, maior a expectativa de que o Judiciário gradativamente demonstre deferência em relação às decisões técnicas administrativas de incorporação ou não ao SUS de uma nova tecnologia avaliada.

No mais, compete à União também buscar o incremento da publicidade e da transparência na divulgação das informações atinentes às avaliações, o que permite o adequado controle social do trabalho técnico e poderá levar a melhores decisões e, consequentemente, a uma política de saúde com maior credibilidade e adesão no SUS⁸⁰.

Excepcional concessão de prestações não incorporadas ao SUS

Em razão de todas as críticas já expostas quanto à quebra de isonomia e ineficiência na alocação de recursos, além da determinação constitucional de que o atendimento seja universal e igualitário, o fornecimento judicial de prestações que não estão incorporadas ao SUS deveria ser uma exceção, e não a regra, como ocorre hoje. Acredita-se que tal concessão somente poderia ocorrer excepcionalmente, após minuciosa instrução processual em que restassem verificados alguns importantes requisitos⁸¹:

- a) insuficiência econômica do requerente para arcar com o bem, o que revelaria a dependência do paciente ao Poder Público para atendimento de sua excepcional necessidade;
- b) existência de registro sanitário do item na Anvisa, em atenção aos arts. 10 e 12 da Lei nº 6.360/1976,⁸² bem como ao art. 19-T da Lei nº 8.080/1990;⁸³
- c) inexistência de manifestação da Conitec e de decisão administrativa rejeitando expressamente a incorporação do item ao SUS, uma vez que, se houvesse, afastaria a possibilidade de universalização da prestação;
- d) prescrição realizada por unidade de saúde pública de renome, como são os casos de hospitais universitários ou dos centros especializados na rede pública para tratamento de determinadas enfermidades, conferindo presunção de correção à prescrição. No caso de deferimento do pleito, o ente federativo responsável pelo fornecimento deveria ser, preferencialmente, aquele a que se vincula direta ou indiretamente o médico prescritor. A uma, porque se trataria da continuidade natural do tratamento em saúde oferecido por aquele centro de referência. A duas, porque, por esse arranjo, o ente público poderia supervisionar a adequa-

ção da prescrição realizada pelos seus agentes públicos, respeitando-se, naturalmente, os contornos da autonomia técnica. No mais, o ente federativo restaria incentivado a, quando entendesse pertinente, instaurar o procedimento legalmente previsto para avaliação quanto à possível incorporação do item à rede pública, nas hipóteses pertinentes, o que potencialmente traria consequências também quanto à forma de custeio da prestação no sistema de saúde;

- e) comprovação, preferencialmente mediante prova pericial, a permitir o devido contraditório, inclusive por meio da manifestação de assistentes técnicos das partes, de que a prestação é imprescindível para atendimento do quadro clínico do autor, seja pela inexistência de terapia no SUS para aquela enfermidade, seja pela ineficácia, para o caso concreto, da alternativa terapêutica incorporada. Não bastaria que o medicamento fosse melhor ou mais conveniente do que o padronizado no SUS, mas sim indispensável para o quadro clínico. Comprovado tal cenário, restaria caracterizada a insuficiência da política pública para a tutela do direito fundamental à saúde do paciente.

Convém ressaltar que um minucioso exame processual, como o sugerido, que parece ser o necessário quando se consideram todas as sutilezas e complexidades atinentes à matéria, provavelmente não se mostraria viável em um quadro de judicialização em massa, como o atual. No entanto, um novo entendimento sobre a matéria modificaria os incentivos atualmente existentes para o ajuizamento, possivelmente alterando também o próprio quadro de massificação.

Conclusões

As principais conclusões do presente trabalho podem ser assim sistematizadas:

- 1 O legislador constituinte não minudenciou, no texto da Carta de 1988, o exato conteúdo do direito à saúde, tampouco definiu quais prestações deveriam ser fornecidas pela Administração. Todavia, é certo que, em sendo a saúde um direito fundamental, há um conjunto de prestações exigíveis do Poder Público, inclusive por meio de demandas judiciais;
- 2 As evidências da prática e os dados empíricos indicam que as demandas por prestações sanitárias são amplamente acolhidas pelo Judiciário, que

- apresenta, em geral, uma compreensão bastante abrangente quanto ao que estaria contido no direito à saúde;
- 3 Há um quadro de incentivos para a crescente quantidade de demandas judiciais por prestações sanitárias. Um deles – possivelmente o principal – é o entendimento judicial dominante adotado para o julgamento desses casos;
 - 4 Nesse cenário, o Poder Judiciário tende a ser um ator cada vez mais relevante a decidir, por seus critérios, qual será a alocação de crescente parcela dos recursos públicos despendidos com saúde;
 - 5 O modo por meio do qual o Judiciário realoca esses recursos, consolidado por seu entendimento dominante, tende a criar problemas relacionados à violação à isonomia e à eficiência da distribuição dos recursos na sociedade, além de revelar algumas deficiências na consolidação do Estado de Direito no país;
 - 6 Sem a pretensão de se exaurir tema de tamanha complexidade, algumas bases para o melhor tratamento da matéria seriam a preferência de que as discussões sobre a concessão de novas prestações ou sobre a modificação de políticas públicas sejam travadas por meio de processos coletivos; que se confira maior deferência às análises técnicas realizadas pela Conitec, cabendo, por outro lado, à União zelar pela credibilidade das manifestações, pela possibilidade de manifestação da sociedade e pelo incremento da publicidade e da transparência na divulgação das informações; e que a concessão judicial de prestações não incorporadas ocorra apenas em situações excepcionais, após minuciosa instrução processual, observando-se os parâmetros conforme analisados neste trabalho.

Why would you not file a lawsuit? Incentives, problems and proposals related to healthcare litigation

Abstract

The filing of individual claims in order to obtain the most diverse health benefits, based directly on the constitutional provision on the fundamental right to health, is a frequent and growing phenomenon in Brazil. The general judicial understanding related to the constitutional right to health seems to be quite broad. However, the Constitution do not specify the exact content of the right to health, nor define what health benefits should necessarily be provided by the Administration. This article intends to demonstrate that there are several incentives

for the massive filing of such lawsuits, and that the main one is the dominant understanding adopted by the Judiciary. In this scenario, the Judiciary tends to become an even more relevant actor for the allocation of public resources in the area, through its own criteria. This situation raises problems and criticisms of at least three orders: violation of isonomy; inefficiency of the allocation of resources; and consolidation of the Rule of Law. In this sense, some proposals are presented, which involves, in summary, preference for collective procedures; deference to the technical analysis of Conitec; and judicial provision of unincorporated benefits occurring only in exceptional situations, after thorough procedural instruction.

Keywords: Right to Healthcare – Health Policy – Incentives – Access to Justice.

Notas

- ¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde*. 26/04/2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- ² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números – Demandas por classe e assunto – 2016*. 2016a. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/pendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- ³ Cf. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. AGU, 2013, p. 10. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- ⁴ Cf. INTERFARMA. *Por que o brasileiro recorre à justiça para adquirir medicamentos?* Entenda o que é a judicialização da saúde. Junho de 2016, p. 07. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/101-por-que-o-brasileiro-vai-a-justiaa-em-busca-de-medicamentos-site.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- ⁵ O conceito, que na origem se trata de um jargão econômico, mas que já restou difundido nos estudos que se utilizam da Análise Econômica do Direito, será mais detidamente apresentado na terceira seção deste trabalho.
- ⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- ⁷ O tratamento constitucional da matéria envolve o emprego de diversas cláusulas gerais, com maior ou menor grau de indeterminação, que são próprias da nova dogmática de interpretação constitucional. De fato, termos jurídicos como direito à saúde, à vida, além de outros como acesso universal e igualitário, admitem uma multiplicidade de interpretações possíveis, podendo, ainda, entrar em colisão entre si ou com outras normas ou valores de índole igualmente constitucional. Nesse sentido, v. BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. S/f, p. 21. Disponível em: <http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.
- ⁸ Art. 198, II, CRFB/88 (BRASIL, 1988).

- ⁹ Sobre o tema, v. PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores, *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.21, n.1, pp. 15-35, jan/mar 2014.; e COHN, Amélia. Caminhos da reforma sanitária, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 19, pp. 123-140, 1989.
- ¹⁰ Nesse sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. O direito constitucional à saúde: o caminho percorrido e algumas reflexões para o futuro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente. *Direito em público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 297-298; Também PINHEIRO, Roseni. *Integralidade em saúde*. 2009. Disponível em: <<http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html>>. Acesso em: 09 jan. 2018.
- ¹¹ PINHEIRO, 2009.
- ¹² No mesmo sentido, BARROSO, s/f, p. 12; Também BARCELLOS, 2016, p. 133.
- ¹³ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Ano 1, n. 1, jul/dez 2008, p. 133.
- ¹⁴ Segundo o art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, a assistência terapêutica integral consiste em 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 agravamento à saúde a ser tratado, ou na oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. Na falta de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, a dispensação será realizada, nos termos do art. 19-P, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS ou, no âmbito de cada Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais ou municipais do SUS. (BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: DOU de 20.9.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018).
- ¹⁵ Com efeito, as prestações padronizadas se inserem no conceito legal de assistência terapêutica integral, nos termos do art. 6, I, c/c art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, sendo certo que devem ser fornecidas pelo Poder Público (BRASIL, 1990).
- ¹⁶ Os dados foram compilados e citados por Daniel Wang, fazendo referência a outros estudos acadêmicos. V. WANG, Daniel Wei L. Right to health litigation in Brazil: The problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, 15, p. 617-641, 2015, p. 619.
- ¹⁷ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Rev. Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007, p. 218.
- ¹⁸ MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil, *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011, p. 593.
- ¹⁹ A Lei nº 6.360/1976, em seus arts. 10 e 12, veda a importação de medicamentos, assim como a sua exposição ao consumo, sem a manifestação favorável do Ministério da Saúde (BRASIL. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. DOU de 24.9.1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018). Além disso, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 19-T, também veda a dispensação de medicação pelo SUS sem que haja registro na Anvisa. Esclareça-se que o número de demandas por

medicamentos sem registro na Anvisa, comparativamente à quantidade total, não parece elevado. Diferentes estudos, dependendo da localidade geográfica e da metodologia, já estimaram tal quantidade em 0,5%, 0,9%, 4,8% e 9,6%. Nesse sentido, respectivamente, ver PEREIRA, José Gilberto; PEPE, Vera Lúcia Edais. Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais, *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 2, p. 30-45, jul/out. 2014, p. 41.; PEPE, Vera Lucia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil, *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 3, p. 461-471, 2010, p. 464.; MACHADO, 2011, p. 595.; e MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007, p. 101.

²⁰ Cf. WANG, 2015, p. 623. Também PRADO, Mariana Mota. The Debatable Role of Courts in Brazil’s Health Care System: Does Litigation Harm or Help?, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, v. 41, n. 1 (Symposium: Global Health and the Law), p. 124-137, Spring 2013, p. 125. Há que se fazer uma ponderação quanto a tal índice de êxito das demandas em relação aos medicamentos sem registro na Anvisa. Embora não se conheça pesquisa empírica sobre o tema, parece haver uma tendência crescente entre juízes e Tribunais a atuar com maior autocontenção quanto ao fornecimento de medicamentos sem o devido registro sanitário. Nessas demandas, observa-se em geral maior exigência quanto à instrução probatória a subsidiar eventual deferimento da medida, inclusive no que concerne à já existência de registro sanitário em outros países que sejam referência em tecnologia farmacêutica. Acredita-se que a jurisprudência já sofre, no momento, considerável influência do andamento do julgamento do RE nº 657.718/MG, com repercussão geral reconhecida pelo STF para definição de tese sobre o tema. Assim, caso se realizasse um corte amostral concernente apenas às demandas por medicamentos sem registro, acredita-se que o índice de êxito autoral seria consideravelmente menor.

²¹ Cf. VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde, *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010, p. 92-93.

²² Em semelhante sentido, BARCELLOS, 2016, p. 303.

²³ Também no mesmo sentido argumenta Mariana Mota Prado, que acrescenta que a fundamentação silogística no tema em verdade prevalece na América Latina, e não apenas no Brasil, contrastando com os métodos de fundamentação usuais em outros países. Ver PRADO, 2013, p. 130.

²⁴ Para uma explanação ilustrativa sobre a importância do conceito de incentivos para o pensamento econômico e sobre as suas reflexões na organização social, ver o capítulo denominado “Os incentivos, sempre eles (...)” em GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 211-232.

²⁵ Raciocínios semelhantes, acrescidos de linguagem matemática, podem ser vistos em POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 2, pp. 399-458, jun. 1973, p. 419.; e ARAKE, Henrique; GICO Jr.; Ivo. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça, *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan/jun. 2014, p. 5. No presente texto incorporam-se elementos adicionais, próprios da realidade processual brasileira.

²⁶ Art. 82, *caput*, CPC (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: DOU de 17.3.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

²⁷ Art. 85, CPC (BRASIL, 2015).

- ²⁸ Art. 82, § 2º, c/c 98, § 3º, CPC. Nos termos do art. 98, § 3º, CPC, caso o beneficiário da gratuidade reste vencido, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (BRASIL, 2015)
- ²⁹ Para análise dos incentivos produzidos pelo sistema de gratuidade de justiça, ver ARAKE; GICO Jr., 2014.
- ³⁰ Já se apurou que 85,5% dos demandantes, em amostra de processos do estado do Paraná, obtiveram deferimento da gratuidade de justiça. Nesse sentido, v. PEREIRA; PEPE, 2014, p. 35.
- ³¹ Embora não sejam específicos para aqueles que litigam por prestações em saúde, os dados do CNJ demonstram a importância do benefício, inclusive em relação às despesas totais da Justiça. Desde o ano de 2011 nota-se a tendência de crescimento de tal participação, sendo que naquele ano representou 0,30% das despesas totais, frente a 0,45% em 2012, 0,52% em 2013 e 0,76% em 2014. No ano de 2015 identificou-se considerável redução, alcançando-se 0,51% das despesas, sendo que em 2016 houve novo incremento, atingindo-se 0,59%. Nesse sentido, v. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016.
- ³² Conforme apontado por Daniel Wei Liang Wang, essa não é uma realidade nacional. Segundo os dados por ele compilados, à exceção do que ocorre nos estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, a maior parte dos litigantes são representados por advogados privados. Nesse sentido, v. WANG, Daniel Wei Liang. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo: FGV, 2013, p. 14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- ³³ É importante esclarecer que o termo “incentivo” aqui novamente é empregado em seu caráter técnico. Analisa-se uma circunstância que impulsiona alguém a se comportar de uma determinada maneira. Não se refere a uma circunstância desabonadora ou a um questionamento subjetivo sobre a conduta adotada, mas sim a elementos que contribuem para que o comportamento se dê de uma determinada maneira. Portanto, de modo algum se pretende aqui realizar qualquer juízo subjetivo sobre os elementos analisados.
- ³⁴ BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: DOU de 13.1.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- ³⁵ É o caso, por exemplo, de pacientes que se beneficiaram, pela via judicial, do acesso a medicamentos como o Soliris (eculizumabe), que já foi considerado o mais caro do mundo. No Estado do Rio de Janeiro há pelo menos um paciente que se beneficia do fornecimento do produto. A mesma pretensão não foi acolhida em relação a outros demandantes que tentaram obter acesso à mesma droga. Sobre o tema, v. SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 24 jan. 2018.
- ³⁶ BRASIL, 1988.
- ³⁷ Veja-se, por exemplo, que o rendimento médio mensal da população em 2016 era de R\$ 2.053. Ou seja, qualquer indivíduo que possua rendimento maior do que esse valor é mais abastado financeiramente do que a média da população. Os que figuram entre os 10% da população com menores rendimentos detinham 0,8% da renda geral, enquanto que aqueles que estão entre os 10% com maiores rendimentos possuíam 43,4% da renda. Nesse sentido, v. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *PNAD Contínua 2016: 10% da população com maiores rendimentos concentra quase metade da renda*. 29/11/2017; Última Atualização: 01/12/2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov>>.

br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18376-pnad-continua-2016-10-da-populacao-com-maiores-rendimentos-concentra-quase-metade-da-renda.html>. Acesso em: 03 fev. 2018.

- ³⁸ Sobre o tema, ver pesquisa realizada por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas, na qual, após coleta e análise de dados atinentes a pacientes residentes no Município de São Paulo, confirmaram as suas hipóteses de que as decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde beneficiam os mais privilegiados; e que os Tribunais não representam uma voz institucional para os mais pobres. Para a pesquisa, v. SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded*. 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 24 jan. 2018.; Também apresentando dados que reforçam o argumento aqui exposto, v. FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil*, *Texas Law Review*, vol. 89, pp. 1643-1688, 2011, pp. 1660-1662.; e FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?*, *Health and Human Rights Journal*, vol. 11, n. 2, pp. 33-45, 2009.; Ainda, ressaltando que a maior parte dos conflitos sequer chegam ao Judiciário e que o acesso à justiça é muito afetado por fatores socioeconômicos como renda e escolaridade, v. ZAGANELLI, Juliana. A (in)justiça do Poder Judiciário: o obstáculo econômico do acesso à justiça e o direito social à saúde, *Revista de Direito Brasileira*, v. 15, n. 6, p. 185-199, set./dez. 2016.
- ³⁹ SILVA; TERRAZAS, 2010, pp. 5-6.
- ⁴⁰ Em estudo de Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari, também realizado no Estado de São Paulo, o número identificado de demandas patrocinadas por advogados particulares foi ainda maior, alcançando 67,7%. V. MARQUES; DALLARI, 2007, p. 104.
- ⁴¹ MACHADO, 2011, p. 593.
- ⁴² PEREIRA; PEPE, 2014, p. 37.
- ⁴³ Os dados foram compilados Daniel Wei Liang Wang (WANG, 2013, p. 14).
- ⁴⁴ Cf. FERRAZ, 2011, p. 1662. A referência foi originalmente identificada em WANG, 2013, p. 19.
- ⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50.
- ⁴⁶ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 525-527.
- ⁴⁷ BARCELLOS, 2017, p. 20.
- ⁴⁸ Cf. BARCELLOS, 2017, p. 51.
- ⁴⁹ Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Gerais - Taxa de cobertura (%) por planos privados de saúde (Brasil - 2007-2017)*. 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- ⁵⁰ O dado difere do apresentado na introdução deste trabalho porque naquele consideravam-se tão somente os gastos realizados para a aquisição dos medicamentos demandados, enquanto que neste incluem-se os gastos totais realizados pelo Ministério da Saúde, inclusive com depósitos em contas judiciais, em razão da judicialização.
- ⁵¹ Os dados foram organizados pela Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa – Interfarma. V. INTERFARMA, 2016, p. 07.
- ⁵² O argumento merece relativização em relação aos Municípios, uma vez que, por terem, em geral orçamentos mais restritos, a judicialização da saúde pode apresentar impacto financeiro percentual mais relevante, além de causar transtornos mais severos na organização orçamentária. Por exemplo, já se identificou

- que São Paulo, que é um município próspero, consumia 6% de seu gasto total com política farmacêutica apenas com a judicialização. Sobre o tema, v. WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, *Revista de Administração Pública*, vol. 48, n. 5, pp. 1191-1206, set-out 2014.
- ⁵³ V. Anexo II da Lei nº 12.952/2014 (BRASIL. *Lei nº 12.952, de 20 de janeiro de 2014*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014. Anexos. Brasília, DF: DOU de 21.1.2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/anexos/ANL12952.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018).
- ⁵⁴ BRASIL, 1990.
- ⁵⁵ Nesse sentido, WANG, 2015, p. 624.
- ⁵⁶ Cf. WANG, 2015, p. 624.
- ⁵⁷ Segundo o art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990, para a incorporação de uma nova tecnologia no SUS devem-se considerar “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso”, bem como “a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.” (BRASIL, 1990)
- ⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988*. Versão original cedida pela autora, p. 8. O texto também encontra-se publicado em BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito à Saúde nos 25 Anos da Constituição de 1988*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 159-182.
- ⁵⁹ Nesse sentido, v. FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante*, *Dados* [online], 2009, vol.52, n. 1, p. 223-251. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- ⁶⁰ Sobre a relação da escassez com o direito à saúde, v. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 133-147. Especificamente sobre a escassez na saúde no Brasil, v. FERRAZ; VIEIRA 2009, pp. 226-238.; e AMARAL, Gustavo. *Saúde direito de todos, saúde direito de cada um – reflexões para a transição da práxis judiciária*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 122-127.
- ⁶¹ Não se pode desconsiderar o inafastável e complexo problema da escassez com o argumento prosaico – rotineiramente suscitado – de que se não houvesse corrupção no país não haveria escassez. Embora seja uma questão grave, que drena relevantes recursos públicos, o nível de corrupção no Brasil, quando comparado a outros países, encontra-se em um patamar intermediário, conforme o índice de percepção da corrupção elaborado pela Transparência Internacional. No ano de 2016, dentre os 176 países analisados, o Brasil figurou na 79ª posição. No ano de 2017, mesmo após considerável queda, o Brasil passou para a 96ª posição dentre um grupo de 180 países. Acreditar que poderia existir um cenário em que nenhum recurso fosse desperdiçado com malfeitos é uma simplificação da realidade que ignora que mesmo os países mais prósperos apresentam algum grau de corrupção. No mais, considerando a quantidade, o custo e a variedade de tratamentos existentes na medicina, bem como o crescente número de doenças diagnósticáveis, é improvável que mesmo no irreal cenário de ausência de corrupção houvesse verba pública para atender plenamente todas as infinitas demandas sociais por serviços como saúde, educação, moradia

- e outros. Para os dados, v. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. 2016. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 29 jan. 2018; e TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- ⁶² Por exemplo, recentemente, em razão de uma epidemia de febre amarela, vivenciou-se a escassez da capacidade de produção de doses de vacina em curto prazo. A solução para contornar a escassez foi a utilização do método de fracionamento das doses, medida necessária para a contenção da epidemia. Sobre o tema, V. MINISTERIO DA SAÚDE. *Saúde inaugura nova linha de produção da vacina de febre amarela*. 25 de Janeiro de 2018. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42403-saude-inaugura-nova-linha-de-producao-da-vacina-de-febre-amarela>>. Acesso em: 29 jan. 2018.
- ⁶³ Cf. AMARAL, 2001, p. 148.
- ⁶⁴ Em semelhante sentido, v. BARCELLOS, 2008, p. 137.
- ⁶⁵ Também falando sobre a regressividade da judicialização em saúde, v. PRADO, 2013, pp. 126-127.; Em semelhante sentido, FERRAZ; VIEIRA, 2009, pp. 243-245.
- ⁶⁶ Dentre outros, v. FALLON Jr, Richard H. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review*, vol. 97, n. 1, pp. 1-56, Jan. 1997.; O’DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters, *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 32-45, Oct. 2004.; RAZ, Joseph. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 2002, p. 210-229.
- ⁶⁷ Cf. O’DONNELL, 2004, p. 33.
- ⁶⁸ São os casos, apenas a título exemplificativo, da Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS), da Lei nº 6.380/76 (que dispõe sobre normas de Vigilância Sanitária), da Portaria GM/MS nº 3.916/1998, que institui a Política Nacional de Medicamentos, e das anuais portarias que estabelecem a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) a serem dispensados obrigatoriamente pelos entes públicos, definindo os limites de abrangência da política farmacêutica.
- ⁶⁹ BRASIL. *Portaria nº 1.897, de 26 de julho de 2017*. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename 2017 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename 2014. Disponível em: <http://www.farmacia.pe.gov.br/sites/farmacia.saude.pe.gov.br/files/portaria_1897_rename.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- ⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: DOU de 29.4.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- ⁷¹ Nesse sentido, WANG, 2015, pp. 629-630. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça, proferido a respeito do projeto que deu origem à Lei nº 12.401/2011, também já era claro em indicar que a referida proposta legislativa tinha por finalidade reduzir a judicialização. V. MABEL, Sandro. *Relatório e voto no parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 7445/2010*. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=828526&filename=PRL+1+CJC+%3D%3E+PL+7445/2010>. Acesso: 30 jan. 2018.
- ⁷² A defesa de que o processo coletivo poderia, com diversas vantagens, ser utilizado preferencialmente em relação ao ajuizamento de demandas individuais para a melhor discussão de questões relativas à saúde também é feita por Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso. Nesse sentido, v. BARCELLOS, 2016, pp. 307-308; BARROSO, s/f, pp. 30-32.

- ⁷³ Cf. Ana Paula de Barcellos, que aponta que a preferência por ações coletivas não eliminaria a desigualdade de acesso aos recursos: “ela continuará a se colocar, só que agora entre o grupo substituído pelo legitimado extraordinário que propôs a ação e outros grupos, com outras necessidades de saúde, que não tiveram seu pleito submetido ao Judiciário. Essa questão suscita um assunto importante que merece exame: as associações, naturalmente, atuam em defesa de seus associados, mas que critérios são adotados pela Defensoria Pública e, sobretudo, pelo Ministério Público na definição das propriedades que levam tais instituições a ajuizar ações civis públicas?” (BARCELLOS, 2016, p. 308).
- ⁷⁴ BRASIL, 1990.
- ⁷⁵ Desde a promulgação da Lei nº 12.401/2011, que incorporou à Lei do SUS a previsão de análise por parte da Conitec para a incorporação de novas tecnologias, a Comissão assumiu crescente relevância no debate atinente à judicialização da saúde. Segundos dados da Conitec, de 2012 a 30 de junho de 2016, a Comissão recebeu 479 pedidos para avaliação de tecnologias, sendo que 307 se referiam a avaliação de medicamentos, 104 de procedimentos e 68 de produtos para a saúde. Das 479 demandas, 173 receberam recomendação de incorporação, 84 de não incorporação, 35 foram recomendadas para exclusão, 15 foram consideradas fora do escopo da Conitec, 50 foram encerradas a pedido do demandante e 82 foram recusadas por não conformidade legal da documentação. As demais ainda se encontravam em análise quando da divulgação dos dados. Nesse sentido, v. PETRAMALE, Clarice Alegre. *Esclarecimento à Interfarma*. S/f. pp. 03-04. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimento_Interfarma_08.08.2016.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018. A atuação da Conitec não está imune a críticas. Para tanto, v. INTERFARMA, 2016. Os contra-argumentos da Conitec foram suscitados em seu documento citado anteriormente.
- ⁷⁶ O art. 19-R, da Lei do SUS, em seu § 1º, incisos III e IV, já prevê a realização de consulta pública e de audiência pública, essa última se a relevância da matéria justificar o evento, antes da tomada da decisão administrativa (BRASIL, 1990).
- ⁷⁷ Sobre o tema, v. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132-137.
- ⁷⁸ São alguns dos benefícios da consensualidade, que é uma via de participação na Administração, segundo o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Nesse sentido, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa, *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 145.
- ⁷⁹ Gustavo Binenbojm coloca, dentre os parâmetros para uma teoria geral do controle judicial sobre os atos administrativos, que quanto maior o grau de tecnicidade da matéria decidida por órgãos dotados de expertise e experiência e quanto maior o grau de efetiva participação social no processo de deliberação, menos intenso deveria ser o grau de controle judicial. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 254-254.
- ⁸⁰ O melhor acesso à informação é também suscitado por Ana Paula de Barcellos como um dos caminhos alternativos a ser percorrido em busca de soluções, dentro do direito, por meio das quais se consiga melhor tratar a questão da judicialização em massa de demandas individuais em saúde. Nesse sentido, v. BARCELLOS, 2016, p. 308-310.
- ⁸¹ Alguns dos parâmetros aqui apontados também já foram considerados nos votos proferidos pelos Ministros do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário 566.471/RN, em especial nos votos dos Ministros Luis Roberto Barroso e Edison Fachin. O mencionado recurso teve repercussão geral reconhecida para decisão do tema definido como “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”. A despeito da utilização do termo “alto custo” e da menção ao indeterminado conceito de “doença grave”, aparentemente o STF incorre em

discussão mais ampla para julgar, em verdade, a existência e os eventuais limites do suposto dever do Estado em fornecer medicamentos que não se encontram na lista de dispensação pelo SUS. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL). *Recurso Extraordinário 566.471* - Rio Grande Do Norte. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2018)

⁸² BRASIL, 1976.

⁸³ BRASIL, 1990.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. AGU, 2013. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Gerais - Taxa de cobertura (%) por planos privados de saúde (Brasil - 2007-2017)*. 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um – reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARAKE, Henrique; GICO Jr.; Ivo. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça, *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. ano 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 133-160.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Saúde nos 25 Anos da Constituição de 1988. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 159-182.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito constitucional à saúde: o caminho percorrido e algumas reflexões para o futuro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente. *Direito em público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 297-298.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. S/f. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: DOU de 13.1.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: DOU de 29.4.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.952, de 20 de janeiro de 2014*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014. Anexos. Brasília, DF: DOU de 21.1.2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/anexos/ANL12952.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: DOU de 17.3.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. DOU de 24.9.1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: DOU de 20.9.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. *Portaria nº 1.897, de 26 de julho de 2017*. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Renome 2017 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Renome 2014. Disponível em: <http://www.farmacia.pe.gov.br/sites/farmacia.saude.pe.gov.br/files/portaria_1897_rename.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

COHN, Amélia. Caminhos da reforma sanitária, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 19, p. 123-140, 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde*. 26/04/2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números – Demandas por classe e assunto – 2016*. 2016a. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números – Indicadores do Poder Judiciário em 2016 – Total*. 2016b. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 23 jan. 2018.

FALLON Jr, Richard H. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, p. 1-56, jan. 1997.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil, *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1688, 2011.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?, *Health and Human Rights Journal*, v. 11, n. 2, p. 33-45, 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante, *Dados* [online], 2009, v. 52, n. 1, p. 223-251. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 26 jan. 2018.

GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *PNAD Contínua 2016: 10% da população com maiores rendimentos concentra quase metade da renda*. 29/11/2017; Última Atualização: 01/12/2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18376-pnad-continua-2016-10-da-populacao-com-maiores-rendimentos-concentra-quase-metade-da-renda.html>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

INTERFARMA. *Por que o brasileiro recorre à justiça para adquirir medicamentos? Entenda o que é a judicialização da saúde*. Junho de 2016. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/101-por-que-o-brasileiro-vai-a-justiaa-em-busca-de-medicamentos-site.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

MABEL, Sandro. *Relatório e voto no parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 7445/2010*. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=828526&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7445/2010>. Acesso: 30 jan. 2018.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil, *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MINISTERIO DA SAÚDE. *Saúde inaugura nova linha de produção da vacina de febre amarela*. 25 de Janeiro de 2018. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42403-saude-inaugura-nova-linha-de-producao-da-vacina-de-febre-amarela>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa, *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

O'DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters, *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 32-45, Oct. 2004.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores, *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 15-35, jan./mar. 2014.

PEPE, Vera Lucia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil, *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 3, p. 461-471, 2010.

PEREIRA, José Gilberto; PEPE, Vera Lúcia Edais. Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais, *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 2, p. 30-45, jul./out. 2014.

PETRAMALE, Clarice Alegre. *Esclarecimento à Interfarma*. S/f. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimento_Interfarma_08.08.2016.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

PINHEIRO, Roseni. *Integralidade em saúde*. 2009. Disponível em: <<http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.

PRADO, Mariana Mota. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help?, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, v. 41, n. 1 (Symposium: Global Health and the Law), p. 124-137, Spring 2013.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 2002.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded*. 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 24 jan. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos*

Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL). *Recurso Extraordinário 566.471* - Rio Grande Do Norte. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. 2016. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 29 jan. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 23 fev. 2018.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde, *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Rev. Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo: FGV, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: The problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, 15, p. 617-641, 2015.

ZAGANELLI, Juliana. A (in)justiça do Poder Judiciário: o obstáculo econômico do acesso à justiça e o direito social à saúde, *Revista de Direito Brasileira*, v. 15, n. 6, p. 185-199, set./dez. 2016.