

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-183-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como “mecanismo de esvaziamento das políticas públicas” e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E AS PRINCIPAIS MEDIDAS
TOMADAS PELO CNJ PARA A RESOLUÇÃO DA QUESTÃO**
**RIGHT JUDICIALIZATION TO HEALTH AND KEY TAKEN BY CNJ MEASURES
FOR SETTLEMENT**

Thiago Allisson Cardoso De Jesus
Samuel Duarte Kzam

Resumo

Realiza-se um estudo sobre a judicialização da saúde. Ante a abrangência e complexidade que envolve o tema, o foco central da pesquisa é investigar as principais medidas tomadas pelo CNJ para a resolução da questão. Para isso, aborda-se o direito à saúde como um direito fundamental social. Logo em seguida, analisa-se a sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro e destaca-se a atuação do Judiciário acerca da questão. Para que assim, se analise as principais medidas tomadas pelo CNJ, contemplando as recomendações e resoluções editadas. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, através das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito à saúde, Judicialização, Conselho nacional de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

Conducts a study on the legalization of health. At the scope and complexity surrounding the issue, the central focus of the research is to investigate the main measures taken by the CNJ to resolve it. To accomplish this task, the right to health as a fundamental social right. Soon after, looking at its effectiveness in the Brazilian legal system and highlights the judiciary's role on the issue. For that, analyze the main measures taken by the CNJ, considering the recommendations and resolutions issued. To do so, used the deductive method of approach, through the techniques of documentary and bibliographical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Judicialization, National council of justice

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito de suma importância para qualquer cidadão no mundo, independentemente da classe social à qual pertença. Sem a sua prestação efetiva, é inviável o pleno bem-estar físico, mental, e social do homem. A demanda por este direito é constante, e quanto maior for o crescimento populacional maior será esta demanda.

Paralelo a isso, o Estado, como provedor de condições mínimas de existência a uma vida digna aos seus cidadãos, possui o dever de atender a essas necessidades que vão surgindo e, deste modo, fornecer uma prestação de serviço que alcance a todos de modo geral. Contudo, a realidade não funciona de maneira tão correta e linear. Nessa relação entre Estado e cidadão, nem sempre as prestações estatais são realizadas de maneira correta e satisfatória. No caso da prestação ao direito à saúde, é de conhecimento de todos os problemas os quais se vive no Brasil, sejam as superlotações, a falta de estrutura e a conservação dos hospitais, seja a falta de médicos, falta de leitos e medicamentos, assim como outros tantos problemas.

No Brasil, o direito à saúde só foi verdadeiramente positivado com a promulgação da Constituição de 1988, fato este que foi uma grande conquista para o povo brasileiro. Destarte, existem grandes dificuldades por parte do Estado em conseguir tutelar esse direito de forma efetiva, já que tutelar um direito que se mostra de forma abrangente é excessivamente trabalhoso. Diante de toda essa problemática, surgiu uma tendência que, associada à urgência no atendimento da prestação de saúde ou pela insuficiência de recursos financeiros que impossibilitam tal prestação, fez com que os pacientes ingressassem com demandas no Poder Judiciário para requerer direitos constitucionalmente garantidos, caso do direito à saúde, gerando desta forma uma excessiva judicialização da questão.

A judicialização do direito à saúde vem sendo observada nas últimas décadas como um movimento que só cresce a cada dia. Contudo, tal atitude gera inúmeros problemas não só para o Judiciário, que fica abarrotado de ações e não possui um amparo técnico para resolver tais ações, como também gera inúmeros problemas para o Poder Público, que fica refém das decisões judiciais que obrigam o mesmo a fazer algum tipo de medida de urgência para prestar um direito à saúde, interferindo deste modo, em sua gestão e em seu orçamento. Assim, mostra-se pertinente um estudo específico acerca da problemática da judicialização da saúde, visto que o mesmo tem auferido grande importância nos últimos anos e que vem gerando tantos problemas.

Ante a abrangência e complexidade que envolve a judicialização do direito à saúde, o foco central da pesquisa é investigar as principais medidas tomadas pelo CNJ para a resolução

da questão. Por outro lado, o presente estudo pretende abordar o direito à saúde como um direito fundamental social, contraponto o direito à saúde e a sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro através da atuação do judiciário brasileiro na questão, analisando a Judicialização do Direito à Saúde e desta forma analisar as principais atitudes tomadas pelo CNJ a respeito da questão, enfatizando as recomendações e resoluções editadas para tanto.

O presente trabalho utilizará o método de abordagem dedutivo, através do qual é possível fazer um encadeamento descendente de premissas, partindo-se do geral para o particular, chegando-se à conclusões passíveis de serem aplicadas a casos concretos. Na sua elaboração, serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, através de levantamento de livros e artigos científicos que discorram especialmente sobre os direitos fundamentais e sociais, especialmente o direito fundamental social à saúde e sobre a sua judicialização bem como a análise de documentos, como atas, recomendações e portarias.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A conceituação dos direitos encontra dificuldades para abarcar toda a sua abrangência e conteúdo significativo. “A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles”.¹ Para o caso do Brasil, Ingo Sartet defende que uma conceituação meramente formal, no sentido de que os direitos fundamentais são aqueles como tais foram reconhecidos pela Constituição, revela uma insuficiência, uma vez que a nossa Constituição admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do Título II da Constituição Federal.²

Neste sentido, verifica-se a importância em saber quais são esses direitos. Vale frisar que essa intenção de delimitar um determinado direito em fundamental não é meramente teórica, existe uma grande relevância prática nesse intuito, já que esses direitos são dotados de algumas características que facilitam extremamente a sua proteção e efetivação judicial.³ Visto que, no Brasil, os direitos fundamentais:

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 236

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75

³ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 17

- a) possuem **aplicação imediata**, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição de 88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis;
- b) são **cláusulas pétreas**, por força do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de 88, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional;
- c) possuem **hierarquia constitucional**, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.⁴

O que mais interessa aqui neste trabalho é, sem dúvida, a definição daquilo que é protegido e a sua relação com as possíveis intervenções. Com base nisso, pode-se utilizar a seguinte definição do que seria um direito fundamental:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁵

Diante deste conceito elaborado pelo autor George Marmelstein, depara-se com cinco elementos básicos que formam essa definição, que são: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Assim, este autor fala que ter os direitos fundamentais enquanto normas constitucionais significa, por exemplo, acolher a sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realça a sua força normativa, elemento importante para que se permita a máxima efetivação desses direitos (dimensão subjetiva e princípio da máxima efetividade),⁶ conforme foi mencionado nas três características dos direitos fundamentais resumidas anteriormente como: aplicação imediata, cláusula pétrea e hierarquia constitucional.

Tal conceito adotado por este trabalho é visivelmente restritivo na medida em que só considera como fundamentais os direitos que possuem uma hierarquia constitucional e que são ligados à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder. O autor desse conceito traz que “a ideia é justamente tentar fazer que apenas os direitos verdadeiramente fundamentais sejam tratados de modo especial, evitando o uso inflacionado dessa expressão, capaz de desvalorizar o conceito como um todo”⁷.

Uma questão que se suscita no âmbito de discussão da teoria dos direitos fundamentais é a possibilidade de um direito social ser considerado um direito fundamental.

⁴ MARMELSTEIN, George. Idem.

⁵ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 20

⁶ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 20-21

⁷ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 22

Ingo Sarlet vem a dizer que se destacam tanto as teses que questionam a própria constitucionalização de tais direitos sociais, quanto aqueles que embora admitam a previsão no texto constitucional, questionam a sua qualidade de direitos fundamentais. Além disso, há a condição de direitos fundamentais aos direitos sociais, o que acaba gerando problemas quanto à sua eficácia e consequentemente à sua efetividade.⁸ A Carta Magna do Brasil seguiu a doutrina que caracteriza os direitos sociais como direitos fundamentais no seu Título II, não lhes tirando essa natureza o fato de sua realização depender eventualmente de atuações do Poder Público.⁹

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.¹⁰

Os direitos sociais pelo exposto, não são sociais pelo fato de serem direitos coletivos¹¹, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva; os direitos sociais são assim designados por serem direitos à prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compreensão de desigualdades fáticas e garantia do acesso à determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis.¹² Porém, ainda que esta perspectiva se apresente, não se descarta outros sujeitos de direito, visto que todos têm necessidade de um padrão condizente de bens e serviços essenciais, como por exemplo a educação, a saúde e a moradia. Ingo Sarlet levanta que esta titularidade não pode ser atribuída exclusivamente a grupos ou entes coletivos, já que uma das funções dos direitos sociais é prestar-se a cada pessoa individualmente considerada como desenvolvedora de uma existência concreta, mediante a sua integração em determinados grupos.¹³

Assim, observando-se as necessidades dos indivíduos e das suas peculiaridades do caso concreto, a garantia desses direitos sociais constitui condição fundamental para que seja

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) **Vinte Anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 480-481

⁹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: MARTINS, Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.) **Tratado de direito constitucional**. V.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.169

¹⁰ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010, p. 205

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Ibid., p. 217-218

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Ibid., 2010, p. 218

respeitada a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos indivisíveis e independentes, assim, não basta proteger a liberdade sem que as condições mínimas para o exercício desse direito sejam garantidas.¹⁴ Desta forma, os direitos sociais à luz do direito positivo-constitucional brasileiro são verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal, pois estão positivados na Constituição Federal e têm status de norma constitucional, quanto em sentido material, pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵ A consagração da perspectiva ampla de saúde teve como marco referencial no Brasil o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), que em 1946 apresentou o conceito de saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”.¹⁶

O direito à saúde ao cidadão brasileiro será garantido universalmente somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como destaca André Feijó Barroso, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁷ Logo após a promulgação e entrada em vigor da Constituição de 1988, foi aprovada a Lei Orgânica da saúde (Lei nº 8.080/90), que estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, indicando a sua forma de organização e funcionamento.

O direito à saúde está elencado no artigo 196 da Constituição Federal como sendo um: “[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Gilmar Mendes divide esse dispositivo em seis tópicos, quais sejam: 1 – direito de todos; 2 – dever do Estado; 3 – garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas; 4 – políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos; 5 – políticas que visem ao acesso universal e igualitário; 6 – ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.¹⁸

No primeiro tópico, Gilmar Mendes destaca a possibilidade de identificar tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde, como um direito de todos. No segundo elemento, destaca que, o Estado tem o dever prestacional de garantir o direito à saúde. No terceiro, enfatiza que o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e

¹⁴ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 174

¹⁵ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 174

¹⁶ SARTORI JUNIOR, Dailor. **CONCEITO DE SAÚDE E CARACTERIZAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.** Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=conceito_saude_DFS Acessado em: 23 de março de 2016.

¹⁷ BARROSO, André Feijó. **Aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde no Brasil através do poder judiciário.** Disponível em: <http://www.leps.ufrj.br/download/andre.pdf> Acessado em: 15 de março de 2016.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 696

econômicas e tudo isso por meio de escolhas alocativas, visto que se tem a necessidade de distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos. No quarto elemento, o ministro destaca que tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma que evidencia a sua dimensão preventiva. Já no quinto, destaca que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo a igual prestação para todos sem discriminação. Por último, no sexto elemento deste dispositivo constitucional que contempla o direito à saúde, Gilmar Mendes deixa claro o problema que vive a prestação à saúde. Não é a inexistência de políticas públicas que consiste o problema e sim a sua execução pelos entes federados.¹⁹

Os direitos sociais, enquanto liberdades públicas, são direitos subjetivos. Contudo, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades de um modo geral – mas sim poderes de se exigir algo, são na fala de Manoel Gonçalves Ferreira Filho “direitos de crédito”.²⁰ O sujeito passivo desses direitos é sem dúvida o Estado, posto como o responsável pelo atendimento dos direitos sociais. O objeto em si do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma de uma prestação de um serviço. Como por exemplo, o serviço escolar, quanto ao direito à educação, o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde, os serviços desportivos, para o lazer e etc.²¹

Conforme já mencionado, os direitos fundamentais possuem uma força jurídica efetiva e não somente simbólica ou fantasiosa que não resultam em ações concretas para os seus titulares. Em sua essência, eles são autênticos direitos positivados, gerando, como reflexo, vantagens para os seus titulares (sujeitos ativos) e obrigações para os seus destinatários (sujeitos passivos). Ainda mais, que não se trata de uma força jurídica qualquer, mas de uma normatividade potencializada, já que esses direitos estão no ponto mais alto do ordenamento jurídico, a Constituição Federal.²²

“Para ser mais claro: todo direito fundamental gera dever de respeito, proteção e promoção, ou seja, o Estado tem o dever de respeitar (não violar o direito), proteger (não deixar que o direito seja violado) e promover (possibilitar que todos usufruam o direito).”²³ Assim, percebe-se que para proteger o direito à saúde, é preciso ir além da mera abstenção por parte do

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 696-698

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49-50

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ibid., p.50

²² MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 284-285

²³ MARMELSTEIN, George. Ibid., p. 287

Estado (dever de respeito). Há uma necessidade de agir materialmente para garantir o cumprimento deste direito. O Estado deve fornecer os serviços básicos de saúde para a proteção desse direito (dever de proteção). Existe, deste modo, uma obrigação estatal de garantir que todos os cidadãos tenham acesso aos serviços básicos de saúde (dever de promoção).

Virgílio Afonso da Silva alega que em alguns países em desenvolvimento, se percebe como resposta a falta de efetivação dos direitos sociais a “falta de vontade política ao governo”. Contudo, como o mesmo fala, se o problema fosse só esse, bastaria uma “vontade judicial” por parte dos juízes, para que pelo menos parte do problema fosse resolvido.²⁴

Sarlet defende que os direitos sociais são, inequivocadamente, autênticos direitos fundamentais e, desta forma, se constituem direitos imediatamente aplicáveis nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, e por menor que seja a densidade nelas contida, sempre serão aptos a produzir um mínimo de efeitos jurídicos. Destaca-se que o objeto dos direitos sociais a prestações dificilmente poderão ser estabelecidos e definidos de forma geral e abstrata, necessitando de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo ora em questão.²⁵

Surge com isso, a indagação se o Poder Judiciário estaria aí – com todo esse impasse – legitimado a garantir por decisões judiciais a particulares o acesso ao direito à saúde, deferindo decisões que obrigam o Estado a fornecer prestações positivas como o fornecimento de medicamentos, leitos em hospitais, dentre outras prestações. Não se pode negar que existem impasses, tanto fáticos (reserva do possível) quanto jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) em tal situação. Contudo, não se deve negar o acesso ao direito à saúde a quem necessita dessa prestação para sobreviver. Negá-lo seria praticamente condenar essa pessoa a morte, como assevera Ingo Sarlet.²⁶

3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO DIREITO À SAÚDE

O acúmulo de demandas a respeito da tutela jurisdicional do direito à saúde que o Judiciário brasileiro vive hoje é devido à precariedade do sistema público de saúde, que não consegue suprir as demandas que lhe são apresentadas. Tal realidade tem impulsionado a população civil a se defender e a requerer a tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde para efetivação do seu tratamento médico, através de liminares em demandas judiciais. Este

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Ibid., 2008, p. 592

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ibid., p. 283

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Idem

movimento que está acontecendo no Judiciário brasileiro tem sido chamado de “judicialização da saúde”, a qual consiste em um conjunto de demandas que visam à efetivação do direito à saúde por meio do Judiciário, que por sua vez toma uma postura muitas vezes proativa para a resolução desses conflitos.

Interessante destacar que a Constituição Federal coloca em seu art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Público qualquer lesão ou ameaça de direito. Percebe-se, aqui, uma clara abertura do Judiciário para o acolhimento de demandas que visem a garantias de direito, visto que, quando são negados, causam uma lesão ou ameaça de direito a alguém e assim devem ser tutelados pelo Judiciário. Nessa discussão, Luís Roberto Barroso, esclarece que:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.²⁷

Barroso defende que “o Judiciário deve intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial²⁸ de qualquer pessoa.”²⁹ A atuação do Judiciário maior do que as suas atribuições e competências com a pretensão de promover os direitos fundamentais de uns causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros, é prejudicial de acordo com o autor.

Deste modo, fica claro o momento em que o Judiciário deve agir, ou seja, onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, e se existirem, não serem devidamente cumpridas. Contudo, se existir leis e atos administrativos que asseguram tais direitos não poderia o Judiciário agir de qualquer modo sem se atentar para observância de um autocontrole.³⁰ “É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário”.³¹

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros a Atuação Judicial, in: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4

²⁸ Conjunto de garantias materiais para uma vida condigna. In: SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Direitos Fundamentais. Justiça nº1 – Out./Dez. 2007, pag. 181. Acessando em: março de 2016. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 12

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 21

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 715

A respeito da busca pela efetivação de direitos através do Judiciário, Ingo Sarlet fala que a melhor maneira de garantir o cumprimento do direito à saúde para todos os cidadãos, seria a efetivação de direitos pela via administrativa, evitando assim, que tais demandas migrem para o Judiciário.³² Nada melhor do que quem tem a responsabilidade de fornecer tais serviços públicos, o faça de maneira adequada e eficiente para todo aquele que necessite de tal prestação.

Visto tal problemática, tem-se que para Dworkin, a política se entende por: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).”³³ Este conceito de política adotado por Dworkin é estruturado de certa forma por dois elementos centrais: a existência de um organismo capaz de produzir tais padrões, ou seja, a comunidade política, e a identificação dos objetos e a fixação de mecanismos com o objetivo de alcançá-los.³⁴ Todavia, é de suma importância para o estudo do conceito de política, a definição dos entes estatais aptos para produzir esse tipo de padrão levantando por Dworkin. Assim, pelo viés da autoridade, o Poder Legislativo ou do Poder Executivo, em regra, são encarregados da função de selecionar os objetivos e instrumentos, respectivamente, de interesse da comunidade. Já o Poder Judiciário, dentro do modelo apresentado por Dworkin, não abarca inicialmente, portanto, o papel do Estado de elaborar políticas públicas para a comunidade.³⁵

Vale ressaltar que de maneira alguma pelo simples fato de o Poder Judiciário não ser o protagonista na elaboração de políticas públicas é que este órgão não possa atuar no controle judicial dessas políticas sociais elaborados pelos outros poderes legitimados. “Desse modo, conceitualmente falando, qualquer definição de política deve levar em consideração a possibilidade de controle judicial quanto a suas repercussões jurídicas. Não se pode obscurecer o fato de que violações a direitos são e devem ser questões que integram a atuação do Poder Judiciário.”³⁶

Percebe-se, neste contexto, o fato de que a judicialização do direito à saúde ganhou uma grande importância que não envolve apenas os operadores do direito, que ali estão para operar o direito, mas também atingem os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid.*, p. 224-225

³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37

³⁴ DIAS, Jean Carlos. **O Controle de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007, p.41

³⁵ DIAS, Jean Carlos. *Ibid.*, p. 42-43

³⁶ DIAS, Jean Carlos. *Ibid.*, p. 44

a sociedade civil como um todo.³⁷ Relativamente à atuação do Poder Judiciário, Arnaldo Vieira Sousa, resume as críticas apresentadas por Luís Roberto Barroso desta forma:

- a) o art. 196 da Constituição Federal seria norma programática;
- b) há um problema de desenho institucional, haja vista que a competência para tomar decisões nesse campo seria do Poder Executivo;
- c) o papel exercido pelo Judiciário carece de legitimidade democrática, haja vista que retira dos poderes públicos legitimados pelo voto a prerrogativa da decisão sobre os recursos;
- d) os recursos financeiros seriam insuficientes para atender todas as necessidades;
- e) as decisões judiciais nesse sentido provocam a desorganização da Administração Pública;
- f) a concessão dos medicamentos desvia os recursos públicos para uma abordagem individualista em detrimento do tratamento de política social que deve ser dado ao tema;
- g) a assunção do protagonismo pelo Poder Judiciário serviria mais à classe média que às classes mais baixas da população e;
- h) o Judiciário não dominaria o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde e nem para avaliar se um determinado medicamento é efetivamente necessário.³⁸

A primeira crítica e a mais frequente é aquela que defende que o art. 196 da Constituição que trata do direito à saúde é uma norma programática, visto que, em tal artigo está bem claro quando diz que o direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais.³⁹ Neste argumento, defendem que por a natureza da norma constitucional que dita o direito à saúde ser programática, não caberia ao Judiciário tratá-la como de eficácia plena, editando decisões para que o estado cumpra de qualquer forma.

A segunda crítica diz respeito à improbidade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Critica-se a forma como o Poder Judiciário age nesta questão, entendendo-se como a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com à saúde seria conferir a competência para tomar tais decisões ao Poder Executivo, este que possui uma visão macro tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades que existem,⁴⁰ e não ao Judiciário que possui uma visão simplista de toda a realidade envolvida por tal direito. Gilmar Mendes, a respeito dessa crítica, ressalta que a alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde, elencado no art. 196 da Constituição, legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde.⁴¹

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 721.

³⁸ SOUSA, Arnaldo Vieira. **TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO ESTADO DO MARANHÃO**: uma análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010. Tese apresentada no Mestrado de Políticas Públicas da UFMA, 2013, p. 55-56

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 21

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 23

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 719

Percebe-se com essas críticas que não se pode alegar pelo argumento da Separação dos Poderes, que o Judiciário não pode agir em matérias dos outros poderes, quando muitas vezes esses poderes se omitem e o Judiciário é que é provocado para solucionar tal conflito. Como bem coloca Sarlet os legisladores e administradores em matéria de direito fundamentais não são assegurados de uma ação plena, não sendo estes imunes a um controle com base na Constituição pelo Poder Judiciário.⁴²

A terceira crítica elencada por Barroso diz respeito à questão da legitimidade democrática, sustentando que é uma impropriedade retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.⁴³ Considerando-se que quando o Judiciário toma para si a responsabilidade de efetivar de qualquer modo o direito à saúde, ele está desrespeitando a legitimidade democrática dos outros poderes, interferindo, deste modo, em outras esferas de governo.

Virgílio Afonso da Silva assevera que ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta, a qual ele pretende evitar.⁴⁴ O autor Hermes Zaneti Junior defende que o Poder Judiciário é, no modelo constitucional brasileiro, o responsável pela harmonia e equilíbrio dos demais poderes. Desta forma, não há que se defender uma limitação de sua legitimidade em função de não serem representantes eleitos, de sua imparcialidade e de sua independência em relação às forças políticas. Visto que, a legitimação deste poder decorre da força normativa da Constituição e das leis, bem como o Poder Judiciário é inerte, fazendo com que necessite sempre de um órgão ou ente legitimado que lhe provoque a sua atuação.⁴⁵

Outras críticas também frequentes são as voltadas para os recursos financeiros, para a denominada “reserva do possível”, em razão da qual “os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis”.⁴⁶ Neste sentido, são feitas escolhas e são traçadas as prioridades, só que quando o Judiciário vai e decide a forma de aplicação do direito à saúde ele está interferindo nesta política, causando um desequilíbrio nas contas dos órgãos públicos.

Ada Pellegrini Grinover aborda que aí reside a justificativa mais usual da administração para a sua omissão de uma política pública, que seria o argumento de que

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Ibid., p. 223-224

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 23.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Ibid., p. 590-591.

⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 51-52.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 24.

inexistem verbas para implementá-las. Desta forma, defende que não seria suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos, está deverá ser provada, pela própria Administração. Aplicando dessa forma neste contexto a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor), atribuindo a carga da prova para a parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.⁴⁷

A quinta crítica está voltada ao fato de que as objeções feitas pelas decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública – “Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão”⁴⁸ – já que as decisões micros impactam na realidade macro, na medida em que interferem na alocação de recursos públicos que antes já tinham sido destinados, para que realoquem tais recursos para atender demandas individuais, comprometendo, deste modo, a prestação universal.

Na sexta crítica afirma-se que a concessão dos medicamentos desvia os recursos públicos para uma abordagem individualista em detrimento do tratamento de política social que deve ser dado ao tema. Visto que, “o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública.”⁴⁹ No mesmo sentido, tem-se a sétima crítica que consiste na defesa de que as políticas de saúde deveriam seguir diretrizes para redução das desigualdades socioeconômicas, porém, quando o Judiciário assume um papel de protagonista na implementação nessas políticas de, acaba privilegiando aqueles que possuem acesso à Justiça (seja por conhecerem seus direitos ou por terem condições para patrocinar os custos processuais). Observa-se nessa conjuntura, que a entrega gratuita de medicamentos, por exemplo, mais serviria a classe média e alta do que aos pobres, os mais necessitados.⁵⁰

Contra esse argumento, Ingo Sarlet fala que, os litigantes individuais, e também os coletivos, não constituem um “bando de mal-intencionados” egoístas, que possuem o objetivo de saquear em benefício próprio os cofres públicos, amparados pelo Ministério Público, Defensoria Pública e do Poder Judiciário. Sarlet considera que a negativa de quem mesmo em caráter individual não foi atendido em políticas públicas não poderá obter a tutela jurisdicional, implicaria não apenas negar a tutela do direito à saúde, quanto acabaria por criar um segundo

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.138

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 25

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Idem

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 26

nível de discriminação. Já que se impediria que tal indivíduo buscasse por meio do Judiciário a correção dessa desigualdade.⁵¹

Na última crítica levantada por Barroso, tem-se a alegação de que o Judiciário não possui o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde e nem para avaliar se um determinado medicamento é efetivamente necessário à saúde de alguém ou não.⁵² Como bem coloca Barroso: “O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.”⁵³

Barroso defende que no âmbito das ações individuais, a atuação jurisdicional deve se ater a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes competentes. Não podendo, desta forma, conceber a todo custo medicamentos fora das listas indicadas pelos entes federados. Já em relação às ações coletivas, Barroso diz que a alteração das listas pode ser objeto de discussão,⁵⁴ visto que, em tais ações se atenderia a um número maior de pessoas com tais discussões, diferentemente das demandas individuais. Outro ponto defendido por Barroso é que o Judiciário só poderá determinar a inclusão de novos medicamentos nas listas dos órgãos quando estes tiverem a eficácia comprovada, excluindo-se os experimentos e os alternativos. O autor ainda elenca outros requisitos como: o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; e por último, o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.⁵⁵

Observado toda essa conjuntura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) percebe a necessidade de interferência e de controle do movimento de judicialização da saúde, devido a sua grande importância e consequências, editando assim, resoluções e recomendações para os tribunais de todo o país.

4 AS PRINCIPAIS MEDIDAS TOMADAS PELO CNJ PARA A RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Devido à existência de um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde o STF realizou nos dias 27-29 de abril e 4-7 de maio de 2009, Audiência Pública sobre a saúde.⁵⁶

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ibid., p. 223

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 27

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Idem

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 28-30

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., p. 33-34

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 722

A finalidade geral do evento, nas palavras de Gilmar Mendes, era de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência no assunto e autoridades no âmbito do Sistema Único de Saúde, em suas várias camadas, e o objetivo específico era de esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre à saúde.⁵⁷ Importante observação feita por Gilmar Mendes é que: “Na Audiência, ficou evidente que os casos de omissão e de falha de implementação do sistema como um todo não podem ser resolvidos com uma ação isolada de um único ente, eventualmente o próprio Judiciário. É necessário um tipo de concertação entre eles.”⁵⁸

Esta Audiência Pública sobre o direito à saúde motivou a aprovação pelo Conselho Nacional de Justiça, em 30 de março de 2010, da Recomendação n. 31⁵⁹, para que os tribunais adotassem medidas que visassem melhor subsidiar os magistrados a fim de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde, bem como o apoio técnico de médicos e farmacêuticos às decisões dos magistrados.⁶⁰

Para ser criada tal recomendação, foi considerado o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais, além da relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira. A Recomendação n. 31 também considerou as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.

Assim, tal medida recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que celebrassem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais. Recomendou ainda que orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 722

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Idem

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n° 31**, de 30 março de 2010. 2010e.. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf. Acesso em março de 2016

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 723

Recomendou também que os juízes evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei e ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência. Estabeleceu que as escolas de magistratura pudessem incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e também que promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

No mesmo sentido da Recomendação n.31, os resultados apresentados pela Audiência Pública de saúde, motivaram a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do “Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde”. Este Fórum foi instituído pela Resolução n. 107 de 06 de abril de 2010⁶¹, e possui como objetivos a discussão de temas como o aumento das ações judiciais na área de saúde, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamento e disponibilização de leitos hospitalares, entre outras questões relevantes.⁶² É descrito na Resolução n. 107/2010, em seu art. 2, que:

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

- I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;
- II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;
- III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
- IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;
- V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Este Fórum é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 91, de 11 de maio de 2010)⁶³ e é constituído, de acordo com o art. 3 da Resolução n. 107/2010, por Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, como o objetivo de coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes.

⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107**, de 06 abril de 2010. 2010e. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>. Acesso em março de 2016.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Ibid., p. 723

⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da saúde. **Programas de A a Z**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude> Acessado em: 20 de março de 2016.

No seu art. 4º, a Resolução fala que o Fórum Nacional é composto por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de tema relacionado à saúde pública, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de Universidades e outras Instituições de Pesquisa, sendo coordenados pelos Conselheiros integrantes da Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação do CNJ.

Depois desta Resolução que criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde foi editada, em 11 de maio de 2010, a Portaria n.91⁶⁴ com o objetivo de criar o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Tal Comitê possui o objetivo de organizar e planejar a instalação do referido Fórum de Saúde e instituir os Comitês Executivos em todo o Brasil.

Com a criação do comitê organizador do Fórum Nacional de saúde foi possível organizar os Comitês Executivos Estaduais, que *in loco* tratam do problema do direito à saúde. Assim, o Comitê organizador do Fórum serviu como organizador dos Comitês estaduais como também um coordenador destes, fiscalizando as atuações bem como avaliando suas condutas na busca por uma resolução da problemática, isso alicerçado pelas recomendações e resoluções que foram editadas para tanto.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da Constituição como sendo uma norma suprema do ordenamento jurídico e merecedora de proteção dos valores mais importantes do ser humano beneficiou bastante os cidadãos que agora possuem os seus direitos resguardados como fundamentais em um documento jurídico de proteção e vinculação máxima.

Os direitos fundamentais assumem uma posição de suma importância em relação ao Estado, já que este antes de cobrar os deveres dos indivíduos deve prover primeiro os direitos destes. Desta forma, percebe-se que para proteger o direito à saúde, é preciso ir além da mera abstenção por parte do Estado (dever de respeito). Há uma necessidade de agir materialmente

⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 91**, de 11 maio de 2010. 2010e. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11969:portaria-n-91-de-11-de-maio-de-2010>. Acesso em março de 2016.

para garantir o cumprimento deste direito. O Estado deve fornecer os serviços básicos de saúde para a proteção desse direito (dever de proteção). Existe, deste modo, uma obrigação estatal de garantir que todos os cidadãos tenham acesso aos serviços básicos de saúde (dever de promoção).

Com visto no trabalho, o papel do Poder Judiciário, em nosso Estado Democrático de Direito, é o de interpretar a Constituição e as leis, protegendo direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Neste sentido, é certo afirmar que, a atuação do Poder Judiciário é de suma importância para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde. Contudo, o Poder Judiciário na busca pela concretização do direito à saúde vem cada vez mais sendo atuante na questão, visto as crescentes demandas que estão sendo instauradas na busca pela efetivação do direito à saúde, o que ocasiona diversos efeitos, já que, tal problemática não diz só respeito ao Poder Judiciário, é algo muito mais complexo que envolve outros sujeitos. Com isso, diversas críticas são lançadas a essa postura proativa do Judiciário. Algumas delas foram lançadas no trabalho, algumas dotadas de certa relevância outras não.

Observada toda essa conjuntura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) percebeu a necessidade de uma interferência e de um controle maior desse movimento de judicialização da saúde, devido a sua grande importância e consequências que gera, editando assim, resoluções e recomendações para os tribunais de todo o país. Com essas medidas é que surgiram os Comitês Estaduais para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde, com a edição da Portaria nº 91/2011. Deste modo, o CNJ quando verificou a existência de muitas ações na área da saúde, formou o comitê nacional e designou os comitês estaduais para a resolução de tais conflitos e com a responsabilidade de resolvê-los de forma administrativa sem a necessidade de se entrar com uma demanda judicial.

No estudo das atas do comitê estadual no Maranhão percebeu-se que a atuação foi centrada inicialmente mais com questões relacionadas com a discussão das temáticas envolvidas na problemática do direito à saúde. Isto tudo com o objetivo de unir todos os órgãos envolvidos para se buscar uma solução em conjunto e integral, houve até a realização de um fórum no final do ano de 2012. Contudo, pouco se fez de maneira concreta ou na criação de mecanismos para ajudar o comitê a resolver as demandas na área da saúde. O comitê ficou apenas de uma maneira informal e pouco expansiva. Quando surgia algum problema que era direcionado aos membros do comitê, apenas se entrava em contato com a autoridade competente que é responsável para cuidar de tal demanda e essa autoridade de prontidão era

requisitada e em pouco tempo dava uma resposta solucionado o problema, resumindo boa parte da atuação do comitê desta forma.

Com efeito, o comitê não pode ficar somente nestas questões e atuando só desta forma, tem que buscar um meio para atender os todos os casos e de maneira eficiente. E assim, possa cumprir com todas as recomendações do CNJ e contribuir para a racionalização das demandas do direito à saúde no estado do Maranhão. Uma alternativa para esse questão é a criação do NAT (Núcleo de Atendimento Técnico) para auxiliar de maneira integral e fixa o Poder Judiciário nas resoluções dos conflitos na área da saúde, isso tudo com ajuda de todos os poderes e órgãos envolvidos na problemática. Desta forma, se poderia ter um impacto maior sobre o controle e racionalização das demandas sobre o direito à saúde no estado do Maranhão.

A atuação incipiente do comitê para o número de demandas que existem a respeito do direito à saúde no Estado se torna insuficiente diante do objetivo a que foi dado para tal comitê. Enquanto não for instaurado o núcleo de apoio para auxiliar na resolução das demandas de saúde pouco impacto se terá na diminuição das demandas judiciais sobre o direito à saúde em nosso estado. O motivo pelo qual ainda não se instaurou este núcleo técnico não é objetivo deste trabalho. Porém, a observância da sua não instauração gera algumas inquietações, visto que, estados como Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul já possuem tais núcleos organizados pelos seus comitês e aqui no Maranhão ainda não ter saído do papel essa ideia.

Grande avanço se teve com a criação do Comitê Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde no Estado do Maranhão. Ocorre que, apenas foi dado o primeiro passo e a sua atuação ainda se mostra insuficiente e de forma informal. É preciso que ações concretas e soluções práticas sejam criadas para que esse Comitê possa cumprir com seus objetivos e consiga monitorar as demandas de assistência à saúde no estado do Maranhão. É preciso que o comitê mergulhe em águas mais profundas e busque mecanismos, como por exemplo, o NAT, para auxilia-lo no cumprimento de seus objetivos estipulados pelas medidas tomadas pelo CNJ, que tem como meta controlar a judicialização do direito à saúde através da resolução das demandas administrativamente, diminuindo e racionalizando, deste modo, as demandas judiciais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros a Atuação Judicial, in: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

BARROSO, André Feijó. **Aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde no Brasil através do poder judiciário**. Disponível em: <http://www.leps.ufrj.br/download/andre.pdf>
Acessado em: 15 de março de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 25**, de 22 de março de 2011. 2011e. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13728&Itemid=675. Acesso em março de 2016.

BRASIL. Ministério da saúde. **Rename**. 2012a. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1. Acesso em março de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 91**, de 11 maio de 2010. 2010e. Acesso em março de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11969:portaria-n-91-de-11-de-maio-de-2010>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107**, de 06 abril de 2010. 2010e. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>. Acesso em março de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31**, de 30 março de 2010. 2010e. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf. Acesso em março de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da saúde. **Programas de A a Z**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>. Acessado em: 9 de março de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: março de 2016.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da saúde**. in: Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 4, nº 10, jan/mar de 2010. p. 223-224

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) **Vinte Anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde**: Algumas Aproximações. Direitos Fundamentais. Justiça nº1 – Out./Dez. 2007, pag. 181. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf. Acessado em: Março de 2016.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: MARTINS, Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.) **Tratado de direito constitucional**. V.1. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **DIREITOS FUNDAMENTAIS**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, Arnaldo Vieira. **TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO ESTADO DO MARANHÃO**: uma análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010. Tese apresentada no Mestrado de Políticas Públicas da UFMA, 2013

ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia, in: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.