

# Parâmetros para a judicialização do direito à saúde

*Ricardo Villas Bôas Cueva*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

## 1. Introdução

A concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a imposição, pelo Poder Judiciário, de prestações materiais positivas, que ora contrariam políticas públicas existentes, ora lhes dão cumprimento, ora até mesmo se substituem a elas, tem gerado controvérsia, sobretudo em razão das dificuldades de alocação de recursos escassos e dos problemas de justiça distributiva que suscita. Em nenhuma outra área a chamada judicialização dos direitos sociais tem ocorrido com mais intensidade que na saúde, e não apenas no Brasil. Como o controle jurisdicional da constitucionalidade e da legalidade dos atos e das omissões do Estado é indissociável do Estado de Direito, a justiciabilidade plena do direito à saúde é afirmada sem fissuras na jurisprudência, tendo por balizas gerais a razoabilidade da pretensão e a possibilidade financeira efetiva do Estado. Com o tempo, outros critérios e parâmetros para a atuação judicial nesses casos, quase sempre difíceis, foram sendo propostos pelos estudiosos, pelos legisladores e pelos tribunais. É disso que se tratará, após breve exposição sobre o direito à saúde no Brasil e sobre o impacto de sua judicialização.

## 2. O direito à saúde

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito social à saúde (artigos 6º e 196) como um dever do Estado, a ser exercido mediante políticas sociais e econômicas, ao mesmo tempo em que é um direito de todos, isto é, um direito subjetivo público que pode ser exercido tanto individual quanto coletivamente. Como direito fundamental, tem uma dimensão protetiva, de defesa, e outra prestacional, que implica uma obrigação do Estado em efetuar certa prestação, relacionada

à preservação da dignidade humana e de seu corolário, um mínimo existencial.

Sustentar, conforme a dogmática constitucional anterior à Constituição de 1988, que os direitos sociais, econômicos e culturais são meramente programáticos seria negar a força normativa da constituição e a proibição da proteção insuficiente. Por isso, hoje se reconhece que os direitos sociais, como o direito à saúde, correspondem a um direito subjetivo, a uma prestação do Estado. Mas qual deve ser o conteúdo dessa prestação? Uma prestação consistente em uma política pública adequada exercitável mediante ação coletiva ou uma prestação individual?

Questões como essas tendem a gerar perplexidade, pois, no Estado liberal, o foco da tutela constitucional era a liberdade individual enquanto liberdade negativa, como um direito de defesa perante o Estado, o que impunha um Judiciário neutralizado politicamente, no sentido de uma discricionariedade mínima, ou seja, no qual o chamado juiz “boca-da-lei” deveria ser um mero aplicador mecânico de um juízo de subsunção. Já no Estado social, a proteção constitucional da liberdade ganha uma dimensão positiva com a emergência dos direitos sociais, que configuram exigências de implementação e implicam a concretização de programas definidos em normas constitucionais, o que, por seu turno, supõe um Poder Judiciário ao qual

[...] não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 124. O autor sustenta haver tendência atual a “desneutralização política do juiz, que é chamado, então, a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe (julgar fato, julgar o passado), obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas (julgar no sentido de prover o futuro). E disso ele não mais se exime em nome do princípio de uma legalidade formal (*dura lex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto, por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. Isso já existia. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado providência. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devem ser corrigidos pelo próprio processo judicial” (p. 125-126).

No Brasil, o direito à saúde, enquanto direito de defesa, é plenamente reconhecido, mas sua função protetiva, de garantia da organização de instituições e procedimentos, por depender de atos normativos, leva à questão do controle de inconstitucionalidade por omissão e à qualificação do direito à saúde como direito derivado (decorrente de legislação infraconstitucional e de políticas públicas já implementadas), e não como direito originário. Enquanto direito a prestações materiais, o direito à saúde remete à reserva do possível, ao problema da repartição dos poderes, à definição do conteúdo e do alcance das prestações. A doutrina e a jurisprudência tendem a reconhecer o direito a prestações materiais tanto quando se tratar de situações de risco à vida humana como quando se cuidar de proteção do mínimo existencial.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 1934. Cf. julgados do STF sobre o tema: “O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.” (RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011). No mesmo sentido: ARE 774.391-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18-2-2014, Primeira Turma, DJE de 19-3-2014; AI 857.273-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19-11-2013, Segunda Turma, DJE de 26-11-2013; AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, DJ de 24-11-2006. “O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010). Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indisponível do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. [...] Precedentes do STF.” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000). No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: RE 668.722-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013; AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010).

No julgamento da ADPF nº 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, o STF assentou que, em vista da dimensão política da jurisdição constitucional que lhe é outorgada, não pode aquela alta Corte furtar-se ao dever de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam com liberdades positivas, pois aceitar a inércia do Estado no adimplemento das prestações que lhe são impostas implicaria violar a integridade e a eficácia da Constituição. Ainda que não incumba ordinariamente ao Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, encargos atribuídos ao Legislativo e ao Executivo, cabe-lhe, excepcionalmente, implementar políticas públicas fundadas na Constituição quando se caracterizar omissão do Estado no cumprimento das imposições ditadas pelo texto constitucional. A “reserva do possível”, enquanto limitação material à realização dos direitos sociais decorrente das possibilidades orçamentárias do Estado, deve ser comprovada objetivamente, não podendo ser invocada pelo Estado, dolosamente, “com o propósito de escusar-se de seus deveres constitucionais”.

### 3. O impacto social da judicialização da saúde

Em junho de 2014, tramitavam no país cerca de 400 mil ações versando a respeito do direito à saúde, num expressivo aumento relativamente aos dados de 2010.<sup>3</sup> O crescente número de demandas judiciais com essa finalidade não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. A chamada judicialização da saúde tem sido notada não apenas na América Latina, mas também na Índia e na África do Sul, e com tal intensidade que é possível falar em uma verdadeira epidemia de litigiosidade na área de saúde pública decorrente, em grande medida, das novas constituições que entraram em vigor em vários desses países nas décadas de 80 e 90 do século XX, com teor fortemente emancipatório e robustas enumerações de direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>4</sup>

O impacto social da judicialização da saúde, nesses países, varia grandemente em virtude do modelo institucional, da legislação específica e do grau de desenvolvimento econômico e humano.<sup>5</sup> Em alguns

<sup>3</sup> Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ nº 107, disponíveis no sítio do Conselho Nacional de Justiça ([www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)). Em 2010, havia cerca de 240 mil ações referentes ao direito à saúde em curso no Brasil.

<sup>4</sup> Cf. YAMIN, Alicia Ely. Power, suffering and courts. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Ed.). *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 339.

<sup>5</sup> Cf. YAMIN, Alicia Ely. Power, suffering and courts. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Ed.). *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 367.

casos, a judicialização contribuiu para melhorar a capacidade de o Estado responder às demandas sociais e efetuar mudanças nos sistemas de saúde, em prol de grupos desfavorecidos, enquanto em outros casos a judicialização exacerbou iniquidades existentes na prestação dos serviços de saúde e chegou mesmo a reduzir a possibilidade de melhora das condições de saúde da população em geral. Os piores e mais preocupantes resultados da judicialização da saúde ocorrem quando: a) o acesso à justiça é relativamente fácil, mas, ainda assim, difícil o suficiente para que a maioria pobre da população não consiga fazer valer seus direitos em juízo; b) os tribunais interpretam o direito à saúde como direito absoluto, sem consideração dos custos e dos benefícios das prestações requeridas; c) o acesso aos medicamentos e aos serviços de saúde concedidos pelo Judiciário não é universalizado e d) as prestações ordenadas pelo Judiciário são financiadas pelos orçamentos públicos e grupos sociais favorecidos recebem parte substancial dos serviços de saúde de provedores privados.<sup>6</sup>

Do mesmo modo, no Brasil, um estudo empírico da judicialização da saúde revela que seu impacto social, em termos gerais, é negativo, pois, em vez de contribuir para uma melhor provisão de serviços de saúde aos mais necessitados – acesso efetivo a cuidados primários e a programas de vacinação –, as decisões judiciais, proferidas majoritariamente em demandas individuais, acabam por destinar recursos essenciais do orçamento de saúde para o fornecimento de medicamentos de alto custo requeridos por indivíduos que provêm de municípios e estados mais ricos, e já são favorecidos por melhores condições de saneamento básico e por planos de saúde privados.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> MAESTAD, Ottar; RAKNER, Lise; FERRAZ, Octavio L. Motta. Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Ed.). *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 300.

<sup>7</sup> FERRAZ, Octavio L. Motta. Brazil: health inequalities, rights, and courts: the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Ed.). *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 98. Oportuno o exemplo citado por Luís Roberto Barroso: em 2007, no Estado do Rio de Janeiro, foram gastos cerca de R\$ 240 milhões com a compra de medicamentos e apenas cerca de R\$ 102 milhões em programas de saneamento (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.).

Não é sem razão, assim, que se critica em doutrina o ativismo judicial.<sup>8</sup> A intervenção do Judiciário em políticas públicas de competência do Executivo implicaria uma quebra do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o juiz se substituiria ao gestor. Os magistrados, além disso, não teriam capacidade técnica para adjudicar complexas questões de saúde. Argumenta-se, ainda, que as decisões judiciais resultariam numa inadequada alocação de recursos naturalmente escassos: a cada medicamento, cirurgia ou tratamento concedido judicialmente, por vezes fora dos protocolos oficiais existentes e a custos exorbitantes, muitos cidadãos seriam prejudicados, pois deixariam de receber cuidados básicos ou de caráter preventivo, aptos a aumentar o bem-estar geral da população, mas não implementados em razão da falta de recursos decorrente da soma de decisões judiciais interventivas.

#### 4. Parâmetros para a atuação judicial

Claramente, o direito à saúde não pode ser aplicado com desprezo a regras e princípios constitucionais. A concretização desse direito deve levar em conta o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, desdobrando-se em soluções marcadas pela razoabilidade e pela proporcionalidade. No que tange ao fornecimento de medicamentos e à prestação de serviços de saúde, convém obedecer aos protocolos terapêuticos. Para evitar abusos, pode-se exigir a prestação de contas da tutela judicial outorgada. Além disso, para evitar que o sistema público de saúde seja excessiva e desarrazoadamente onerado, sugere-se a adoção de discriminação positiva, isto é,

<sup>8</sup> V., por exemplo, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Referindo-se à jurisprudência do STF acerca de outro direito social, o direito à educação, o autor sustenta que “não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugado com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas - normativas e não normativas - e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado. Os direitos fundamentais sociais dependentes de prestações estatais, veiculados por norma constitucional de eficácia limitada, constituem direitos fundamentais derivados, ‘entendidos [em citação de Canotilho] como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei seguindo a medida das capacidades existentes’”.

[...] o direcionamento do sistema público de saúde para uma gratuidade tendencial, à semelhança daquele adotado no direito português, cobrando-se de quem pode arcar com os custos financeiros das prestações materiais e na medida em que possa suportá-las.<sup>9</sup>

Luís Roberto Barroso sugere a adoção de alguns parâmetros para atuação judicial nas demandas relativas a prestações de saúde:

[...] a) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

b) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

c) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 224

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Por outro lado, importantes doutrinadores sustentam que a ausência de balizas legais precisas para orientar os juizes nas decisões referentes ao controle da implementação e da adequação de políticas públicas referidas a direitos sociais pode gerar “um indesejado ‘decisionismo’, marcado pela substituição do administrador pelo juiz”, e, por isso, defendem a aprovação de projeto de lei que institua processo especial para o controle e a intervenção em políticas públicas pelo Judiciário, com o propósito de estimular o diálogo e a cooperação institucionais, de modo a que o convencimento do juiz seja “mais fortemente ancorado na realidade” e a que a execução seja colaborativa, para “torná-la mais eficaz sem que o juiz se substitua ao administrador público”. Nas ações individuais, a tutela somente poderia ser concedida “na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração” (art. 28 do Projeto de Lei 8.058/2014, de autoria do Deputado Paulo Teixeira).<sup>11</sup>

Já há, por certo, decisões judiciais que traçam parâmetros gerais, ou pautas objetivas, para a concessão de prestações materiais e que, desse modo, contribuiriam para densificar “os deveres gerais de efetivação e de proteção dos direitos fundamentais como um todo, e do direito à saúde em especial”. Para Ingo Sarlet,

[...] a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais. [...]<sup>12</sup>

Para que as decisões judiciais sejam pautadas por critérios de razoabilidade, é indispensável que haja ampla informação e que todos os pontos de vista sejam expressos e analisados. Para ouvir todos os atores envolvidos, não apenas a magistratura, o ministério público e a advocacia pública, mas também os profissionais da saúde e os gestores de saúde, foi realizada, no STF, a audiência pública nº 4 e foi criado, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional de Saúde.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo. Uma lei para controlar políticas públicas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jan. 2015.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 1934 e 1937.

No Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, rel. Min. Gilmar Mendes, acolhidas algumas sugestões da audiência pública nº 4, ficou assentado que a competência do Judiciário para o controle de políticas públicas se exerce sobre o descumprimento de políticas públicas já existentes, e não mediante a criação de políticas alternativas, de modo que há direito subjetivo sempre que se verifica omissão na política pública de saúde estabelecida anteriormente. Reafirmou-se que o direito à saúde é coletivo, mas também individual. Negar esse duplo caráter seria negar a força normativa da Constituição e a dimensão prestacional do direito fundamental à saúde. Há solidariedade entre os entes federativos das três esferas, que decorre de competências constitucionais comuns. O princípio da lealdade à federação pressupõe um modelo cooperativo. Por outro lado, há uma presunção relativa em favor dos tratamentos oferecidos pelo SUS, pois eles se baseiam na medicina fundada em evidências. Pode haver impugnação da ineficiência e da ineficácia dos protocolos médicos, bem como de omissão em sua atualização, mas deve haver, nesses casos, ampla dilação probatória. Quando se tratar de ineficácia do tratamento do SUS, deve se proceder à análise minudente e individualizada do caso. Como o registro dos medicamentos na ANVISA é fundamental, há verdadeira impossibilidade de condenação do Estado ao fornecimento de tratamentos experimentais.

Os parâmetros fixados na STA nº 175 têm uma dimensão pragmática que se evidencia na sucessão de perguntas e etapas que conduzem a uma análise objetiva das diversas situações com que se defronta o julgador. Assim, a primeira pergunta a ser respondida diz com (1) a existência ou não de política estatal que abranja a prestação pleiteada pela parte. Em caso positivo, há evidente direito subjetivo à prestação. Em caso negativo, deve-se indagar (2) se a inexistência da política decorre de: a) omissão legislativa ou administrativa; b) decisão administrativa de não fornecê-la ou c) de vedação legal. Nesta última hipótese, não há direito. Mas na anterior, de decisão negativa, deve-se (3) questionar: a) se o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado, a determinado paciente ou b) se o SUS não tem tratamento específico para aquela patologia. Na primeira hipótese, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS devem ser observados, a não ser que se evidencie que o tratamento não é adequado para determinada pessoa. Na última, de inexistência de tratamento, deve-se procurar estabelecer (4) se o tratamento pleiteado é a) puramente experimental, situação em que deve ser negada a prestação, ou b) ainda não testado pelo SUS, cenário no qual se admite ampla produção de provas.

Também em decorrência da audiência pública nº 4, o CNJ editou a Recomendação nº 31, de caráter nitidamente instrumental, para estimular os tribunais a promover medidas tendentes a oferecer mais informações técnicas aos magistrados, como a inclusão do direito sanitário nos concursos de ingresso na magistratura e a realização, pelas escolas da magistratura, de seminários, estudos e visitas. No plano prático, recomendou a celebração de convênios para apoio técnico do magistrado por médicos e farmacêuticos, a instrução processual com relatórios médicos com descrição da doença e prescrições precisas, bem como a oitiva dos gestores de saúde, preferencialmente por meio eletrônico.

Como se vê, tanto a doutrina como a jurisprudência têm desenvolvido parâmetros objetivos para orientar a conduta dos magistrados nos difíceis casos relacionados ao direito à saúde. A partir das sugestões colhidas na audiência pública da saúde, que contou com a participação de todos os setores envolvidos, o Supremo Tribunal Federal, na STA nº 175, enunciou alguns critérios de análise de alcance prático imediato, fundados nas regras e princípios que devem nortear a decisão judicial, porquanto permitem assegurar a máxima efetividade da proteção constitucional ao direito à saúde, traduzido em uma prestação material positiva, ao mesmo tempo em que não descuram do interesse público, preservando, por exemplo, a integralidade do Sistema Único de Saúde. O Conselho Nacional de Justiça, por seu turno, ao criar o Fórum Nacional de Saúde e editar a Recomendação nº 31, dentre outras, instaurou as bases para que se estabeleça um permanente debate não apenas entre todos os tribunais, mas também entre todos os agentes relevantes para a efetivação do direito à saúde, o que tende a ensejar constantes readequações dos parâmetros de razoabilidade a serem observados.