



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: Uma análise sobre a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora das listagens oficiais do SUS

Autor: Rodrigo Lucas Guedes Morais dos Santos

Orientador: José Luiz Marques Delgado

RECIFE

2018

Rodrigo Lucas Guedes Morais dos Santos

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: Uma análise sobre a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora das listagens oficiais do SUS

Monografia apresentada como requisito obrigatório à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Direito Constitucional; Direito Administrativo

RECIFE

2018

Autor: Rodrigo Lucas Guedes Moraes dos Santos

Título: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: Uma análise sobre a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora das listagens oficiais do SUS

Trabalho Acadêmico: Monografia Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

Áreas de Conhecimento: Direito Constitucional e Administrativo

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr. José Luiz Marques Delgado (Orientador)

Prof^(a). Dr(a).

Prof^(a). Dr(a).

Dedico este trabalho a todas as pessoas que caminharam ao meu lado durante estes cinco anos, aos meus pais Luis e Luciana por toda dedicação e empenho, à minhas irmãs Rafaela e Giovanna por todo o carinho, enfim dedico a minha família e amigos pelos incentivos em momentos de dificuldade. Amo vocês, muito obrigado!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter guiado meu caminho até esse momento, guiando meus passos e me orientando a sempre percorrer o caminho certo, pois sem sua benção nada seria realizado.

Aos meus pais, por todo esforço que fizeram para eu chegar onde estou hoje, por terem passado uma vida difícil, fazendo o possível e o impossível para que eu tivesse a oportunidade de estar aqui, com tudo que conquistei e irei a conquistar, sempre se desdobrando em mil para que pudessem realizar cada pedido, sonho e interesse meu.

A minha namorada Beatriz, por todo seu amor e carinho e por me dar força para sempre batalhar e ir em busca dos meus objetivos.

Aos todos os amigos, em especial ao meu grande amigo Heitor, por todo apoio ao longo da minha vida, e as minhas amigas Priscilla, Camilla e Pioneer, que estão todos os comigo estudando e batalhando incansavelmente.

Ao meu professor e orientador José Luis Marques Delgado, por seus ensinamentos que contribuíram muito tanto para minha formação acadêmica quanto para visão de mundo que tenho hoje.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram ao longo da minha vida para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje. Meus sinceros agradecimentos!

Ainda que não sejamos capazes de construir uma fogueira, risquemos fósforos repetidamente, como sinal de que não deserdamos do posto

Érico Veríssimo

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta, discutir intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde, com enfoque na controvérsia existente na obrigação do Estado em fornecer medicamentos não constantes nas listagens oficiais do SUS – Sistema Único de Saúde. O tema da saúde é bastante abrangente abarcando a esfera social, econômica e jurídica, sendo, portanto, um assunto de grande destaque na sociedade atual e muito presente nos gabinetes do Poder Judiciário. Primeiramente, este trabalho realiza uma reflexão sobre como era instituído o direito à saúde nas Constituições anteriores, bem como versa sobre a consagração do direito à saúde como direito fundamental na atual Constituição, qualificando-a como direito humano, universal e social, caracterizando a dignidade da pessoa humana como a razão de ser do Estado brasileiro. Conceitua o SUS – Sistema Único de Saúde, bem como sua articulação e seus Programas. Considera os principais programas que compõem a Política Nacional de Distribuição de Medicamentos e a Assistência Farmacêutica. O trabalho traz à tona o reflexo da intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde, com dados obtidos através do Conselho Nacional de Justiça e da Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco. Por fim, analisa as teses defendidas pela Fazenda Pública e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito da saúde. Por fim, após a análise de todos os dados apresentados, conclui-se que a intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde deve ser limitada a uma série de requisitos, uma vez causam grave consequências no orçamento público, prejudicando o próprio direito a saúde como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; direito à saúde; fornecimento de medicamentos fora das listas oficiais do SUS.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the Judicial System intervention in the effectuation of public health policies, focusing on the existing controversy related to state obligation in providing non-officially listed SUS – Single Health System – drugs. Health is quite broad theme, encompassing the social, economic and legal domain, being, therefore, a featured topic in the present society and recurrent in the Judicial System offices. Firstly, this paper performs a reflection about how was instituted the right to health in the previous constitutions, as well addresses about the right to health consecration as a fundamental right in the present Constitution, qualifying it as human, universal and social right, featuring the human person dignity as the Brazilian state rationale. Conceptualizes the SUS – Single Health System, as well as its articulation and Programs. Considers the main programs composing the National Drug Distribution Policy and Pharmaceutical Assistance. The paper brings up the repercussions of Judiciary power intervention on public health policies, through the data obtained from the National Council of Justice and the Health Department of the State of Pernambuco. Will be analyzed, also, the thesis defended by the Public Treasury and the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice on the right to health. Lastly, after the analysis of all presented data, it is concluded that the judiciary power intervention in the public health policies should be limited to a series of requirements, once they cause serious consequences in the public budget, prejudicing the right to health.

Keywords: Constitutional law; right to health; non-officially listed SUS drugs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO À SAÚDE	12
1.1 A SAÚDE NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.2 O DEVER DO ESTADO EM ASSEGURAR A SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	17
1.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS.....	23
2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	30
2.1 INDEVIDA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	32
2.2 DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS .37	
2.2.1 Políticas públicas	37
2.2.2 Políticas públicas de saúde	38
2.2.3 Política Nacional de Medicamentos	39
2.3 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	40
2.4 CONSEQUÊNCIAS DA INTERCESSÃO JUDICIAL	44
3. DA OBRIGAÇÃO (OU NÃO) DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS FORA DAS LISTA OFICIAIS DO SUS	46
3.1 A RACIONALIZAÇÃO DA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE DIANTE DO ALTO CUSTO E DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA EFICÁCIA	46
3.2 A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A NÃO COBERTURA TOTAL DO ESTADO PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	47
3.3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES NAS LISTAGENS OFICIAIS. LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO A DECISÃO (STA 175) DO STF.....	51
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

A saúde e a vida são os direitos mais embrionários do ser humano, pressupostos de existência dos demais direitos, sendo direitos subjetivos fundamentais que merecem especial proteção jurídica. A temática do direito à saúde é extremamente atual, uma vez que estão crescendo, em proporções geométricas, as ações que visam a tutela do direito à saúde, no Poder Judiciário. Entretanto, vem à tona a pergunta, será que o fenômeno da judicialização estará ferindo o princípio da equidade consagrado pela Lei Orgânica do Sistema único de Saúde – Lei 8.080/90, tendo em vista que se estaria privilegiando particulares em detrimento da coletividade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, garante, entre outros bens igualmente significativos, a inviolabilidade do direito à vida, devendo esta ser compreendida em seu aspecto objetivo, que significa o direito de estar e continuar vivo, e também em seu aspecto subjetivo, que significa viver com dignidade. Ainda o artigo 6º da carta magna, ao especificar os direitos sociais, inclui entre esses o direito à saúde. Diante disso, com o espoco de dar-se efetividade aos direitos anteriormente referidos, a Constituição, em seu artigo 196, preconiza um instrumento jurídico amplo, ao impor textualmente ao Estado (compreendido aqui em seu sentido amplo) o dever impostergável de propiciar a todos os cidadãos o acesso universal do direito à saúde, como consectário do direito à vida.

Sem pretender esgotar toda amplitude e nuances que o tema abarca, o presente estudo objetiva examinar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito social à saúde, diante da sua crescente intervenção nas políticas públicas de saúde, em especial por meio do provimento conferido aos pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

É imprescindível, para isso estudar a evolução do direito à saúde, no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira parte do presente estudo, o direito à saúde será analisado no contexto dos direitos fundamentais, serão analisadas as constituições brasileiras anteriores e como elas tratavam do direito à do campo da saúde, acompanhando o processo de crescimento dos direitos fundamentais.

Ademais, será examinada a Constituição Federal de 1988 que consagrou a saúde como um direito de todos e dever do Estado¹, mediante políticas sociais e econômicas, provendo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Ainda no primeiro capítulo serão analisados o crescimento e a evolução do Sistema Único de Saúde, com a promulgação da Lei 8.080/90, enfatizando os princípios da igualdade, universalidade e equidade.

No segundo capítulo, há uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites da concretização do direito à saúde, assim no momento em que o Judiciário protege o direito à saúde através da sua função jurisdicional, invadindo a esfera administrativa, que a rigor é de competência dos Poderes Executivo ou Legislativo. Será analisado como a judicialização do direito à saúde traz grave consequências ao orçamento público, o que agrava ainda mais a concretização desse direito.

O terceiro capítulo abordará a obrigação (ou não) do Estado em fornecer medicamentos que não constam nas listas oficiais do SUS, elaboradas através de uma série de estudos realizados pelo Ministério da Saúde e diversos profissionais da área, em busca dos medicamentos essenciais para as diversas patologias. Serão analisadas, ainda neste capítulo, algumas teses defendidas pela Fazenda Pública e demonstrada a necessidade de racionalização da dispensação de medicamentos e tratamentos de saúde diante do alto custo, em prejuízo dos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas padronizados pelo SUS.

Em decorrência disso, o estudo tem a pretensão de demonstrar a grandeza do direito à saúde, por entendê-lo como pressuposto fundamental à vida e, como tal, merece e exige plena eficácia, contudo, sem deixar de observar os limites da intervenção do Poder Judiciário e suas consequências para a concretização do direito à saúde como um todo.

1. DIREITO À SAÚDE

1.1 A SAÚDE NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentre as modernas conceituações de saúde, a mais abrangente delas, provavelmente, é a que está disposta no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde¹ (OMS), datada de 22 de julho de 1946 que conceitua a saúde como: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção”.

Assim, diferentemente do que muitas pessoas acham a saúde não é a simples ausência de doenças, os humanos possuem uma personalidade individual, uma psique complexa e um convívio social, o que o torna um ser que transcende o mero aspecto físico.

Dessa forma conceito de saúde reflete o contexto social, político, econômico e cultural em que cada pessoa está inserida, ou seja, a saúde não representa a mesma coisa para todo mundo, deverá ser analisada a época, o lugar, a classe social, as concepções religiosas, científicas e filosóficas. Com efeito, toda conjuntura em que cada pessoa está inserida repercutirá na sua saúde.

Em observância ao conceito cunhado pela OMS a Lei 8.080/90, que “Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, especificamente seu art. 3º, aponta como fatores determinantes e condicionantes à saúde o contexto social, político e econômico que vive cada pessoa. Veja-se:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.²

Ademais, conforme o disposto na lei supracitada, a própria organização social e econômica do país expressa os níveis de saúde almejados para a população³.

¹ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3oMundialdaSa%C3%BAde/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saudeomswho.html>>. Acesso em: 21. Jun.2017.

² BRASIL. Lei nº 8080, 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990.

³ Idem.

No desenrolar histórico do Brasil já foram elaboradas oito Constituições, sendo quatro delas (1891, 1934, 1946 e 1988) conhecidas como Constituições Democráticas, provenientes de uma Assembleia Nacional Constituinte, com a participação da população, já as outras quatro (1824, 1937, 1967 e 1969) foram impostas de maneira autoritária pelo Estado, sem a participação da sociedade, são conhecidas como Constituições Outorgadas.

Em cada uma das Constituições o direito à saúde foi tratado com um enfoque diferente, entretanto, foi apenas na Constituição de 1988 que ele ganhou o *status* de norma constitucional expresso no art. 196 da nossa Carta Política:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nessa esteira, destaca José Afonso da Silva que:

Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.⁴

Para uma melhor compreensão da saúde como um direito fundamental mostra-se necessário compreender as definições dos conceitos de direitos fundamentais do homem e dos direitos sociais.

Os direitos humanos vão além do direito positivo, são, em certa perspectiva, direito dos homens enquanto homens, são direitos decorrentes da natureza, da essência humana, não são criados pelo Estado, são pré-existentes a este, que apenas faz uso do direito positivo para efetivá-los.

Nesse contexto destaca-se a Declaração dos direitos do Homem e o Cidadão em 26 de agosto de 1789, onde o povo francês, por intermédio de Assembleia Nacional, consagrou um conjunto de direitos naturais inalienáveis do homem. Na época, a importância da tutela desses direitos mostra a convicção dos revolucionários em anunciar a ruptura com o antigo regime absolutista e instaurar a República.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 24ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 831.

No Brasil, a Carta de 1988 é considerada como a Constituição brasileira que mais avançou na abordagem dos direitos humanos, sendo este um elemento básico da construção e consolidação de um Estado democrático de direito no Brasil.⁵

Os direitos sociais, por sua vez, demandam uma atividade positiva do Estado, na Constituição, os direitos fundamentais de cunho social estão abarcados em seu art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Nesse sentido doutrina José Afonso da Silva:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao passo que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, conseqüentemente, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁶

Segundo José Quadros de Magalhães “os direitos sociais são aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais”⁷.

Para Bobbio⁸, por mais importantes que sejam, as tutelas dos direitos fundamentais são, sobretudo, históricas, originam-se em um dado momento da evolução das sociedades, caracterizadas pela defesa de novos ideais contra velhos poderes, sendo fundamental uma breve análise sobre a história da defesa dos direitos fundamentais do homem.

No tocante a nomenclatura das dimensões dos direitos fundamentais leciona Ingo Sarlet:

“[...]a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno”⁹

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 61.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 24ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 468.

⁷ MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p.10.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 5.

⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed 2001. p. 49-50.

Posteriormente, sobre o conflito terminológico entre “gerações ou dimensões” dos Direitos Fundamentais, Ingo Sarlet defende o uso do termo “dimensões”, esclarecendo por essa terminação:

“Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.’”¹⁰

No mesmo sentido leciona Cançado Trindade, afirmando:

“[...]a fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.”¹¹

Feitas essas considerações iniciais sobre a melhor terminologia a ser aplicada aos direitos fundamentais, passa-se para uma breve consideração sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é oriunda da Revolução Francesa ocorrida no século XVIII, são os direitos referentes à liberdade sendo estes os pioneiros a serem positivados no ordenamento constitucional. Nessa época o Estado era visto como o grande opressor de liberdades individuais, nesse contexto a primeira dimensão dos direitos

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2007, p. 55

¹¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p 390.

fundamentais veio para romper com o Estado Absolutista. São considerados direitos fundamentais de primeira geração, dentre outros, o direito à liberdade, à vida, à liberdade, à participação política, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de crença.

Sobre os direitos de primeira geração Paulo Bonavides doutrina que:

“Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.”¹²

Quanto aos direitos fundamentais de segunda dimensão, estes tratam de liberdades positivas, com o escopo de assegurar a igualdade (entendida no sentido material) entre os seres humanos. Assim, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos fundamentais de segunda dimensão exigem uma atuação positiva do Estado.

Nesse diapasão, Paulo Bonavides afirma que:

“[...]são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.¹³

Na sequência, surgiu a terceira geração de direitos fundamentais, que consagra a fraternidade, identificados em cinco principais enfoques: o direito de propriedade, o direito dos consumidores, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido ensina Fernanda Luiza:

“Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados”.

Dentre as dimensões ilustradas merecem destaque aqui para o presente estudo os direitos fundamentais de segunda geração, que correspondem aos direitos sociais, neles incluídos o direito à saúde, que, como já mostrado, são liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Democrático de Direito, com o objetivo de mudar, positivamente, as condições de

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p 502

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p 517.

vida dos mais necessitados, buscando a consolidação da igualdade e da justiça social.

Nesse sentido elucida Ingo Sarlet:

“(...) os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.”¹⁴

Assim, por ser um direito social, a saúde demanda uma ação positiva do Estado, com o objetivo de garantir sua concretização plena. E é esse poder-dever constitucional do Estado que detalhado a seguir.

1.2 O DEVER DO ESTADO EM ASSEGURAR A SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A tutela do direito a saúde evolui conjuntamente com o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. No Estado de direito, diferentemente dos totalitários, as regras alcançam tanto os governantes quanto os governados no que tange o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Como dito anteriormente, nas Constituições anteriores a saúde não estava contemplada como sendo um direito de todos e um dever do Estado. A primeira Constituição brasileira, que foi a Constituição de 1824, preocupou-se assegurar apenas os “direitos civis e políticos do cidadão”, sem sequer mencionar a saúde como um dever do Estado.

Sobre a ausência da defesa ao direito a saúde na Constituição de 1824 Wesley Ribeiro:

[...] o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. Bonavides explica que o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826. Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. Silva ensina que a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus 35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade. O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 50.

se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde.¹⁵

A Constituição de 1891 seguiu o mesmo padrão da anterior no que se refere a defesa direito à saúde. A primeira menção de forma clara a saúde apareceu apenas na Constituição de 1934, mais precisamente no art.10, II, prevendo que seria competência da União e dos Estados assegurar a saúde e a assistência pública. Ainda referente a Constituição de 1934, seu art. 138¹⁶, dispõe que “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios: [...] g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. ”

Já a Constituição de 1937, conhecida como “A Polaca”, devido ao seu caráter autoritário no intuito de bloquear o avanço dos direitos fundamentais, não progrediu na proteção ao direito a saúde, se limitando a dispor no art. 16, XXVII, que caberia a União legislar privativamente sobre as “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança” e no art. 17 que caberia aos Estados suprimir lacunas das leis federais, no que se refere à assistência pública, casas e clínicas de saúde, etc.

A constituição de 1946, retoma claramente a estrutura da Constituição de 1891, cunhada no período pós-guerra buscou redemocratizar o Brasil, fortalecendo o regime representativo e avançou no Constitucionalismo e nos Direitos Fundamentais, acrescentando novos direitos sociais, como a segurança dos trabalhadores, férias anuais remuneradas, direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário e a assistência aos desempregados (art. 157). Apesar de não haver uma menção explícita ao Direito à Saúde, previu no art. 5º, XV, b que competiria à União legislar sobre as normas gerais de proteção e garantia da saúde.

Com a eclosão do golpe militar em 1964, foi outorgada a Constituição de 1967, que restringiu direitos políticos e, mais uma vez a proteção ao Direito à saúde ficou estagnada. Devido ao regime totalitário instaurado o enfoque principal da Constituição foi a “segurança nacional”. A Carta política de 1967 limitou-se a reproduzir a norma que contava na constituição de 1946, que previu que cabia à União legislar sobre as normas gerais de proteção e garantia da saúde, acrescentando apenas que a União também deveria legislar sobre o plano nacional de

¹⁵ RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. DIREITO E SISTEMAS PÚBLICOS DE SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. *Novos Estudos Jurídicos -Revista com conceito A2 no Qualis Direito CAPES*, v. 15, n. 3, p. 447-460, abr. 2011.

¹⁶ Artigo 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

saúde.

Em 17 de outubro de 1969 foi outorgada a Emenda Constitucional nº 1, que alterou todo o texto constitucional e ficou conhecida como a Constituição de 1969. Essa nova Constituição preservou o regime autoritário da ditadura militar que vigorava e igualmente as anteriores não previu o Direito à saúde. A única novidade trazida pela Constituição de 1969 no que se refere ao Direito à saúde é a determinação que os Municípios devem dispor 6% do repasse da União para o “fundo de participação dos municípios na saúde.

Art. 25 -Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21,a União distribuirá 33% (trinta e três por cento) na forma seguinte:
§ 4º -Os Municípios aplicarão, em programas de saúde, 6,0% (seis por cento) do valor que lhes for creditado por força do disposto no item II.

Foi apenas com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 que o Direito a saúde teve seu devido destaque. Conhecida como a “Constituição Cidadã” a Constituição de 1988 implantou do Estado democrático de Direito e consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, a saúde passou a ser um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado.

Os tratados internacionais, sobretudo a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elevaram o direito a saúde ao patamar de direito fundamental.

Dogmaticamente a saúde deve ser enquadrada como um direito social, que, como já explicado, deve ser assegurado por prestações positivas do Estado. Enquanto direito fundamental o Direito à saúde revela-se em dois aspectos, um objetivo e um subjetivo. O aspecto objetivo é o que fundamenta o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, já o aspecto subjetivo, é o direito individual de cada cidadão de obter uma contraprestação do Estado.¹⁷

A Constituição de 1988 revolucionou ao trazer um título próprio para os direitos sociais, neles incluído o Direito à saúde. Nas palavras de Álvaro Vinícius Paranhos Severo e Faustino da Rosa Júnior:

O título II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é uma das principais partes da Constituição, pois consagra a tábua de direitos e deveres fundamentais que a comunidade política brasileira reconhece, dentro

¹⁷ AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

outros direitos humanos, e assume o compromisso de, conjuntamente com cada um de seus integrantes, possibilitar ao máximo a vivência efetiva e equitativa, bem como a garantia do exercício harmônico de cada um destes direitos e deveres.¹⁸

A saúde na Constituição de 1988 foi tratada sob o novo prisma consagrado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que conceitua a saúde num contexto social, político e econômico em que a pessoa está inserida, não é a mera ausência de doença que caracteriza a saúde, mas sim o “bem-estar físico, mental e social” que circunda o indivíduo.

No Brasil, esse novo conceito de saúde foi introduzido através da realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde (realizada em 1986) e do 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva (ocorrido no mesmo ano) que traçaram novas diretrizes a respeito do direito à saúde, as quais possam ser incluídas no texto constitucional.

Conveniente trazer as palavras de Ingo Sarlet sobre o tema, ele ressalta que a Constituição de 1988, não só abraçou o Direito a Saúde como um bem jurídico que merece a tutela constitucional, mas foi mais longe, “consagrando expressamente a saúde como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito jurídico-constitucional¹⁹”.

Feitas essas considerações, cabe agora abordar o Direito à saúde na Constituição de 1988. Na constituição a saúde é assegurada como um Direito social prevista no art. 6º.

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Como a saúde é um direito-dever fundamental, o Estado deve prover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção da saúde. O Estado obriga-se a fornecer tratamento médico a todos que necessitem. Trata-se de um direito subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível garantida à universalidade das pessoas.

Com efeito, pode-se afirmar categoricamente que o Direito à saúde conforme previsto na Constituição atual é um direito da população e uma obrigação estatal. E esse direito vai desde medidas para a promoção do saneamento básico a tratamentos médicos e internações em leitos

¹⁸ SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos; JÚNIOR, Faustino Rosa. Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial? In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p.69

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, p. 2, set./out./nov., 2007. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017

de UTI.

Complementarmente ao art. 6º, o constituinte promoveu mais um admirável aprimoramento do Direito à saúde ao elaborar o art. 196 que consagrou a saúde como direito de todos e dever do Estado, estabelecendo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²⁰. *In verbis*:

“Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e **o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**”. (sem grifos no original)

Os doutrinadores Castro, Lino e Vieira destacam que o legislador utilizou “a palavra ESTADO no intuito de englobar tanto os Estados-membros, quanto à União e o Município, vez que ambos têm o dever promover o bem-estar social, garantindo educação, saúde e segurança a todos os cidadãos”²¹.

Sobre o tema destaca Gilmar Mendes:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em direito subjetivo público a prestações positivas em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.²²

Ainda sobre o art. 196 da Constituição, Germano Schwartz, leciona que:

No referido artigo, encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui estamos diante de um Estado Interventor, e, também, diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde- e jamais da inércia- e conectando-se, essencialmente, à ideia de um direito social da saúde.²³

Da rápida leitura do artigo supracitado, bem como das doutrinas citadas, pode caber a interpretação que o Estado estaria obrigado a garantia plena e irrestrita da saúde a todos que necessitarem, entretanto, esse artigo deve ser analisado com mais cuidado. Essa interpretação de que o direito a saúde é absoluto gera muitos problemas no mundo fático pois esbarra com

²⁰ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²¹ CASTRO, José N. de; LINO, Graziela de C.; VIEIRA, Karina M. C. Fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município – Obrigatoriedade – Município em solidariedade com o Estado – Observância da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90. **Revista Brasileira de Direito Municipal: RBDM**, Belo Horizonte. v. 9. n. 29. 2008.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250-251.

²³ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

a escassez de recursos financeiros do Estado, que devem ser gastos de forma responsável, tema que será melhor destrinchado no Capítulo da Judicialização da Saúde. Entretanto, cabe trazer uma importante decisão sobre o direito à saúde, proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal:

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). 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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RE 267.612 – RS, DJU 23/08/2000, Rel. Min. Celso de Mello).

Ainda sobre a tutela do Direito à Saúde a Constituição prevê em seu art. 23 que dever de assegurar o acesso igualitário à saúde é solidário entre os entes da federação (União, Estado, Distrito Federal e Municípios).

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse sentido, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381, o Exmo. Relator, Ministro Luiz Fux destacou a solidariedade dos entes federativos para assegurar o dever constitucional do Estado em promover e garantir o direito à saúde.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. 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. Isto por que, 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. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para

evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011, p. 116).

Na tentativa de dar efetividade ao comando constitucional de garantir a todos o Direito à saúde, foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, que é o maior sistema público de saúde do planeta, com o objetivo de propiciar o acesso digno à saúde para toda população, tema que será tratado no próximo Capítulo.

1.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Após estudar o Direito à saúde no contexto dos direitos fundamentais e como sendo um dever do Estado (este entendido como União, Estado, Distrito Federal e Municípios), passa-se agora a analisar como o Estado efetivou (ou ao menos tentou efetivar) o comando constitucional de assegurar o acesso igualitário a todos os cidadãos.

Para garantir o acesso de todos à saúde, como determina a Constituição foi criado o Sistema único de Saúde (SUS), resultado de uma reforma sanitária defendido por movimentos sociais ligados à causa, durante a Assembleia Constituinte de 1988. O sistema de saúde que vigorava na época era extremamente ineficiente e não atendia as condições básicas da população brasileira. Com a criação do SUS, buscou-se, então, uma melhoria nos serviços de saúde e um gerenciamento organizado.²⁴

Nesse toar, seguindo o comando constitucional foram promulgadas diversas leis com o escopo de viabilizar o acesso universal e igualitário à saúde no Brasil. Destaque para a Lei nº 8.080/90 (conhecida como a Lei do SUS), que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”; a Lei 8.142/90 que “Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.”; e a Portaria nº 3.916, que aprova a Política Nacional de Medicamentos e a Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), que foi aprovado por Portaria do Ministério da Saúde, a sucedendo a Norma Operacional Básica do SUS, nº 01/96.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 140.

Como dito, a criação do SUS foi objeto de luta de diversas classes sociais pela universalização da saúde, resguardando a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Nos dias atuais o SUS é o principal meio para a promoção de políticas públicas de saúde no país.

Apesar da grandiosidade do SUS ele ainda é um sistema muito falho e limitado, é nesse contexto que surge o Judiciário para tentar corrigir e contornar as eventuais falhas, buscando promover um acesso à saúde universal e igualitário, conforme dita a Constituição.

Entretanto, a par das falhas do SUS, cabe ressaltar que o Brasil já esteve em situações bem piores, onde o acesso à saúde foi, durante séculos, praticamente inexistente. Traçando um sintético histórico da Seguridade Social por parte do Estado, esta surgiu apenas na década de 20, com a criação das CAPs (Caixas de Aposentadoria e Pensões). Em um primeiro momento apenas a classe ferroviária foi alcançada, através da edição do Decreto-lei nº 4.682/23. Nas palavras de André Amorim Martins. “O objetivo das CAPs era garantir a aposentadoria dos contribuintes e, gradativamente, desenvolver ações em saúde. Portanto quem fazia parte de uma CAPs mais estruturada tinha uma assistência à saúde mais eficaz.”²⁵

Na década de 30 foram criados os IAPs (Institutos de aposentadoria e pensões) que institucionalizam o seguro social partindo as classes assalariadas urbanas por inclusão nos setores da atividade econômica: industriários, bancários, entre outros.

No ano de 1949 foi criado o Serviço de Assistência Médica Domiciliar.

Na assistência à saúde, a maior inovação aconteceu em 1949, durante o segundo governo Vargas, quando foi criado o Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência (SAMDU). A importância histórica desse evento decorre de três características inovadoras da iniciativa: o atendimento médico domiciliar até então inexistente no setor público, embora comum na prática privada; o financiamento consorciado entre todos os IAPs (Instituto de Aposentadoria e Pensão) e, principalmente, o atendimento universal ainda que limitado aos casos de urgência.²⁶

Em 1953 é criado, pela Lei nº 1.920, de 25 de julho de 1953, o Ministério da Saúde, vindo a ser em 16 de novembro de 1953 regulamentado pelo Decreto nº 34.596.

Os IAPs e os CAPs seguiram convivendo paralelamente até 1966, quando são unificados em um só sistema, chamado INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) que

²⁵ MARTINS, André Amorim. **A integralidade nas políticas públicas de saúde brasileira**. 2006. 38 f. Monografia –Instituto de Psicologia, Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <<http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/63.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

²⁶ FINKELMAN, J. **Caminhos da saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

posteriormente passou a ser chamado INANPS.²⁷

O INANPS era uma autarquia federal que tinha a função de prestar diretamente, ou mediante contratos com empresas privadas, serviços de saúde à sociedade. Ocorre que a prestação do serviço a saúde não era universal, pois essa autarquia era vinculada à Previdência Social, de forma que só teriam direito a prestação do serviço de saúde as pessoas que fossem vinculadas à Previdência. Basicamente quem não trabalhava não tinha direito a assistência à saúde. Sobre essa situação Edson Nunes discorre:

No Brasil, o fato de a atenção médica estar intrinsecamente associada à previdência social imprime uma especificidade, com profundas raízes históricas, à atual questão da busca da equidade no direito dos cidadãos à saúde (...).

A saúde pública no decorrer do tempo convive de forma tensamente complementar com a assistência médica individual filantrópica e previdenciária, e posteriormente da rede pública, sendo crescentemente pressionada a buscar nova identidade sem perder a sua especificidade. Essa complementaridade tensa traduz exatamente a questão do coletivo contraposto ao individual, a do curativo contraposto ao preventivo.²⁸

Esse modelo de descentralização das redes de saúde culminou com a consagração constitucional em 1988 do Sistema Único de Saúde. Foi gradualmente desenhado a partir de 1983, quando através de convênios a União começou a repassar para alguns Estados e Municípios algumas das suas atribuições, através do projeto de Ações Integradas de Saúde: AIS43 e, posteriormente, em 1987, do Sistema Único Descentralizado de Saúde - SUDS, nomenclatura que já antecipava o advento do SUS.

O SUS está definido no art. 198 da Constituição de 1988, voltado para sanar necessidades e proporcionar bem-estar social à população.

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes. I-Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II-Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - Participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Com a leitura do artigo supracitado podem destacar três princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde, são eles: a universalidade, a igualdade e a equidade. Por

²⁷ NUNES, Edson (org). **A Saúde como direito e como serviço**. São Paulo: Cortez, 1991. p. 15

²⁸ NUNES, Edson (org). **A Saúde como direito e como serviço**. São Paulo: Cortez, 1991. p. 13.

universalidade entende-se que todos os cidadãos, quando necessitarem, podem recorrer ao SUS e lá serem atendidos e tratados. Por igualdade depreende-se a ideia de que todos os que necessitem devem ser tratados de forma isonômica, sem distinções (cabe que fazer uma ressalva de que está se falando de igualdade material, ou seja, os desiguais devem ser tratados de forma desigual, pois aquele que precisa de um atendimento médico mais urgente deverá ser atendido com prioridade). A equidade, por sua vez, apenas é um complemento da igualdade, de forma que as desigualdades devem ser ajustadas para alcançar a igualdade.

Tais princípios revelam a construção de um sistema de saúde que reverte a lógica do fornecimento de ações e serviços. São princípios ético-políticos, reorientando a tendência hegemônica dos modelos anteriores, substituindo-o por um modelo orientado para a prevenção na saúde.

A descentralização também é uma das principais características do SUS, a fim de atender as peculiaridades de cada região. Cabe ao SUS se organizar de forma regionalizada, sendo responsabilidade de todas as esferas do governo. Esse fenômeno é chamado de “municipalização”, que “consiste em uma forma de aproximar o cidadão das decisões do setor e significa a responsabilização do município pela saúde de seus cidadãos”²⁹.

A sociedade também participa, de certa forma da organização do SUS através de Conselhos e Conferências de Saúde. Os conselhos são órgãos deliberativos formados por cidadãos e buscam a participação dos membros na preparação, no programa e no domínio das políticas públicas relacionadas à saúde, exigindo transparência total nas práticas administrativas. Já as conferências são “fóruns com representação de vários segmentos sociais que se reúnem para propor diretrizes, avaliar a situação da saúde e ajudar na definição da política de saúde”³⁰.

Sobre esse controle social Vanderlei Siraque explica:

O controle social é realizado por um particular, por pessoa estranha ao estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas, sendo que, nesse caso, não há necessidade de serem estranhas ao Estado, mas pelo menos de uma parte de seus membros ser eleita pela sociedade. Citamos, como exemplo, de pessoas jurídicas de caráter público, os Conselhos de Saúde e a Ordem dos Advogados do Brasil, os quais foram instituídos por lei.³¹

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 142

³⁰ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos, Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 55

³¹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos, op cit., p. 54

Apesar da “municipalização” sua direção é única, no âmbito federal é exercida pela União, através do Ministério da Saúde, na esfera estadual pela Secretaria de Saúde de cada estado e na esfera municipal pela Secretaria de Saúde do respectivo município.

Corroborando todas as características apontadas acima, A Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde dispõe:

Hoje, compreende-se por princípios ético-políticos do SUS:

- a **universalidade** do acesso, compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- a **integralidade** da atenção, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema;
- a **equidade**, que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para sua superação; e
- a **participação social**, que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social. Essa participação social significa a corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde.

Os princípios organizativos do SUS são:

- a **intersetorialidade**, que prescreve o comprometimento dos diversos setores do Estado com a produção da saúde e o bem-estar da população;
- a **descentralização** político-administrativa, conforme a lógica de um sistema único, que prevê, para cada esfera de governo, atribuições próprias e comando único;
- a **hierarquização** e a **regionalização**, que organizam a atenção à saúde segundo níveis de complexidade –básica, média e alta –, oferecidos por área de abrangência territorial e populacional, conhecidas como regiões de saúde; e
- a **transversalidade**, que estabelece a necessidade de coerência, complementaridade e reforço recíproco entre órgãos, políticas, programas e ações de saúde.³²

Ademais, o SUS promove seus serviços diretamente ou através de contratos ou convênios com a iniciativa privada. A participação complementar de empresas privadas ocorre em casos de indisponibilidades para garantir a cobertura assistencial à população em determinado segmento. Sobre a participação de empresas do setor privado de forma complementar no SUS Edson Nunes discorre:

O SUS possui uma rede própria e uma rede contratada. A rede própria é composta por hospitais federais, cada vez em menor número (porque eles estão sendo repassados aos Estados e aos Municípios), uma rede estadual e

³² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. 24 p.

uma rede municipal. Possui também uma rede contratada, composta por um segmento lucrativo e um segmento não lucrativo (as chamadas filantropias). No segmento lucrativo, o setor mais atrasado do ponto de vista capitalista foi o que se manteve no SUS, ou seja, na média o segmento mais moderno e avançado, do estrito ponto de vista capitalista se descredenciou do SUS e passou, nos anos 80, a compor o Sistema Supletivo de Assistência Médica. Portanto, quem se pautava pelo ganho de produtividade, de escala, isto é, quem tinha alguma eficiência do ponto de vista capitalista, passou para o Sistema Supletivo. Desse modo, o SUS ficou com a parte pior.³³

Ainda, especificamente sobre o SUS, estabelecem o arts. 6º, I, d, e 7º, I e II, da Lei nº 8.080/90, o campo de atuação do Sistema:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I -a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II -a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III -a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV -a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V -a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI -a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII -o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII -a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX -a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X -o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI -a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Finalmente, depois de abordados todos esses aspectos sobre o Sistema único de Saúde, desde sua criação até sua configuração nos dias atuação, resta claro que sua função primordial é o acesso à saúde a toda população, sem qualquer vinculação com a fato de a pessoa ser ou não contribuinte da Previdência social, cumprindo, assim, o princípio da universalidade de seu atendimento. Ademais, é dever do SUS também a participação na formulação de políticas de

³³ Associação Paulista de Medicina. **SUS: o que você precisa saber sobre o sistema único de saúde**. São Paulo: Atheneu, 2004. p.19.

intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Tudo em conformidade com o que prevê o artigo. 5º da Lei nº 8.080/90.

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I -a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II -a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III -a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Art. 6º

Encerra-se, assim, o presente capítulo que versou sobre a conceituação do Direito à saúde e sua inclusão no rol dos direitos fundamentais, a evolução do Direito à saúde nas constituições brasileiras e por fim a criação e o funcionamento do Sistema Único de Saúde, traçando suas principais diretrizes e funções.

Ressalte-se, todavia, que a temática do Direito à saúde vem crescendo de forma exponencial nos tribunais pátrios e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem tomado várias providências no intuito de padronizar as decisões tomadas pelo judiciário nas ações referentes à obtenção de tratamentos pela via judicial, assunto que será analisado mais a frente.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

De plano cabe destacar o significado do termo “judicialização”, que é cada mais frequente no meio jurídico. Conforme leciona Barroso, a judicialização não é um exercício da vontade política, mas sim é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado pelo sistema brasileiro. E acrescenta:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.³⁴

André da Silva Ordacgy, defensor público federal, afirma que o fenômeno da judicialização da saúde é decorrente, em grande parte, da escassez de medicamentos que são dispensados gratuitamente através do Sistema Único de saúde. Nesse toar, ele ensina:

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde.³⁵

Lafaiete Reis Franco, também defensor público federal, explica que o fortalecimento as ações de saúde no poder judiciário é decorrente de uma série de atributos inerentes à cidadania e que enquanto os Poderes Executivo e Legislativo se mantem inertes na busca de uma solução para a crise de saúde que perpassa o Estado brasileiro o Poder Judiciário acaba sendo uma saída para a efetividade deste direito previsto na Carta Magna:

Dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde³⁶

³⁴ BARROSO, Luis R.A **nova interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 78

³⁵ ORDACGY, André da S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em: 05 dez. 2017.

³⁶ FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi 2012 Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 06 dez. 2017.

Em contrapartida, parte da doutrina nacional destaca a onda da judicialização da saúde como uma violação ao princípio da separação, ao princípio da reserva do possível e ao princípio da previsão orçamentária, já que os medicamentos fornecidos via decisões judiciais não são previstos nos orçamentos dos entes públicos.

Sobre esse desfalque no orçamento público devido às grandes demandas judiciais Barroso adverte que o judiciário brasileiro está cada vez mais condescendente com esse tipo de demanda que tem grande impacto no orçamento público:

[...] o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.³⁷

Lafaiete Reis Franco complementa afirmando que outro motivo para o impulsionamento, nos tribunais pátrios, das ações que versam sobre direito à saúde é o mau investimento dos gestores públicos na aplicação da verba destinada a este setor. Assim afirma:

Decerto, os gastos em saúde pública merecem ser melhor repensados pelo Estado, devendo-se tratá-los como um investimento. Ordinariamente, a ausência de investimentos em saúde conduz à majoração dos recursos destinados à previdência e à assistência social, cabendo ao Estado, como dever finalístico de sua atuação e consoante o princípio constitucional da eficiência, zelar pela melhor destinação dos recursos públicos disponíveis. Nesse contexto, a Judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde venha a ser efetivado (de acordo com os parâmetros constitucionais), seja através da salvaguarda direta do bem pretendido pelo cidadão enfermo, seja obrigando, ao menos de forma indireta, o Poder Executivo a ser mais eficiente na condução de suas políticas públicas.³⁸

Dessa forma, o número de ações judiciais sobre a tutela do direito à saúde cresce paulatinamente e termina por acarretar “superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí

³⁷ BARROSO, Luis R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. p 3. Acesso em 05 dezembro 2017

³⁸ FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi 2012 Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 06 dez. 2017.

incluídos procuradores e servidores administrativos”.³⁹

Sobre os excessos da Judicialização da Saúde Pública no Brasil, pertinentes são as palavras de Antônio César Caúla Reis:

Se o Estado, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, eventualmente falha na consecução dos objetivos sociais, certamente não é por falta de atores públicos capacitados que efetivamente almejam o bem comum e que ajam com verdadeiro espírito público. Assim, ultrapassados os casos pontuais, a exacerbação do fenômeno que hoje se vê em sede de concessão de medicamentos apenas implicará uma mudança no local em que se forma a fila de cidadãos à busca de atendimento a suas vontades ou necessidades. O Poder Judiciário simplesmente não poderá alterar, por si, a realidade social que produz as demandas e, em consequência, receberá um julgamento desfavorável decorrente da falha de resultado daquilo que se dispôs a fazer”⁴⁰

Desse modo, resta cristalino que a judicialização do direito à saúde é fato crescente no Poder Judiciário brasileiro, juntamente com a condescendência dos tribunais em relação a matéria, que ainda não se alertaram para o grave risco no orçamento público.

2.1 INDEVIDA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Como excessivamente demonstrado, o direito a saúde na Constituição Federal de 1988 recebeu um status de direito fundamental, essencial à dignidade da pessoa humana. Também restou claro o dever do Estado em garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Ocorre que a atual política pública mantida pelo Poder Executivo para proteção, prevenção e cuidados com a saúde tem inúmeras limitações orçamentárias frente ao crescente número de demandas judiciais pleiteando tratamentos médicos. Questiona-se nesse momento, até onde vai a legitimidade do Judiciário para interferir nas políticas públicas, requerendo, a todo custo, o cumprimento de suas decisões, sem levar em consideração o planejamento orçamentário destinado à saúde coletiva, privilegiando demandas particulares.

Esse debate sobre a judicialização da política, ou até mesmo chamado por alguns doutrinadores de ativismo judicial, tem sua gênese na origem do Estado Moderno e na divisão

³⁹ BARROSO, Luis R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. p 4. Acesso em 05 dezembro 2017

⁴⁰ CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. Pg 35.

tripartite dos poderes, proposta por Montesquieu, na qual o Estado, para ser mais eficaz deve ter seu poder tripartido em três funções: Executiva, Legislativa e Judiciária, todas independentes e harmônicas entre si, e é o que determina o art. 2 da Constituição Federal brasileira.

Para Montesquieu os juízes seriam tão-somente "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor".⁴¹

Entretanto, hoje, a consciência dos magistrados é de garantirem que seja feita a justiça social e não apenas a reprodução pura e seca da lei, sendo tutores dos direitos dos cidadãos contra os poderes, quer públicos ou privados.

Nesta linha Cappeletti⁴², em seu livro "Juízes Legisladores?" reafirma o papel social que deve ser buscado pelos juízes. Segundo ele, o juiz sempre fará suas escolhas com base em ideias e opiniões pessoais, seu legado moral e compreensão do mundo jurídico para decidir sobre o caso concreto. Para este autor a importância das convicções pessoais e sua compreensão moral sobre estar se fazendo justiça é tamanha, a ponto de dizer que não há diferença essencial entre o papel de legislador e o do julgador no processo criativo do direito.⁴³

Fazendo um contraponto a essa visão de um "juiz legislador" Barroso elucida três objeções podem ser opostas à judicialização. A primeira é no que se refere aos riscos para a atividade democrática, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e sendo assim não teriam legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo. O segundo risco da judicialização é a politização da justiça, nesse ponto Barroso entende que direito não é política, no sentido de admitir livres escolhas políticas e administrativas, por parte dos representantes do povo. Por fim, Barroso destaca os riscos à capacidade institucional do Judiciário, vale transcrever "Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias."⁴⁴

Em relação ao fenômeno da politização da justiça Daniella Santos pontua:

A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar

⁴¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**, São Paulo, Difusão Européia do livro, 1962, 1.v. p. 181.

⁴² CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 13.

⁴³ Idem. p. 27

⁴⁴ BARROSO, Luis R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. p 1. Acesso em 05 dezembro 2017

dramaticamente a sua fraqueza como a sua força. É cedo para saber qual dos dois resultados prevalecerá, mas não restam dúvidas sobre qual o resultado que melhor servirá a credibilidade das instituições e a consolidação da nossa democracia: que o sistema judicial revele a sua força e não a sua fraqueza.⁴⁵

Nota-se aqui a ocorrência de um desequilíbrio entre os Poderes, diante da ilegitimidade do judiciário em determinar demandas que vão de encontro às escolhas feitas pelo mérito administrativo, deslocando para o judiciário uma parcela da função política pertencente ao Executivo.

Nesse sentido decidiu a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ONCOLOGIA. 1. Caso no qual a Autora pretende o fornecimento gratuito de medicamento quimioterápico para tratamento de neoplasia do sistema nervoso central (glioblastoma multiforme), excluídos da listagem de farmacológicos excepcionais (Portaria SAS/MS n.º 184, de 16.10.1998), em razão da implementação dos denominados “Centros de Alta Complexidade em Oncologia – CACON’s”. Nesses centros, sob a gestão das secretarias de saúde estaduais e municipais, com recursos do Ministério da Saúde, é oferecida assistência especializada aos pacientes com câncer, com a disponibilização do tratamento e da medicação necessária. **Assim, incumbe à Administração Pública a adoção de políticas de prioridade, seleção e autorização do fornecimento de medicamentos e implementar a saúde pública, dentro das limitações técnicas e orçamentárias. Não cabe ao Poder Judiciário invadir tal atribuição, sob pena de afronta ao artigo 2º da Lei Maior, nem mesmo sob o pálio do art. 196 da Constituição, que impõe a adoção de políticas gerais, e respeito à isonomia.** Incabível, destarte, determinar a entrega de medicação de forma privilegiada, desconsiderando a política de atendimento e tratamento oncológicos disponibilizados pelo Estado. 2. Apelação e remessa necessária provida. Sentença reformada. (TRF 2, APELRE 200551510074098, Dês. Rel. Guilherme Couto DJU data 08.02.2010)

Buscando uma harmonização entre a atuação do Judiciário e do Executivo, Marcelo Alves argumenta sobre o direito e política:

O lugar do Direito na Política está em algum lugar entre a legitimidade das forças que atuam na organização da polis e a construção dos espaços que garantem aos cidadãos a reivindicação e a implementação dos valores e procedimentos que realizam efetivamente a liberdade e a justiça necessárias à vida política e ao próprio direito. Nesse sentido, é mais correto afirmar que não há um lugar do Direito na Política. A subordinação não contempla a interdependência que necessariamente há. Mais correto talvez seja dizer que

⁴⁵ SANTOS, Magalhães D. **A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526> Acesso em: 06 dez. 2015.

o Direito e Política compõem o amplo espaço que viabiliza e se materializa pelo exercício da cidadania, e que somente através dela deixa de ser uma abstração, deixa de servir à “peste” para servir ao fim da polis: o bem comum.⁴⁶

Em que pese a faculdade de o Judiciário exercer o controle sobre os atos praticados pela Administração Pública, não se pode olvidar a existência de limites para tanto, entre os quais se insere o reconhecido respeito aos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa e a separação dos poderes.

Nesse sentido é claro o julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.⁴⁷

É preciso reconhecer que o aceso universal e igualitário à saúde, direito constitucionalmente assegurado a todos, assim como os demais direitos fundamentais, não reclamam exercício ilimitado e incondicionado, tampouco permite interpretação isolada. Por esta razão, ao art. 196 da CF/88 não pode ser empregada uma amplitude incontestável, sob pena de também vir a violentar princípios constitucionais resguardados na mesma casta do direito à saúde.

Em consonância com esse entendimento, cabe transcrever trecho da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, na STA - 175 *verbis*:

[...] Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o

⁴⁶ ALVES, Marcelo. **O Lugar do Direito na Política**. In: SANTOS, Rogério Dutra (org.). **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 37

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AG. REG 322348 / SC - Santa Catarina, AG.REG. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**: 6 dez. 2002.

concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (Supremo Tribunal Federal. STF, STA 175 – AgR/CE, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgado em 17.03.2010.)

Refrisa-se que o direito à proteção da saúde é um direito social, portanto, deve ser entendido e realizado no coletivo e não somente como um direito individualizado. “O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”⁴⁸

Sobre a necessidade de uma visualização da dignidade apropriada aos direitos sociais, vale destacar a abordagem do Procurador-Geral do Estado de Pernambuco, Antônio César Caúla Reis, em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição – O caso do fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil*, *verbis*:

Quando está em causa um direito social, é imprescindível exaltar, ainda mais, a característica de convivência que já se disse marcar o Estado. A sociabilidade implica repartição, fruição comedida. Aqui ou o princípio admite uma visão compartilhada da dignidade ou pode conduzir a muitos equívocos, com prejuízo à própria dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Desta feita, resta cristalino que sem a compreensão adequada do interesse coletivo, o Poder Judiciário acaba desequilibrando o sistema, com lesão à participação democrática, à igualdade e ao atendimento da imposição constitucional de existência de uma política de saúde pública.

Interessante a observação de Álvaro Ciarlini sobre a postura do magistrado quando imerso em uma situação de análise de possíveis omissões administrativas e a repercussão de sua decisão:

A decisão judicial, além de procurar cercar-se dos apontamentos técnicos relativos à referida esfera de atuação do poder executivo, deverá atentar ainda à repercussão de sua decisão no âmbito próprio da Administração Pública. Com isto, o Juiz assumirá, às claras, os ônus decorrentes de sua posição ativista, ao se aprofundar na percepção dos efeitos de sua conduta decisória.⁵⁰

⁴⁸ BARROSO, op.cit. p 13

⁴⁹ CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. Pg 68.

⁵⁰ CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar**. Brasília: [s.n.], 2008. 288 p. Disponível em <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tdebusca/arquivo.php?codArquivo=38d14>. Acesso em 13 dez. 2017.

Assim, fica exaustivamente demonstrado que o Poder Judiciário, determinando coercitivamente que a administração pública descumpra suas políticas públicas pré-estabelecidas, está invadindo o mérito administrativo e invadindo as competências do administrador público e do legislador.

2.2 DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.2.1 Políticas públicas

De plano, deve ser salientado que a efetivação do direito à saúde deve se dar por meio de políticas públicas, conforme dispõe o art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme ensina Aristóteles, em seu brilhante livro *Política*, a política tem duas funções: uma a de apresentar a forma de Estado ideal e outra de determinar a forma possível do melhor estado em relação as suas circunstâncias.⁵¹

Está claro que existe uma ciência à qual cabe indagar qual deve ser a melhor constituição: qual a mais apta a satisfazer nossos ideais sempre que não haja impedimentos externos; e qual a que se adapta às diversas condições em que possa ser posta em prática. Como é quase impossível que muitas pessoas possam realizar a melhor forma de governo, o bom legislador e o bom político devem saber qual é a melhor forma de governo em determinadas condições.⁵²

A ideia de política pública, atualmente, transcende a pura prestação do serviço público para abarcar o planejamento, o programa e os projetos de prestação de serviços do Estado.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau assevera que:

[...] a expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.⁵³

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são instrumentos de ação dos governos e possibilitam o controle prévio de discricionariedade do ato administrativo, pois

⁵¹ NICOLA Abbagnano. **Dicionário de filosofia**. São Paulo. Martins Fontes, 2007 p. 773.

⁵² Aristóteles. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004. IV, 1, 1288 b 21.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

a seleção das prioridades e identificação dos interesses públicos explicita os pressupostos da atividade administrativa.⁵⁴

Portanto, as políticas públicas nada mais são que as escolhas que o administrador público irá fazer para alcançar uma finalidade geral, que é a o bem comum.

2.2.2 Políticas públicas de saúde

Segundo Germano André Doederlein Schwartz os principais objetivos a serem observados nas políticas públicas de saúde são:

- 1) a redução do risco de doenças e outros agravos. Algumas observações podem ser extraídas a respeito: resta cristalina e juridicamente comprovada a conexão risco, saúde e direito; a expressão “risco de doenças” está ligada a uma ideia de saúde “preventiva”; de outra banda, “outros agravos significa a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde, o que reforça a ideia da excessiva contingência sanitária, reduzível a partir da compreensão do Código da Saúde (saúde/enfermidade);
- 2) o acesso universal igualitário às ações e serviços. O cidadão tem direito de ser atendido pelo SUS, pelo simples fato de ser cidadão, respeitando-se sua autonomia individual de ser atendido fora de tal sistema caso seja essa sua decisão. Tem-se, ainda, que a expressão significa a saúde como direito de qualquer pessoa, estrangeiro residente no país; ademais, não haverá preconceito ou privilégio no atendimento, pois deve ser atendido o princípio da igualdade.

Essas ações e princípios [...] visam à:

- 1) promoção. A Constituição estabelece aqui o vínculo entre qualidade de vida e saúde, pois essa promoção, por mais redundante que soe essa afirmação, visa a promover a saúde, entendendo-a não apenas como a cura e a prevenção de doenças, mas também com o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais. A referida qualidade de vida possui uma série de direitos afins, e o art. 3.º da Lei 8.080/90 apresenta alguns deles. Já o art. 225 da CF/88 positiva a qualidade de vida, ao mesmo tempo em que a conecta com o meio ambiente;
- 2) proteção. Claramente ligada à já mencionada ideia de uma atuação sanitária presente em um momento anterior ao da doença, conectando-se, também, como estratégia de enfrentamento do risco em saúde;
- 3) recuperação. Novamente se posiciona a necessidade de, em caso de ocorrência de infortúnios na área da saúde, ela ser restabelecida mediante um processo “curativo”, ou seja, atuar em um momento posterior ao da ocorrência da enfermidade.⁵⁵

Dessa forma, o direito à saúde deve ser implementado pelo Estado por meios de políticas públicas de caráter preventivo, reduzindo os risco de adquirir enfermidades ou agravos, bem

⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

⁵⁵ SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 101.

como que promova o acesso universal e igualitário para todos que precisem, garantindo assistência plena, tanto médica e hospitalar como farmacêutica e garantindo ao administrado a medicação ao tratamento do mal que lhe acomete, pois as políticas públicas, apesar de serem implementadas com exercício de discricionariedade, estão vinculadas à legalidade e à legitimidade.

2.2.3 Política Nacional de Medicamentos

A 28ª Assembleia Mundial realizada pela OMS, em 1975, foi um divisor de águas nas políticas de medicamentos. Nela foram estabelecidas diretrizes para a implementação das políticas de medicamentos para seus Estados-membros, com o objetivo de expandir o acesso e o uso racional para as populações que não eram atendidas pelos sistemas de saúde.⁵⁶

O Brasil, apenas em 1998, aprovou sua Política Nacional de Medicamentos. Essa política está embasada: na importância e no excessivo volume de serviços prestados pelo setor público de saúde; na existência de administrados que ainda se encontram excluídos do atendimento; no perfil epidemiológico que afeta atualmente o País; na utilização da Relação Nacional de Medicamentos (Rename) na prescrição médica; no desabastecimento de remédios; e nos problemas de produção e comercialização de medicamentos.

A Política Nacional de Medicamentos foi instituída pela Portaria do Ministério da Saúde 3.916, de 30.10.1998, que estabelece oito diretrizes para garantir a segurança, a eficácia e a qualidade dos medicamentos pelo menor custo possível. São elas:

- 1) Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais: esta relação de medicamentos servirá de base ao desenvolvimento tecnológico e científico, à produção e às listas de medicamentos a serem utilizadas nos níveis estadual e municipal de atenção à saúde. Esta é, ainda, a base fundamental para orientação da prescrição e abastecimento da rede do SUS, com redução de custo.
- 2) Regulamentação Sanitária de Medicamentos: ações desenvolvidas no âmbito federal para registro de medicamentos e autorização de funcionamento de empresas e estabelecimentos.

⁵⁶ A extensão da aplicação de listas de medicamentos essenciais é uma decisão de cada país, de acordo com as necessidades da maioria da população. Para os países em desenvolvimento a aquisição pode ser feita de forma econômica e eficaz. A proposta dessas listas pela OMS pode contribuir para resolver problemas daqueles países cujos recursos não atendem às necessidades e tenham dificuldades para iniciar este trabalho por si mesmos. *Em certas situações há necessidade de tornar disponível o acesso a medicamentos essenciais para doenças raras.* O fato de outros medicamentos não constarem da lista não significa que sejam inúteis, mas que os selecionados devam atender à maioria da população, em quantidades suficientes e formas farmacêuticas adequadas. A seleção de medicamentos essenciais é um processo contínuo, dentro de prioridades de saúde pública, características epidemiológicas, avanços farmacológicos e de tecnologia farmacêutica. Finalmente, este programa da OMS deve ser um ponto central nas investigações organizadas e sistemáticas desta abrangência.

- 3) Reorientação da Assistência Farmacêutica: o objetivo dessa reorientação é implementar no âmbito das três esferas do SUS todas as atividades relacionadas à promoção ao acesso da população aos medicamentos essenciais, incluindo as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle de qualidade e utilização (prescrição e dispensação). Aqui está prevista a descentralização das ações, mas garante a responsabilidade nos níveis estadual e federal relativa à aquisição e distribuição dos produtos utilizados em situações especiais, entre eles os medicamentos de custos elevados para doenças de caráter individual.
- 4) Promoção do Uso Racional de Medicamentos: as principais ações serão dirigidas aos profissionais prescritores, à adoção de medicamentos genéricos, abuso de propagandas, adequação de currículos dos cursos de formação e orientações aos usuários.
- 5) Desenvolvimento Científico e Tecnológico: serão tomadas medidas estratégicas envolvendo os Ministérios da Saúde, da Educação, de Ciência e Tecnologia e outros relacionados à pesquisa e desenvolvimento.
- 6) Promoção da Produção de Medicamentos: principalmente os constantes da Rename. A estratégia será o melhor aproveitamento dos laboratórios oficiais e nacionais.
- 7) Garantia da Segurança, Eficácia e Qualidade dos Medicamentos: as ações serão coordenadas pela Secretaria de Vigilância Sanitária e os testes de qualidade feitos pela Rede de Laboratórios Analíticos- Certificadores em Saúde (Reblas).
- 8) Desenvolvimento e Capacitação de Recursos Humanos, especialmente voltados para operacionalização da Política Nacional de Saúde.⁵⁷

Além disso, essa Portaria define a responsabilidade de cada esfera no governo no SUS, determinando as competências dos gestores federais, estaduais, distritais e municipais.

2.3 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Deve-se pontuar, de início, algumas situações decorrentes da judicialização da saúde, ou como denomina César Caúla, a Perversa caridade⁵⁸.

Pode-se dizer que a judicialização da saúde privilegia os mais ricos, à medida que são, predominantemente, as pessoas quem têm mais acesso ao Poder Judiciário. Reynaldo Mapelli Júnior afirma que em mais de 60% das demandas, os pacientes que procuram a justiça são clientes de hospitais e clínicas privadas. A fatia privilegiada da população (aquela que tem

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Dispõe sobre Política Nacional de Medicamentos.

⁵⁸ CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. Pg 97.

acesso a bons advogados e a serviços de saúde não disponíveis à maioria) é também a que consegue receber recursos públicos extraordinários e inacessíveis aos mais pobres⁵⁹.

A judicialização prejudica as políticas públicas elaborados pela administração pública. Agrava o (sub)financiamento da saúde.

Elide a discussão técnica e política sobre a eficácia do medicamento, pois há, por parte dos magistrados, uma presunção de boa-fé da prescrição médica. Os juízes confiam demais nos médicos e, muitas vezes, agem de forma irresponsável ao deferir os pedidos sem antes se informar sobre as drogas demandadas, as opções fornecidas pelo Estado para tratar determinada doença e as leis que determinam qual é o papel de cada ente na gestão e no financiamento do SUS.⁶⁰

A judicialização, ainda, drena recursos públicos favorecendo a corrupção pública e privada na medida em que as decisões para serem cumpridas no prazo determinado pelo Poder Judiciários o procedimento de licitação é dispensado, facilitando a possibilidade de corrupção.

E ainda contribui para o gasto indevido em tecnologia, expondo pessoas a experimentos, reduzindo pacientes a objeto de mercado.

A indústria ao apresentar novos fármacos, potencializa as suas qualidades e suas supostas vantagens relativamente a outros medicamentos. Poucas vezes, todavia, é possível discernir, com precisão, para além da propaganda, em que medida o novo medicamento representa acréscimo de efetividade de cura e em que hipóteses essa suposta melhoria de resultados se dá.

Não são raras as hipóteses em que um dado medicamento novo no mercado e de custo mais elevado, passa a ser indicado indistintamente para casos em que se apresente talvez efetivamente necessário e também para hipóteses em que o tratamento com medicação menos custosa seria plenamente viável e eficaz. Muito menos se realiza qualquer tipo de cotejo entre custo (acrescido) e suposto possível benefício, de maneira a se questionar a despesa pública aumentada se justifica em face do grau de necessidade médica e do nível de efetividade do tratamento esperado.⁶¹

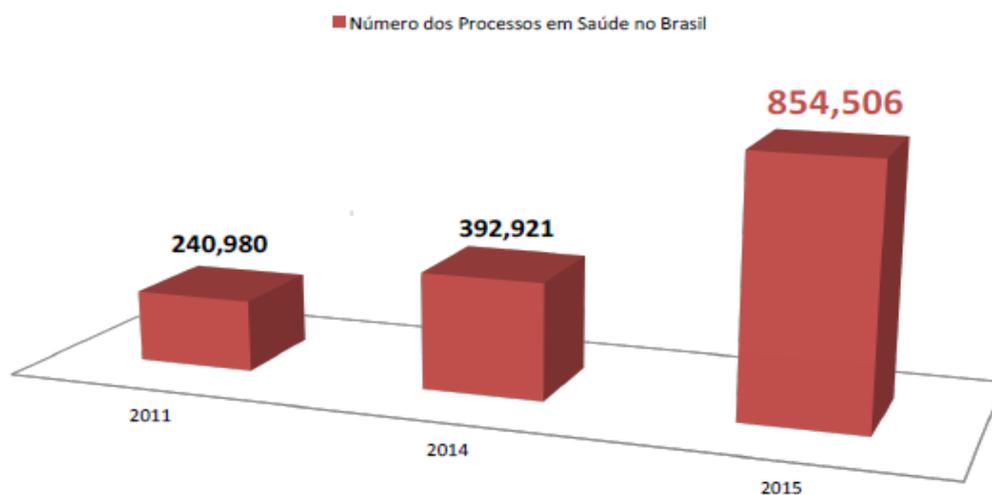
Ainda assim, cada vez mais aceitas nos tribunais brasileiros, as demandas de ações que versam sobre o direito à saúde se multiplicam, em proporções geométricas, causando impactos irreparáveis no orçamento público.

Segundo dados no Conselho Nacional de Justiça o número de processos em saúde no Brasil mais que triplicou desde 2011.

⁵⁹ JUNIOR, Reynaldo Mapelli. **Judicialização da saúde - regime jurídico do sus e intervenção da administração pública** Editora: Atheneu. São Paulo. Edição:1. Ano:2017. p. 42

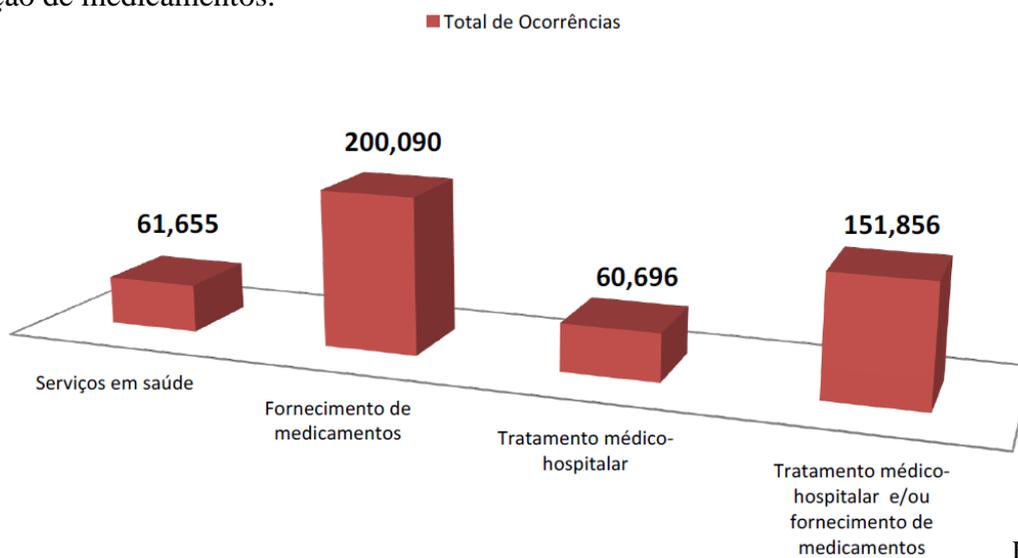
⁶⁰ Idem. p. 43

⁶¹ Idem. op. cit. p. 43



Fonte: CNJ⁶²

Foi demonstrado, ainda, que a maior procura do judiciário nas ações de saúde é para obtenção de medicamentos.



Fonte: CNJ

Ademais, conforme estudo realizado pela Federação Nacional dos Farmacêuticos FENAFAR (texto digital), “os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo **aumentaram mais**

⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum do Judiciário para a Saúde**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 06 dez 2017

de **5.000%** nos últimos seis anos. Foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010”.⁶³

Noticiou o Jornal do Estado do Paraná, a Gazeta do Povo, em 26.10.2010:

No Paraná, R\$ 6 de cada R\$ 10 gastos pelo governo estadual na compra de medicamentos ocorreram por determinação judicial, conforme mostra o Tribunal de Contas do Estado (TCE-PR) no caderno de saúde da análise das Contas do Governador de 2009. Dos R\$ 54,6 milhões usados na aquisição de medicamentos, R\$ 35 milhões – o equivalente a 64% – não constavam, inicialmente, no orçamento previsto pela Secretaria de Estado da Saúde (Sesa). A liberação de medicamentos por interferência da Justiça se tornou fenômeno recorrente no país e foi nominado de “judicialização da saúde”. A proporção de ações – e de gastos – cresce ano após ano.

Para se ter ideia do tamanho da equação, o Paraná gastou cerca de R\$ 15 milhões em medicamentos comprados por ordem da Justiça em 2007. No ano passado, o custo subiu para R\$ 35 milhões, um aumento de 133%. O padrão de crescimento se repete nos números do Ministério da Saúde: de 2003 para 2009, o investimento do governo federal nessa área cresceu quase mil vezes, saindo de R\$ 100 mil para R\$ 159 milhões. Apesar das cifras elevadas, a situação é complexa: quando um cidadão procura a Justiça, em geral o remédio é a única maneira de sobreviver ou manter a qualidade de vida.⁶⁴

Em Pernambuco essa realidade não é diferente. Segundo dados da Secretaria Estadual de Saúde, no ano de 2016 foram gastos mais de **169 milhões de reais** apenas com demandas judiciais envolvendo direito à saúde. Em contrapartida, para manter o Hospital da Restauração, referência em atendimento de urgência e emergência no Norte e Nordeste, no ano de 2016 foram gastos R\$ 84,1 milhões, no programa de combate à Dengue R\$ 10,5 milhões e as despesas de medicamentos fornecidos pelo SUS de acordo com a Política Nacional de Medicamentos, foram gastos R\$ 45,4 milhões.

É notória a exorbitância do gasto com a saúde via demandas judiciais. Verbas que deveriam ser usadas em prol da coletividade, acabam beneficiando uma parcela muito pequena que tem acesso ao Poder Judiciário.

Outro dado alarmante referente à judicialização da saúde no Estado de Pernambuco é a quantidade de procedimentos realizados com o valor gasto, em comparação às políticas públicas que foram previamente definidas. Enquanto as 14 UPAS 24h que existem no Estado de Pernambuco custaram 120 milhões de reais aos cofres públicos para realizar mais de 2 milhões de atendimentos, enquanto o Hospital do Câncer de Pernambuco gastou 109 milhões de reais

⁶³ FENAFAR. **Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. Federação Nacional dos Farmacêuticos**. Disponível em: <<http://www.fenafar.org.br/portal/sus/64-sus/927-gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos.html>>. Acesso em: 07 dez 2017.

⁶⁴ Informação obtida no site: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1061240>>. Acesso em: 07 dez. 2017

para realizar 398 mil atendimentos, enquanto mais de 4,5 milhões de vacinas foram distribuídas à população pelo valor de 79 milhões, a judicialização da saúde custou mais de 169 milhões de reais para realizar apenas 5 mil procedimentos.

É evidente a desproporção e a injustiça causada pelas demandas judiciais que pleiteiam medicamentos, procedimentos cirúrgicos e até leitos de UTI, em detrimento de milhares de pessoas, “furando a fila”, literalmente.

Esta é a Perversa caridade da judicialização da saúde, que não é vislumbrada pelos magistrados nos tribunais brasileiros.

2.4 CONSEQUÊNCIAS DA INTERCESSÃO JUDICIAL

Diante dos dados alarmantes apontados no subcapítulo anterior, é evidente que existe uma grande intervenção judicial no fornecimento de tratamentos médicos, seja com a dispensação gratuita de medicamentos que não constam nas listagens oficiais do Programa Nacional de Medicamentos, seja com a obrigação de internação em leito de UTI ou compelir o ente público a realizar cirurgia específica no âmbito do SUS. Enfim, a intervenção do Poder Judiciário na administração pública sempre traz diversos problemas orçamentários para o Estado e são as consequências dessa intervenção que serão analisadas neste subcapítulo.

Sobre essas consequências é pertinente trazer um trecho de um relatório feito pela Secretaria Estadual de Saúde Pública do Rio Grande do Norte, no sentido de que a judicialização da saúde causaria um colapso no sistema público de saúde, em virtude da violação do orçamento público, que não é levado em consideração nas decisões judiciais.

Não resta dúvida de que o fenômeno da judicialização da saúde pública existe e, se não tratado da maneira adequada, poderá gerar prejuízos, não só aos cidadãos, como também ao Estado, em razão da desestruturação do orçamento público e, até mesmo, diante da possibilidade de um colapso do sistema público de saúde.⁶⁵

E com um judiciário cada vez mais sensível a esse tipo de demanda, as ações de saúde crescem rapidamente, desfalcando ainda mais o orçamento público, que não possui recursos ilimitados, como diversos magistrados parecem crer.

⁶⁵ Informação obtida no site: < <http://www.marconepedro.blogspot.com.br/2014/12/rosalbarcini-deixara-divida-de-r-50.html>>. Acesso em: 07 dez. 2017

Outra consequência da judicialização da saúde é a violação à isonomia, na medida que não se pode priorizar o direito de uma pessoa em relação a outra que também aguarda na fila de espera. Portanto, uma das consequências da intervenção judicial seria a violação ao princípio da igualdade.⁶⁶

Outra questão é a de o Judiciário não respeitar as listas de competência de cada ente federado. Nesse ínterim, quando o Julgador determina que o ente demandado forneça um medicamento que não faz parte de sua responsabilidade, ele sobrecarrega esse ente, pois não está no seu orçamento esse tipo de despesa.

Entretanto, a consequência que vislumbro ser a mais impactante, desta irresponsabilidade do Poder Judiciário com as contas públicas, é que ao determinar o fornecimento de medicamentos caríssimos a apenas um indivíduo o Poder Judiciário está desviando recursos que beneficiariam, em tese, toda a coletividade. Ao fazer isso, o interesse particular estaria se sobrepondo ao coletivo, o que é gravíssimo em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, outro fator a ser analisado é que o fornecimento de medicamento pela via jurisdicional facilita diversas regularidades, como casos de médicos que prescrevem medicamentos e indicam advogados para que o paciente ingresse com pedido judicial.

Além disso a dispensação de medicamentos judicialmente facilita a corrupção e o desvio de dinheiro público, uma vez que quando é determinada a aquisição de medicamentos por via judicial, os gestores públicos fazem mediante dispensa de licitação, o que, conseqüentemente gera facilidades para corrupção.

Outro ponto de importante relevância, ainda na temática de desvio de verbas públicas, ocorre quando há o bloqueio de verbas públicas para aquisição de medicamentos. Na maioria absoluta das vezes que são feitos bloqueios de verbas, o dinheiro é repassado diretamente para o paciente adquirir o medicamento, entretanto, devido a demanda de processos, não é possível o controle tanto pelo Poder Judiciário quanto pela Fazenda Pública de que o medicamento foi realmente comprado.

Portanto, percebe-se que a intervenção do Poder Judiciário para efetivação do direito a saúde gera diversas consequências negativas que nos fazem pensar se seria esta a solução para os problemas encontrados na garantia da saúde.

⁶⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212.

3. DA OBRIGAÇÃO (OU NÃO) DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS FORA DAS LISTA OFICIAIS DO SUS

3.1 A RACIONALIZAÇÃO DA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE DIANTE DO ALTO CUSTO E DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA EFICÁCIA

Um importante viés que precisa ser debatido é a obrigação que o Poder Judiciário impõe ao Estado de fornecer medicamentos que não possuem sua eficácia comprovada e são de altíssimo custo, sem que se tenha certeza do êxito do tratamento, que acaba por trazer gastos infundáveis ao erário. Muitas vezes, a classe médica, mostra ao paciente que existe um remédio/tratamento novo para a patologia, prescrevendo-o sem levar em consideração os estudos clínicos publicados e que tenham comprovação científica. Tais tratamentos que são sem comprovação científica são válidos na busca da cura. Porém, não pode o Poder Público ser coagido a custear tratamentos que não têm eficácia comprovada, até porque, como se disse anteriormente, a Política Nacional de Medicamentos, tem limites.

Nesse sentido orienta o Conselho Nacional De Justiça – CNJ, através de seu Enunciado n.º 50, recentemente aprovado na II Jornada de Direito da Saúde:

50 – Saúde Pública – Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso *off label*. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

Além disto, o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”, adotando, assim, os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que são instrumentos definidores de critérios de diagnóstico de cada doença, revelando o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas doses corretas, bem como os mecanismos de controle, acompanhamento e verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos.

Assim, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas consistem em um instrumento fundamental de gestão e planejamento das ações de saúde pública.

Com isso, por mais que a Constituição preveja o direito à saúde, que é indiscutível, indispensável e indisponível, a distribuição gratuita de medicamentos tem de observar as regras sobre que se baseia a referida Política. Não cabe ao Poder Judiciário interferir e desestabilizar a Política Nacional de Medicamentos, obrigando o Estado ao fornecimento ilimitadamente. O dinheiro público é limitado, tem de ser gasto de forma adequada e, principalmente, racionalizada, sob pena de se inviabilizar todo o sistema de saúde, construído nos últimos anos e que vem sendo, na medida do possível, de grande valia para a diminuição, tratamento e cura de doenças.

Nessa esteira, Canotilho dá uma grande lição sobre a limitação de recursos do poder público com base na Teoria da Reserva do Possível, segundo o qual “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”⁶⁷

Assim, ao determinar o fornecimento de medicamentos, o Poder Judiciário deve se ater às Políticas Públicas de saúde para não causar um prejuízo maior à população em favor de demandas particulares.

3.2 A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A NÃO COBERTURA TOTAL DO ESTADO PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A Constituição de 1988 atribuiu uma série de direitos perante o Estado, sendo alguns direitos negativos e outros positivos. Os direitos negativos são aqueles que implicam a abstenção do Estado em praticar determinada conduta, abstenção de suprimir a liberdade, ou o dever de respeitar a propriedade. Já os direitos positivos são aqueles que exigem determinada prestação positiva e demandam gasto público. Tal circunstância atrelou esses direitos à ideia de que a sua efetivação está subordinada à disponibilidade financeira de recursos públicos. Assim observa Cesar Augusto Guimarães Pereira:

Ao se assegurar o direito à liberdade, p.ex., a Constituição pressupõe a existência de estruturas estatais destinadas a fazê-lo valer coativamente se necessário. De nada adiantaria a afirmação desse direito sem os amplos gastos públicos necessários para a sua implementação. Da mesma forma, garantindo-se o direito de propriedade, impõe-se ao Poder Público a sua defesa frente a outros particulares e a responsabilidade pela violação desse direito pelo próprio Poder Público (p. ex., no caso de indenização por desapropriação ou por danos). A afirmação de que os direitos negativos não têm custo é

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 471.

simplificadora. Por decorrência não é cabível uma distinção absoluta entre as duas categorias quanto à sua implementação.⁶⁸

Assevera o autor que tal entendimento tem sido difundido após a apresentação do estudo de Stephen Holmes e Cass Sunstein⁶⁹, que afirmam que todos os direitos são positivos.

Nesse contexto, teve origem na Alemanha a Teoria da Reserva do Possível, no início dos anos de 1970, a fim de amparar a “limitação dos direitos sociais a prestações materiais de acordo com as capacidades financeiras do Estado, vez que seriam financiados pelos cofres públicos”⁷⁰

Para melhor compreender a ideia da Teoria da Reserva do Possível, é fundamental uma análise doutrinária sobre o tema. Nesse sentido o jurista alemão Alexy leciona:

[...] em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo Razoável da sociedade”.⁷¹

Sarlet e Figueiredo se manifestam no mesmo sentido do predito autor:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (Der Vorbehaltsdes Moglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das

⁶⁸ GUIMARAES, Cesar Augusto. **Usuários de serviços públicos**. Usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 310-311.

⁶⁹ Segundo estes autores, todos os direitos exigem uma prestação do Estado no sentido econômico – todos os direitos têm custo – se não no sentido de realização de prestações sociais fáticas, no sentido de criação de estruturas institucionais que permitam o exercício destes direitos. Como exemplo paradigmático, narram o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, em que o direito de propriedade (tradicionalmente concebido como direito de defesa, ou direito negativo) somente foi assegurado mediante uma atividade prestacional dos poderes públicos, que garantiram as forças necessárias para conter o fogo, e preservar os imóveis em perigo. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 1999. p. 13-14.

⁷⁰ OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. Direito & Justiça, v. 36. n. 1. Porto Alegre, 2010. P. 30 Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/6313>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217: Renovar, 1999. p. 69

decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social e alguém que efetivamente não faça jus o benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador.⁷²

Com esse panorama inicial sobre a reserva do possível, cabe destacar que o judiciário brasileiro analisa dezenas de pedidos de fornecimento de medicamentos diariamente e tais demandas estão obtendo êxito, sob o fundamento de que a Constituição da República estabeleceu que a saúde é direito fundamental a ser perseguido e implementado, conforme previsão dos artigos 6º e 196, entretanto, o excesso de judicialização das políticas públicas tem levado a uma violação a regras e princípios estampados na Constituição da República, por invasão indevida no controle orçamentário ou ainda, e em especial, porque implica em conceder um privilégio ao autor da ação em detrimento da coletividade.

Ao analisar a temática, Luís Roberto Barroso aborda o ponto crucial do debate:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.⁷³

O próprio Supremo Tribunal Federal tem empregado o termo “cláusula da reserva do possível”, tratando-a, portanto, como “elemento externo relevante” na consecução de políticas públicas pelo Poder Judiciário:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da

⁷² SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. p. 29-30. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁷³ Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2018.

jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).⁷⁴

Dessa forma, defende-se que se imponha limites ao Poder Judiciário nas demandas relativas à judicialização das políticas públicas, conforme as doutrinas citadas, em decorrência do altíssimo número de demandas judiciais pleiteando a distribuição gratuita de medicamentos.

Nessa linha, Luís Roberto Barroso propõe que o Poder Judiciário só determine o fornecimento de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; deve-se optar por medicamentos que já estejam nas listas oficiais do SUS; deve-se optar por substâncias disponíveis no Brasil, medicamento genérico, de menor custo; e por fim deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.⁷⁵

Tais critérios, na verdade, reservam a saúde e a vida do próprio jurisdicionado, pois assim o Estado não pode ser constrangido a fornecer medicamentos que não tenham sua eficácia devidamente comprovada, bem como os que não foram aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou ainda indicados para outra finalidade, uma vez que a eficácia e a segurança na ministração desses medicamentos ainda não foram comprovadas.

Assim, em virtude da limitação dos recursos públicos e da consequente impossibilidade de implementação de todos os direitos fundamentais sociais, a Fazenda Pública passou a sustentar, como restrição à intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, a teoria da reserva do possível.

Dessa forma, sabe-se que não é possível satisfazer todos os desejos sociais, razão pela qual o Estado, como administrador dos recursos financeiros, deve promover escolhas acerca de quais necessidades atender prioritariamente. É imperiosa a necessidade de se administrar os recursos públicos de modo mais adequado possível, para atingir o maior bem comum.

Portanto, o princípio da reserva do possível não se trata de um mero jogo argumentativo da Fazenda Pública, mas sim de uma realidade.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de 29 abr. 2004

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

3.3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES NAS LISTAGENS OFICIAIS. LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO A DECISÃO (STA 175) DO STF

O Supremo Tribunal Federal, considerando a importância do direito à saúde como um tema recorrente no judiciário brasileiro, em 17 de março de 2010 exarou importante decisão determinando que os Estado (em sentido amplo) têm obrigação de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Nessa decisão o Relator, Ministro Gilmar Mendes, alegou que a judicialização da saúde ocorre devido à ausência de políticas públicas.

Além disso, a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 do Supremo Tribunal Federal⁷⁶ trouxe algumas limitações quanto à interferência do Judiciário.

Primeiramente cabe ao juiz verificar se existe política estatal (Protocolos Clínicos ou inclusão nas listas) que abranja a prestação pleiteada. Em caso positivo, não há dúvidas quanto ao direito do autor. Porém, em caso negativo, deve-se passar para a seguinte fase.

A segunda diz respeito à causa da inexistência da política, verificando, assim, se ela decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão de não fornecer a prestação pleiteada, ou de vedação legal. No caso da última hipótese, o autor não tem direito. Um exemplo é dos medicamentos experimentais, ou seja, medicamento de uso *off label* (não registrados na ANVISA).

Caso a ausência de política pública for uma opção do administrador ter-se-á duas opções. Uma delas é o SUS fornecer tratamento alternativo, mas não adequado àquela patologia. O entendimento é que se deve privilegiar os Protocolos Clínicos, mas pode o juiz determinar o contrário se o autor comprovar que o tratamento alternativo não é eficaz para seu caso. A outra é o SUS não ter tratamento específico para aquela doença, quando, então, devemos passar para a última fase.

Na quarta etapa, não havendo tratamento específico para a patologia que acomete o autor, existem duas possibilidades: ou trata-se de tratamento puramente experimental, quando o Estado não pode fornecê-lo, ou se está diante de novos tratamentos ainda não incorporados

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em 08 dez 2017.

pelo SUS. Assim, no caso de omissão administrativa, pode ser fornecido o fármaco, mas deve haver uma ampla instrução processual.

Verifica-se que deve prevalecer o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde sobre que a opção escolhida pelo paciente. Entretanto essa posição não é seguida pelos tribunais brasileiros que determinam o fornecimento de medicamentos mesmo o SUS possuindo um protocolo específico para determinada doença!

CONCLUSÃO

A judicialização da saúde tem sido um caminho utilizado pelo cidadão em busca da efetividade ao que foi preconizado na Constituição Federal de 1988. O direito à vida, tanto em seu aspecto objetivo quanto subjetivo, é um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil. Assim, a partir do referido princípio, foram estabelecidos os direitos fundamentais, os quais se encontram garantidos na Carta Magna, dentre eles o direito à vida e o direito social à saúde (o qual foi elevado à esfera de direito fundamental).

Conforme o artigo 196 da CF/88, é direito de todos e dever do Estado a promoção, proteção e recuperação da saúde. Desse modo, fundamental se faz destacar a importância de tal direito, tendo em vista que está diretamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, como um direito fundamental, o Estado tem o dever de garanti-lo dando-lhes efetividade através de políticas públicas. Para tanto, criou com art. 198 da Constituição Federal o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual participam de maneira conjunta todas as unidades da federação, sendo financiado por toda a sociedade, de forma direta ou indireta.

O referido sistema único tem por princípios informadores a universalidade, a integralidade e o princípio da igualdade nas ações e serviços de saúde, além de outros princípios específicos do SUS que foram elencados em outras disposições constitucionais e na própria Lei Orgânica do SUS, tais como o princípio que faculta o administrado a eleger opções diagnósticas e terapêuticas; o princípio da unicidade; da participação popular; princípio da solidariedade no financiamento, ou da diversidade da base de financiamento; princípio da vinculação dos recursos orçamentários; princípio da ressarcibilidade ao SUS; princípio da prevenção e precaução;; princípio do não-retrocesso; da beneficência e da justiça.

Ainda com o escopo de dar efetividade ao direito à saúde, o Estado, através de políticas públicas, estabeleceu a Política Nacional de Saúde e, como parte crucial dessa, a Política nacional de Medicamentos, a qual regulamenta a questão do fornecimento de medicamentos gratuito pelo Poder Público. Ainda, restou estabelecida uma distribuição de competências e eleição de prioridades, em virtude da imensa gama de indivíduos a serem atendidos.

A Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria GM/MS nº 3.916/98, determina que os entes federados, ao prestarem o atendimento à saúde, obedeçam estritamente às diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Saúde, sendo este o responsável por elaborar e atualizar a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), listando quais os

fármacos que podem ser fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde, observando-se, ainda, uma competência específica para o Município, para o Estado e para a União.

Entretanto, apesar dos esforços demandados pelos Poderes Executivo e Legislativo, no intuito de padronizar e dar maior efetividade à Política Nacional de Saúde, como já foi exaustivamente demonstrado nesta monografia, a jurisprudência insiste no entendimento no sentido de que o atendimento à saúde deve ser prestado independentemente da competência administrativa estabelecida pelas normas infraconstitucionais, prejudicando o sistema como um todo.

Ocorre que essa judicialização desenfreada traz mais malefícios que benefícios para a população em geral, pois a judicialização beneficia um indivíduo particular em detrimento de toda população, obrigando o Estado a fornecer medicamentos, muitas vezes de altíssimo custo, por tempo indeterminado, sem saber qual o real benefício que o fármaco irá trazer para a vida do paciente.

Assim, conclui-se com a presente pesquisa que o Poder judiciário só pode determinar o fornecimento de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos, deve-se optar por medicamentos que já estejam nas listas oficiais do SUS, deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil, medicamento genérico, de menor custo e por fim deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217: Renovar, 1999.

ALVES, Marcelo. **O Lugar do Direito na Política**. In: SANTOS, Rogério Dutra (org.). **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 37

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004. IV, 1, 1288 b 21.

BARROSO, Luis R. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 78

BARROSO, Luis R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. p 3. Acesso em 05 dezembro 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luis R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em < http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. p 1. Acesso em 05 dezembro 2017

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3oMundialdaSa%C3%BAde/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saudeomswho.html>>. Acesso em: 21. Jun.2017.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 5.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum do Judiciário para a Saúde**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 06 dez 2017

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AG. REG 322348 / SC - Santa Catarina, AG.REG. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**: 6 dez. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, STA 175 – AgR/CE , Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgado em 17.03.2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar**. Brasília: [s.n.], 2008. 288 p. Disponível em <<http://bdt.d.bce.unb.br/tesdesimplificado/tdebusca/arquivo.php?codArquivo=38d14>>. Acesso em 13 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, José N. de; LINO, Graziela de C.; VIEIRA, Karina M. C. Fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município – Obrigatoriedade – Município em solidariedade com o Estado – Observância da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90. **Revista Brasileira de Direito Municipal**: RBDM, Belo Horizonte. v. 9. n. 29. 2008.

CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil**. Salvador: Jus Podivm, 2010.

FENAFAR. **Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. Federação Nacional dos Farmacêuticos**. Disponível em: <<http://www.fenafar.org.br/portal/sus/64-sus/927-gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos.html>>. Acesso em: 07 dez 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

FINKELMAN, J. **Caminhos da saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi 2012 Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 06 dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARAES, Cesar Augusto. **Usuários de serviços públicos**. Usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva. 2006

JUNIOR, Reynaldo Mapelli. **Judicialização da saúde - regime jurídico do sus e intervenção da administração pública** Editora: Atheneu. São Paulo. Edição:1. Ano:2017.

MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008.

MARTINS, André Amorim. **A integralidade nas políticas públicas de saúde brasileira**. 2006. 38 f. Monografia –Instituto de Psicologia, Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.Disponível em: <<http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/63.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**, São Paulo, Difusão Européia do livro, 1962, 1.v.

NICOLA Abbagnano. **Dicionário de filosofia**. São Paulo. Martins Fontes, 2007

NUNES, Edson (org). **A Saúde como direito e como serviço**. São Paulo: Cortez, 1991.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. Direito & Justiça, v. 36. n. 1. Porto Alegre, 2010. P. 30 Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/6313>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

ORDACGY, André da S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em: 05 dez. 2017.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. DIREITO E SISTEMAS PÚBLICOS DE SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. **Novos Estudos Jurídicos -Revista com conceito A2 no Qualis Direito CAPES**, v. 15, n. 3. abr. 2011

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Magalhães D. **A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526> Acesso em: 06 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998,

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, p. 2, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos; JÚNIOR, Faustino Rosa. Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial? In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 24ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1.