



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO CONSTITUCIONAL**

ARUZA ALBUQUERQUE DE MACEDO

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE
DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL DO CEARÁ**

FORTALEZA

2017

ARUZA ALBUQUERQUE DE MACEDO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO
ESTADUAL DO CEARÁ

Monografia apresentada ao Curso Pós-
graduação em Direito e Processo
Constitucional, como requisito parcial para
obtenção do grau de especialista.

Professora Orientadora: Ms. Denise dos
Santos Vasconcelos Silva

FORTALEZA
2017

ARUZA ALBUQUERQUE DE MACEDO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO
ESTADUAL DO CEARÁ

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito e Processo Constitucional, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista.

Data da aprovação: Fortaleza, 14 de 11 de 17.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ms. Denise dos Santos Vasconcelos Silva (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. Brena Késsia Simplício do Bonfim
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Esp. Rafael Vieira de Alencar
Universidade Federal do Ceará (UFC)

“Curar quando possível; aliviar quando necessário; consolar sempre”.

Hipócrates

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade analisar a atuação dos juízes estaduais do Ceará a partir de decisões relativas à efetivação da prestação dos direitos sociais, em especial, a promoção material do direito fundamental à saúde. O presente estudo traz breve abordagem acerca dos direitos fundamentais sociais, alcançando sua previsão no texto constitucional brasileiro de 1988. Ainda, discorre-se sobre políticas públicas, discorrendo, especificamente, a maior política pública brasileira, o Sistema Único de Saúde, tecendo comentários acerca dos dispositivos que regem o programa, como a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde). Temas como mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível também serão abordados. Por oportuno, aprofunda-se a pesquisa acerca da judicialização da saúde, expondo alguns parâmetros para atuação judicial e possíveis alternativas para redução do excesso de processos que objetivam a concretização do direito à saúde. Adiante, o ensaio reserva espaço para exibir e avaliar decisões judiciais prolatadas pela Justiça estadual cearense que tratam de questões relevantes acerca do direito sanitário. A relevância do tema se encontra na concretização do direito à saúde através do Poder Judiciário, sem transpor os limites de atuação do poder público, buscando o equilíbrio entre a prestação da tutela jurisdicional e o orçamento público.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Judicialização da saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível. Decisão judicial.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the performance of the state judges of Ceará based on decisions regarding the effectiveness of the provision of social rights, especially, the material promotion of the fundamental right to health. This study provides brief overview about the fundamental social rights, reaching its prediction in the Brazilian constitutional text of 1988. Also, public policies are discussed, specifically dealing with the largest Brazilian public policy, the Unified Health System, commenting on of the devices that govern the program, such as Law 8.080/90 (Organic Health Law). Themes as existential minimum and the possible reserve clause will also be addressed. Timely, research on the judicialization of health is deepened, exposing some parameters for judicial action and possible alternatives for reducing the excess of processes that aim at the realization of the right to health. Later, the article reserves space to view and evaluate court decisions rendered by the state court of Ceará that deal with relevant issues about health law. The relevance of this issue is in the realization of the right to health through the judiciary, without transposing the limits of public power, seeking a balance between the provision of legal protection and the public budget.

Palavras-chave: fundamental right to health; judicialization of health; minimum existential; reservation of the possible; Judicial decision.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DIREITO SOCIAL À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS	10
2.1 Direitos fundamentais sociais	10
2.2 Direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988	15
2.3 Política pública e Sistema Único de Saúde – SUS	20
3. DIREITO À SAÚDE EM JUÍZO	25
3.1 O papel do juiz na judicialização da saúde	31
3.1.1 Garantia ao mínimo de efetividade do direito à saúde	33
3.1.2 Observância à reserva do possível	34
3.2 Alternativas para adequada atuação judicial	35
4. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE	38
4.1 Internação em leito de UTI	38
4.2 Assistência farmacêutica	42
4.3 Medicamento de alto custo	45
5. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tratou da judicialização do direito fundamental à saúde, abordando, especificamente, os critérios de atuação dos juízes nas demandas judiciais referentes à prestação material da saúde, e possíveis limites do ativismo judicial nas questões desta natureza.

O trabalho discutiu o acesso aos tribunais como forma de exercício de cidadania e efetivação do direito fundamental à saúde, os parâmetros da atuação judicial, dentre outras abordagens relevantes para a contribuição do objeto tratado nesta pesquisa.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços no que se refere à preservação e efetivação da dignidade da pessoa humana, principalmente, dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à saúde. Para tanto, foram previstos mecanismos e instituições que visam garantir ao cidadão os seus direitos, independentemente das condições materiais que possuam.

No entanto, embora a prestação material da saúde pelo Estado seja considerado direito fundamental e tenha eficácia jurídica e aplicação imediata, sua efetivação é bastante controvertida, tendo em vista os milhares de pedidos administrativos não atendidos, as diversas ações que tem por objeto a satisfação de tal garantia e a situação notória de dificuldade que a população brasileira passa para realizar consultas médicas, ter medicamento ou acesso à internação em hospitais públicos, sob pretexto de escassez de recursos ou medidas de gestão.

No intuito de cumprir o que dispõe a Constituição Federal e reduzir as adversidades que o povo experimenta, é assegurado a todo cidadão o acesso ao Poder Judiciário para solução do conflito, pois, por se tratar de preceito fundamental, o direito à saúde pode ter sua efetivação consagrada através da seara judicial, em respeito ao exposto no artigo 5º, inciso XXXV da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, bem como ao §1º do mesmo dispositivo, que diz “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A promoção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, especialmente, em relação ao direito à saúde, permanece causando grandes discussões acadêmicas e de ordem prática que visam minimizar a solução do

problema, sendo suscitados diversos entendimentos acerca dos critérios de atuação do juiz na judicialização da saúde e dos seus limites para julgar escolhas políticas dos gestores.

A escolha do tema se justifica pela importância que o Poder Judiciário tem na efetivação dos direitos fundamentais face a inércia do poder público em atender às necessidades dos indivíduos, resguardada a preservação da dignidade da pessoa humana, através do alcance da prestação material do direito à saúde.

O trabalho é iniciado com breves considerações acerca dos direitos fundamentais sociais, seu conceito, inserção em documentos oficiais no mundo, quando se alcança sua inclusão no texto constitucional brasileiro atual. No momento que se chega a Carta Magna de 1988, procurou-se esmiuçar o que foi reservado às garantias fundamentais, em especial, ao direito à saúde. Neste capítulo, discorreu-se sobre o direito à saúde na Constituição de 1988, comentando de maneira sucinta os artigos reservados ao assunto.

Em seguida, é apresentado um esboço do que são políticas públicas, a partir da abordagem acerca da maior política pública brasileira, o Sistema Único de Saúde. Ainda, comenta-se sobre os artigos Lei 8.080/90 (Lei do SUS), destacando aqueles que, de algum modo, contribuem para melhor entender a saúde que o legislador buscou resguardar e efetivar.

No capítulo seguinte, a discussão restou centralizada na judicialização do direito à saúde. Através de argumentos doutrinários, analisou-se a atuação dos juízes nas demandas sanitárias que, por via reflexa, promove os preceitos constitucionais por meio de decisões judiciais. Adiante, apresentou-se possíveis alternativas para melhor prestação da atividade judicial em favor da efetivação do direito fundamental à saúde.

Em outro momento, no intuito de demonstrar a atuação do Poder Judiciário cearense, exaltando a relevância prática do assunto examinado no presente trabalho, o último capítulo foi reservado ao exame de decisões judiciais que envolvem o direito à saúde. Aqui, foi exposto, de forma sucinta, o conteúdo de sentenças e sua relação com o conteúdo apresentado neste estudo.

Por derradeiro, realizou-se a conclusão em relação à discussão apresentada, expondo os critérios a serem observados na atuação do Poder Judiciário quanto às demandas sanitárias, visto que existem limites para o ativismo judicial, devendo ser observado o caso concreto. Ainda, destacou-se a necessidade

de alternativas para a melhor prestação jurisdicional acerca do assunto, no intuito de assegurar à promoção racional do direito à saúde e evitar o excesso de judicialização.

A monografia foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas obras pertinentes ao assunto proposto, além da pesquisa *online*. Houve seleção e estudo de bibliografias, dedicando-se leitura às obras relacionadas à discussão levantada pelo trabalho científico, em especial, daquelas que dizem respeito aos direitos fundamentais sociais, políticas públicas, direito à saúde, judicialização da saúde e Poder Judiciário. O material bibliográfico utilizado para a pesquisa foi coletado junto às obras adquiridas em caráter particular e aquelas disponíveis em bibliotecas, bem como aos textos dispostos na rede mundial de computadores – *Internet*.

2. DIREITO SOCIAL À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS

No presente capítulo, tratar-se-á dos direitos fundamentais sociais, em especial, do direito à saúde, e sobre políticas públicas, as ações governamentais que visam promover os ideais constitucionais.

O direito à saúde garantido pela Constituição Federal que determina sua efetivação através da ação do Estado que, em via de regra, ocorre por meio de políticas públicas.

2.1 Direitos fundamentais sociais

Em respeito à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pelo parlamento francês no ano de 1789, os direitos fundamentais foram concebidos como meio de prestar ao cidadão o mínimo de dignidade e reduzir a desigualdade social existente.

Na definição de Moraes (2004, p. 26), os direitos fundamentais são:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Ainda acerca do seu conceito, Lima (2008, p. 20) os caracteriza como:

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

O autor ainda relaciona a normatização destes direitos com a realização da democracia, aduzindo que: [...] foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e a limitação do poder estatal (2008, p. 39).

Convém recordar que a democracia foi essencial à positivação de tais garantias, vez que permitiu ao cidadão gozar de maior liberdade e participação na vida social de seu país. Podendo, com isso, buscar a efetivação dos seus direitos mesmo contra o próprio Estado.

Durante o século XIX, o mundo é surpreendido com movimentos revolucionários, em destaque, teve-se a Revolução Industrial. Onde, de um lado, trouxe o desenvolvimento econômico, uma reviravolta nos meios e métodos de produção. Do outro, sacrificou a classe trabalhadora que se submetia a condições tidas como subumanas.

A Revolução Francesa, inspirada pelos ideais iluministas: liberdade, igualdade e fraternidade, ilustrou os direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles que estão associados ao conceito de liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos ou direitos de defesa, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2007, p. 564). Enquanto, a Revolução Industrial foi palco para os direitos de segunda dimensão, ou seja, aqueles ligados à defesa do proletariado foram consagrados como resposta à situação opressiva pela qual se submetia.

Os direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, ainda que tenham se fortalecido durante o século XIX, por ocasião das lutas dos movimentos sociais com greves e mortes, o que ficou mais evidenciado com a Revolução Industrial, eles só passaram a ser plenamente exigíveis a partir do século XX, com o pós-guerra, quando foram incluídos formalmente nas Constituições mundo a fora. As normas definidoras dos direitos sociais foram inicialmente incluídas nos textos da Constituição Mexicana em 1917, na Declaração russa em 1918, Tratado de Versalhes e Constituição de Weimar em 1919.

Diante do cenário de sacrifícios e violação da condição humana, a criação do Estado Social se fazia necessária, pois era ascendente a desigualdade social entre os povos, devido ao crescente desenvolvimento industrial pelo qual o mundo passava, onde se utilizava da mão-de-obra barata, com a grande oferta de indivíduos para trabalhar a qualquer preço, o que permitia aos patrões determinar as regras e condições de trabalho. Evidenciado o quadro de abismo social, o Poder Executivo ampliou suas atribuições e passou a ter importante papel na vida em sociedade. O *Welfare State* buscava superar a mera exigência da igualdade formal, a fim de garantir aos cidadãos direitos sociais através de políticas públicas.

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, os direitos fundamentais sociais têm um grau de complexidade elevado quanto a sua efetivação, visto que necessitam, em tese, de uma atuação positiva do poder público para a sua concretização. Neste contexto, para Sarlet (2006, p. 57):

[...] a segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Tais garantias estão relacionadas ao bem estar dos indivíduos. Com isso, deve o Estado e a sociedade buscarem o respeito e a promoção destes direitos, tanto na sua dimensão positiva, como negativa (MATEUS, 2008, p. 45).

O reconhecimento destes direitos foi plano de fundo para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, já consagrada pelos franceses, que ganhou *status* internacional com sua aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, e para Bobbio (1992, p. 26) essa foi “a única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade”.

Em 1966, os direitos de segunda dimensão foram disciplinados em um único documento, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A norma foi adotada pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas. O pacto abrangeu um rol mais extenso de direitos que os elencados na Declaração Universal. O Brasil promulgou esse diploma, através do Decreto nº 591, em 1992.

O país acompanhou a tendência mundial em relação ao prestígio reservado aos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 trouxe essa novidade. Em seu preâmbulo, o texto constitucional dita que a finalidade desta República é a instituição do Estado Democrático de Direito, posteriormente, elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigos 1º ao 4º) e os direitos e garantias fundamentais (artigos 5º ao 17). O constituinte os considerou cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º) e, ainda, impôs aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conforme aduz o § 1º do artigo 5º. O § 2º do mesmo dispositivo prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O texto constitucional de 1988, em razão do seu conteúdo, simbolizou o fim do regime ditatorial, de grandes restrições pelo qual o Brasil passou por quase 30 anos e o início de uma era de liberdades (política, social e de expressão).

Naquele momento, os valores democráticos ressurgiram. A Constituição Federal não só proclamou os direitos fundamentais ao lhe dar importância formal, como procurou exaltá-los na intenção de concretizá-los. A este respeito, Barroso (2008, p. 41) destaca:

[...] é inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país.

A evolução dos direitos fundamentais se deu através de lutas e conquistas alcançadas pelos indivíduos. Com isso, possibilitou-se a criação de instituições e mecanismos que coibissem a opressão do Estado e de particulares sobre outros cidadãos, buscando o pleno desenvolvimento da sociedade como um conjunto. A instituição do Estado Democrático de Direito teve importante papel no desenvolvimento da sociedade brasileira.

O regime democrático representou uma abertura à participação do cidadão de forma mais efetiva na vida política e social do país, permitindo um equilíbrio entre os modelos de Estado vividos anteriormente, liberal e social. Há uma associação entre o direito e a democracia, uma nova estrutura que legitima o povo como titular do poder e exalta o direito como meio de dar segurança a ordem nacional.

O texto constitucional ilustrou esse novo modelo de organização do Estado, a democracia e os direitos fundamentais são os sustentáculos dessa novidade que deixa para trás o velho liberalismo e o intervencionismo social superficial. A partir daí, houve uma nova interpretação que motiva a legitimidade da justiça constitucional (VIDAL, 2009, p. 37). Entretanto, decorridas quase três décadas da articulação entre esses dois elementos, são evidentes os conflitos.

A aplicação imediata dos direitos sociais preconizada pelo texto constitucional, não é assegurada pelo poder público. A previsão constitucional, ainda hoje, apresenta-se como mera declaração de cunho idealista, o que colabora com o tão temido retrocesso afastado com a chegada do Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm *status* de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana)

(LIMA, 2008, p. 174). A dignidade da pessoa humana é tida como fundamentalidade e fundamento dos direitos sociais, pois a mesma representa o maior valor vinculante de toda ordem jurídica. Mateus (2008, p. 58), analisando a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, afirma que “não é crível admitir-se, com algum grau de fidelidade aos ditames constitucionais brasileiros, que os direitos sociais não sejam também materialmente fundamentais”.

A dupla fundamentalidade dos direitos sociais, segundo Sarlet (2007) deve ser assim compreendida:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também à saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas 'cláusulas pétreas') da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1º da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e particulares.

Como visto, os direitos sociais podem ser reivindicados, pois estão expressamente garantidos na Constituição Federal, não sendo sua efetivação apenas generosidade do Estado. A um só tempo, são direitos subjetivos e objetivos. Enquanto direitos subjetivos, estes podem ser exigíveis, devendo o Estado realizar condutas para o alcance de certos fins de forma eficiente e organizada. Na sua dimensão objetiva, estes são base do ordenamento jurídico do Estado brasileiro. As normas definidoras de direitos sociais são, inclusive, cláusulas pétreas.

A este respeito, Lima (2008, p. 51) diz que “[...] [os direitos fundamentais] impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício de liberdade”. Ainda neste sentido, Silva, J. (2006, p. 286) leciona:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Apesar da maioria dos direitos sociais possuírem algum caráter programático, não lhes pode ser retirada a condição de normas mandamentais,

impositivas. Do mesmo modo, não se pode considerar que tais direitos são apenas de cunho prestacional, vez que estes podem se apresentar como direitos de defesa.

O desiderato dos direitos sociais, como direito de prestação, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser considerados naquilo que se denominou de *status positivus socialis* (SARLET, 2006, p. 297). No entanto, a discussão abordada no presente estudo se restringe aos direitos sociais prestacionais, especificamente, o direito à saúde.

2.2 Direito fundamental à saúde na Constituição de 1988

Nos termos que prevê a Constituição, cumpre ao poder público prestar serviços básicos ao cidadão, devendo-lhe serem fornecidos os mecanismos necessários, através de ações governamentais, que assegurem à efetivação dos direitos fundamentais disposto no texto constitucional. A propósito disso, Oliveira (2008, p. 64) ensina “quando a Constituição Federal estabelece que à União compete cuidar de determinado assunto, cria um dever, no sentido de que esta passa a estar obrigada a fazer determinada atividade”.

O texto trouxe grandes avanços no que refere à preservação e efetivação da dignidade da pessoa humana, principalmente, dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à saúde. No entanto, embora a prestação material da saúde (pelo Estado), seja considerada direito fundamental e tenha eficácia jurídica e aplicação imediata, sua efetivação é bastante enfraquecida, tendo em vista os milhares de pedidos administrativos não atendidos. No cenário de necessidade e carência da população de ter seus direitos efetivados, através da prestação material daquilo que o cidadão busca, é que devem ser elaboradas políticas públicas adequadas e eficientes com vistas a consagrar os anseios constitucionais de que a saúde deve ser assegurada a todos.

A Carta Magna reservou espaço especial para cuidar do direito à saúde. O texto constitucional de 1988, ou seja, há quase 30 anos, buscava um Estado intervencionista como forma de assegurar a democracia na sociedade, visando combater as desigualdades sociais existentes.

Ao interpretar o artigo 196 da Constituição Federal que trata especificamente do direito à saúde, Muraro (2012, p. 07) dispôs:

Em pronunciamentos reiterados, o Poder Judiciário, até mesmo os Tribunais Superiores, entenderam de que o artigo 196, da Constituição Federal, constitui um mandamento imperativo de caráter amplo que objetiva resguardar a saúde do indivíduo. Ou seja, o Estado é obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento, tratamento e procedimento comprovadamente necessário para a manutenção da saúde do indivíduo, independentemente, por exemplo, de estar incluído na lista dos remédios adquiridos e distribuídos pelo Sistema Único de Saúde.

Da leitura da Constituição, conforme diz o autor, a prestação do direito à saúde é um mandato imperativo, cabendo aos gestores fornecer os meios de proteção e exaltação do princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortalecendo essa afirmativa, Barcellos (2008, p. 223) diz que:

[...] a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.

A Constituição reproduz o ideário de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e caso suas normas não sejam concretizadas, ela deixa de possuir qualquer significado prático. Possibilitar a exigibilidade de um dado direito constitucional é dar força jurídica ao texto da Lei Fundamental, e tal garantia é uma forma de exaltação a democracia. Nos dizeres de Meireles (2008, p. 88), tem-se que:

Direitos sociais são aqueles direitos advindos com a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio de sociedade seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos; são direitos que têm por escopo garantir que a liberdade e a igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercitar por completo a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana.

A Constituição de 1988 introduziu um capítulo próprio dentro do Título II, onde, entre os artigos 6º a 11, distribuiu os direitos sociais. Acerca da importância dada pelo constituinte aos direitos sociais, Severo e Rosa Júnior (2007, p. 69) afirmam que:

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 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.

No artigo 6º estão elencados os direitos sociais, dentre os quais, encontra-se a saúde, que é incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais e por todo o texto constitucional é contemplada. Como por exemplo, nos artigos 6º (*caput*), 7º (incisos IV e XXII), 22, 23 (inciso II), 24 (inciso XII), 30 (inciso VII), 34 (inciso VII, alínea e), 35 (inciso III), 40, 167 (inciso IV), 170, 182, 197, 198, 199, 200, 201, 208 (inciso VII), 212, 220 (§ 3º, inciso II), 225, 227, 230, 231. Está também presente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em seus artigos 17, 53, 55, 71, 74, 75.

A saúde que o legislador originário tentou preservar abrange o controle da ausência de doenças, a saúde preventiva e curativa. Para sua efetivação, é necessária a elaboração de políticas públicas que envolvem aspectos relacionados à alimentação, higiene e ao meio ambiente saudável, no intuito de garantir as condições mínimas ao cidadão de, especialmente, ao economicamente carente.

O direito fundamental à saúde como dever do Estado, obriga ao administrador/legislador definir as ações a serem realizadas para concretização da disposição constitucional. Tal obrigação é tratada por Ciarlini (2013, p. 29) nos seguintes termos:

Não se pode negar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como de garantir à população 'o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde'.

Nos termos da Organização Mundial da Saúde (1946), o conceito de saúde supera a condição de ausência de doença e estabelece que:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde é um direito internacionalmente reconhecido, e, como visto, tem sua previsão constitucional no artigo 6º que assim dispõe: São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

No artigo 7º, a redação trata dos direitos dos trabalhadores e em seu

inciso IV, ela diz que o salário mínimo deve atender as necessidades básicas dos trabalhadores, inclusive a saúde, o inciso XXII, do mesmo dispositivo, também contempla tal direito.

Os artigos 22 e 23 tratam da competência relacionada ao direito à saúde. A Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente aos três entes da Federação (artigo 24, inciso XII). Sendo a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios competentes neste tocante, é necessário que haja cooperação entre eles (artigo 23, § único). A competência para o seu cuidado é comum dos entes federados, mas isso não significa que haverá superposição entre a atuação destes, pois isto poderia acarretar na mobilização confusa dos entes para a realização das mesmas ações.

Está disposto no artigo 30, inciso VII, que caberá aos Municípios prestar serviços de atendimento à saúde do cidadão, entretanto, deverão ter a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Quando não prestado o mínimo exigido de serviço público de saúde pelos Estados e Distrito Federal, decorrente da receita arrecada de impostos estaduais, a União poderá intervir, essa intervenção é garantida pelo artigo 34, inciso VII, alínea “e”. A Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, acrescentou a alínea “e” a redação deste inciso, bem como alterou o inciso III do artigo seguinte, que diz ser possível a intervenção do Estado, nos Municípios quando não aplicado, da mesma forma que o artigo anterior, a receita em serviço público de saúde.

Para tornar viável o cumprimento da EC 29/00, fora estabelecido um período de transição até 2004. A finalidade desta alteração constitucional era definir a forma de financiamento da política pública de saúde de maneira vinculada à receita tributária. O orçamento destinado à saúde deve ser anualmente corrigido de acordo com a variação do PIB.

Por força da Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro de 2003, o artigo 167, inciso IV, foi modificado, cuja previsão dispõe: é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, quando destinados os recursos a as ações e serviços públicos de saúde.

Conforme já citado, a Constituição ainda prevê em outros artigos a proteção à saúde. Porém, dar-se-á um salto no texto constitucional, chegando ao Título VIII, Capítulo II, Seção II, onde estão os dispositivos que cuidam precisamente do direito à saúde.

A redação do artigo 196 trata da saúde, como um direito do cidadão e um dever a ser prestado pelo Estado. Pelo que dispõe o artigo, resta comprovado que o constituinte buscou um amparo especial ao referido direito e incumbiu ao Estado a sua prestação. Com isso, em via de regra, é obrigação do ente administrativo garantir ao cidadão esse direito. Nesse sentido, adverte Sarlet (2006, p. 341):

[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera).

Ao analisar o artigo 196, Schwartz (2001, p. 97) observa:

[...] 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.

Já o artigo 197, aponta que é de relevância pública as ações e os serviços de saúde, e que cabe ao poder público, nos termos da lei, dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle. Ainda segundo a redação do artigo, a execução destas ações e serviços deve dar diretamente ou por terceiros, ou ainda por pessoa física ou jurídica do setor privado.

Em complemento ao dispositivo anterior, o artigo 198 remete a estruturação geral do Sistema Único de Saúde, o artigo dispõe sobre as diretrizes das ações e serviços públicos de saúde, quais sejam: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo (inciso I); atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (inciso II); participação da comunidade (inciso III). Por derradeiro, a norma diz que o SUS será financiado pelo orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem excluir outras fontes.

O artigo 199 possibilita que o setor privado preste assistência à saúde em caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio. O § 1º reserva preferência para essa prestação, às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos; o § 2º veda a destinação de recursos públicos às instituições com fins lucrativos; o § 3º, também veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo as exceções previstas

em lei; o § 4º resguarda a lei, a regulamentação dos requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos, substâncias humanas para transplante e etc.

Estão enumeradas no artigo 200 as atribuições do Sistema Único de Saúde, quais sejam: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (inciso I); executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde (inciso III); participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (inciso IV); incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico (inciso V); fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano (inciso VI); participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos (inciso VII); colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII).

Percebe-se que muitos são os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, o que resta demonstrado a intenção do constituinte em proteger e concretizar este preceito fundamental.

O direito à saúde, por previsão expressa na Constituição é considerado um dever do Estado, a ele cabe, em regra, sua prestação. Isso ocorre por meio de decisões de cunho político, onde o administrador/legislador é que escolhe aquilo que melhor atende aos interesses sociais, pois podem surgir demandas em que o cidadão requer o que lhe julga de direito, porém não fora essa a decisão política realizada.

2.3 Política pública e Sistema Único de Saúde - SUS

De certo, importa consignar que nem todas as necessidades que os cidadãos carecem podem ser consideradas como públicas e, dessa forma, encontra-se controvertida a obrigatoriedade do Estado quanto a sua prestação através do que se denominou intitular de políticas públicas.

É grande a discussão acerca dos limites de atuação estatal para efetivação do direito à saúde, pois, considera-se que o cidadão não pode pleitear demandas irrazoáveis incapazes de serem prestadas pelo poder público. Mas, se tal

conclusão for tida como absoluta, inviável também se torna, em alguns casos, a promoção das garantias fundamentais.

As necessidades públicas são anônimas, embora possam alcançar apenas uma parcela da comunidade. O que vale é que haja uma decisão política que se juridicize com a inserção dos interesses em norma jurídica, seja de nível constitucional, seja de nível de infraconstitucional. Não pode haver, diga-se de passagem, qualquer atuação do Estado sem que insito esteja o interesse público. (OLIVEIRA, 2008, p. 65).

Política pública deve ser compreendida como a atividade realizada pelo governante de criação e execução de ações e programas que visam atender às necessidades sociais. Tratam-se, na realidade, de escolhas políticas a serem realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo em prol da população. A definição de políticas públicas pode ser extraída das palavras de Appio (2008, p. 136), veja-se:

[...] [são] instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo como escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

Por esta leitura, pode-se vislumbrar a relação destes programas com os direitos sociais, uma vez que é por meio das ações governamentais que se resguarda, por exemplo, o direito à saúde, quando há o fornecimento gratuito de vacinas, atendimento médico básico e etc. É através das políticas elaboradas que são traçados objetivos e alcançadas as metas essenciais para a concretude dos valores estabelecidos na Constituição Federal.

A saúde pública no Brasil antes da Constituição de 1988 se restringia à prestação de serviços básicos ou tratamento de algumas doenças, os quais eram fornecidos pelo Ministério da Saúde aos indigentes, ou seja, aqueles que não tinham acesso ao Instituto Nacional de Previdência Social, antigo INAMPS, atual INSS. A autarquia tinha a finalidade de prestar atendimento a quem contribuía com a previdência social, pois, antes da criação do SUS, o direito à saúde só era legalmente assegurado aos servidores públicos e trabalhadores com registro em carteira.

O Sistema Único de Saúde (artigo 198, CF/88) foi promulgado pela Carta Magna, consistindo na maior política pública de inclusão social no que tange à saúde. O SUS representa a institucionalização deste direito, garantindo-lhe a todos os cidadãos.

A implementação do programa demonstra a importância da saúde como direito a ser prestado pelo poder público de forma efetiva, baseado nos princípios: da universalidade, descentralização dos serviços, não-concorrência entre os entes (mas sim, unidade e hierarquização entre as ações), participação complementar do setor privado nos serviços, prioridade para atividade de prevenção e controle social do Sistema.

Em 1986, realizou-se a 8ª Conferência Nacional de Saúde que foi um marco na criação do SUS. O evento resultou no Decreto nº 94.657/87 que implantou o Sistema Unificado Descentralizado de Saúde (SUDS), um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais. Mais significativo que a implantação do SUDS, foi a formação das bases para a seção “Da Saúde” do texto constitucional de 1988. De forma gradual, a saúde passou a ser universalizada, primeiro criou-se o SUDS, depois se integrou o INAMPS ao Ministério da Saúde, e, em 1990, aprovou-se a Lei Orgânica de Saúde, Lei nº 8.080, de 16 de setembro de 1990, alterada pelas Leis nºs. 10.424/02, 12.401/11 e pela Lei Complementar nº 141/12.

O conceito de saúde não está previsto no texto constitucional, mas se encontra no artigo 2º da Lei do SUS, que dispõe: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Enquanto, no seu § 2º, tem-se que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Da leitura do dispositivo, entende-se que cumprindo ao Estado a prestação o direito à saúde, a sua atuação pode se dar por pessoas diversas a ele.

O SUS é composto por diversos serviços de saúde, encontrando-se organizado através de redes regionalizadas e hierarquizadas com atuação em todo o país. A partir da integração dos três entes, tem-se a implementação de maneira eficiente, unificada e abrangente de uma política pública dedicada a este direito. Foram priorizadas as ações preventivas, a fim de que a população não se acometa de mazelas, porém, sem prejuízo para os serviços assistenciais.

De acordo com o artigo 198 da CF/88, a política pública deve seguir algumas diretrizes, que estão elencadas no artigo 7º da Lei do SUS, bem como diversos princípios, tais como: universalidade de acesso aos serviços de saúde; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde; direito à informação; divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e

a sua utilização pelo usuário; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; participação da comunidade; descentralização político-administrativa: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

O texto constitucional dispôs em termos gerais sobre tal política pública e a Lei Orgânica de Saúde estabeleceu suas diretrizes, garantindo a prestação de serviços de saúde por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, tanto da Administração Pública direta quanto indireta, além da participação da iniciativa privada, sob caráter complementar. Ainda em 1990, foi editada a Lei nº 8.142/90 que buscava regularizar o SUS, dispondo sobre a participação da população na gestão do programa.

Quando a Constituição Federal brasileira faz alusão ao direito à saúde, assegura que ele será regido pelo princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade de acesso às ações e serviços que a promova, proteja e recupera, especialmente, o cidadão carente. Sobre tal princípio, Pontes *et al* (2009) abordam “a universalidade caracteriza a saúde como um direito de cidadania, ao ser definido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado”.

Os serviços, conforme preceitua o princípio da universalidade, devem ser prestados de maneira indistinta, ou seja, tanto as demandas mais gerais, como os serviços de alto custo devem ser assegurados aos cidadãos. Como a demanda é garantida a toda população, até mesmo aqueles que possuem plano de saúde podem ser beneficiários do SUS, pois, muitas vezes, o atendimento que necessitam não é fornecido pelo plano privado. O fornecimento destes serviços gera uma despesa imensa ao programa, sendo este um dos maiores desafios do programa a ser superado, garantir ao indivíduo a prestação do seu direito, sem trazer prejuízos aos demais cidadãos.

Outro norteador das ações desenvolvidas pelo SUS é o princípio da integralidade, que prevê a oferta da sua cobertura da maneira mais ampla possível,

compreendendo em ações de vigilância sanitária, atendimento preventivo, saneamento básico e etc, como dispõe a Constituição Federal.

Os serviços também se amparam no princípio da equidade, devendo todas as ações serem garantidas igualmente a todos, dentro das peculiaridades de cada um, pois nos dizeres de Almeida *et al* (2001, p. 35):

[...] todo cidadão é igual perante o Sistema Único de Saúde e será atendido conforme as suas necessidades. Os serviços de saúde devem considerar que em cada população existem grupos que vivem de forma diferente, ou seja, cada grupo ou classe social ou região tem seus problemas específicos, tem diferenças no modo de viver, de adoecer e de ter oportunidades de satisfazer suas necessidades de vida. Assim os serviços de saúde devem saber quais são as diferenças dos grupos da população e trabalhar para cada necessidade, oferecendo mais a quem mais precisa, diminuindo as desigualdades existentes. O SUS não pode oferecer o mesmo atendimento a todas as pessoas, da mesma maneira, em todos os lugares. Se isto ocorrer, algumas pessoas vão ter o que não necessitam e outras não serão atendidas naquilo que necessitam. O SUS deve tratar desigualmente os desiguais.

Os autores defendem que ao paciente seja garantido atendimento em igualdade de oportunidade e em iguais condições aos demais, diante do seu nível de necessidade. Portanto, não se pode conceber que os mesmos projetos sejam realizados para toda a população, sem observar a carência e necessidade de cada uma das regiões do país, por exemplo. Mas, também não pode privilegiar uma área em detrimento às demais.

Hoje em dia, ultrapassados mais de 27 anos da sua criação, vê-se que os desafios para funcionamento do SUS são imensos, os problemas, as dificuldades, a carência de recursos e má-gestão são apenas alguns entraves para o seu êxito. Na mesma proporção é a parcela da população que necessita dos cuidados públicos na sua saúde, que buscam os postos, hospitais, farmácias e todos os equipamentos e serviços que deveriam estar satisfatoriamente a sua disposição.

A demanda de saúde, num país em crise como o Brasil, é cada vez maior e mais complexa, pois até mesmo os cidadãos que se socorriam da rede médica particular, passaram a procurar os equipamentos públicos para tratar suas enfermidades. Diante desse cenário, é inegável que os recursos estejam mais escassos e necessitam ser melhores aproveitados. Por isso, é preciso que o legislador/administrador faça escolhas eficazes, promova políticas públicas que assegurem ao cidadão o direito à dignidade e à vida.

3. DIREITO À SAÚDE EM JUÍZO

É evidente que o número de ações judiciais tratando do direito à saúde no Brasil é cada vez maior, pois até mesmo os cidadãos que se socorriam à rede médica particular passaram a procurar hospitais públicos para curar suas enfermidades. As questões conduzidas ao Poder Judiciário dão conta de situações simples como a marcação de consultas, fornecimento de material higiênico, mas também existem aquelas que envolvem alto investimento ou grau de complexidade técnica.

Diante do excesso de judicialização é inegável que os recursos são escassos e necessitam ser melhores aproveitados, pois:

[...] os direitos têm custos e esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado. (CIARLINI, 2013, p. 33).

Por isso, é preciso que o legislador/administrador faça melhores escolhas na promoção de políticas públicas que assegurem ao cidadão o direito à dignidade e à vida.

O Poder Judiciário se encontra com bastante demandas que dizem respeito à efetivação de alguns dos direitos constitucionalmente previstos, congestionando as filas de trabalho, contribuindo para morosidade da prestação jurisdicional, o que conflita com a necessidade da pretensão do necessitado e a urgência das demandas de saúde. Contudo, a esfera judicial é tida como alternativa viável a garantia dos valores constitucionais. A este respeito, Schwartz (2001, p. 167) destaca que “ao Poder Judiciário caberá à função de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado”.

Ainda sobre o assunto, Zaffaroni (1995, p. 22) conclui:

De fato, ante a necessidade de atuação do Estado e a garantia de direitos nunca efetivados pelas políticas públicas inexistentes, registra-se uma crescente "demanda de protagonismo" dirigida aos judiciários, para que estes garantam que o Estado-providência prometeu, mas não cumpriu.

É na dormência do poder público que se exime de elaborar e executar políticas públicas, que o Poder Judiciário dar respostas efetivas aos jurisdicionados, decidindo no caso concreto, através de decisões judiciais.

Se a Constituição é norma jurídica, cabe ao Poder Judiciário aplicá-la

diretamente, assegurando a sua eficácia. No campo da hermenêutica clássica, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica terá como imediata consequência a aplicação dos métodos tradicionais de interpretação. [...] O papel do intérprete é apenas revelar a vontade do legislador expressada na norma constitucional (ato de conhecimento), aplicando-as, pelo mecanismo da subsunção, às situações concretas. (VIDAL, 2009, p. 109).

É sempre válido lembrar que a via judicial é apenas subsidiária, na ausência injustificada da atuação do Estado na realização dos preceitos constitucionais, o Estado-juiz é habilitado a garantir o cumprimento da tutela pleiteada.

Nos últimos anos no Brasil, reconhece-se que são muitas as decisões que tem por objeto questões sociais ou políticas de grande repercussão. Uma verdadeira judicialização realizada pelas instâncias do Poder Judiciário e não pelos órgãos originariamente responsáveis pela sua concretização, entende-se por judicialização quando temas 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. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2008a).

Na omissão do Poder Legislativo, quando deixa de lado questões importantes a serem regulamentadas ou do Poder Executivo, quando ausente na execução das políticas públicas, é que age o Poder Judiciário, através de suas decisões. Acerca do assunto, Silva, D. (2015, p. 137) discorre:

Apesar do juiz não ter sido escolhido mediante o sufrágio universal, o Poder Estatal é uno, o que existe é uma distribuição de funções, cada poder tem sua função típica, mas atipicamente, poderão exercer funções que antes eram precípua de outros Poderes, visto isso, se o Poder Judiciário fica inerte quanto ao conteúdo, à extensão e à eficácia do direito social à saúde, direito este intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, núcleo essencial das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, na verdade, está comprometendo-se com o princípio da separação dos poderes, pois todos os Poderes distribuídos têm responsabilidade social com as regras do ordenamento jurídico. Quando o Juiz age buscando efetivar os direitos sociais, não estará indo contra os demais poderes e, sim, agindo em busca do mesmo objetivo, o interesse público.

A atuação judicial, em situações desta natureza, pode influenciar, de forma positiva, os demais Poderes a realizarem a contento suas funções. Afinal, é o

último reduto de que dispõe o cidadão. Realmente, se este não puder recorrer à Justiça para ter seu direito efetivado, de nada adianta a previsão dos referidos preceitos constitucionais. Em defesa ao que se expõe, Jorge Neto (2008, p. 65) adverte:

O desafio que se apresenta, para garantia dos direitos de segunda e terceira dimensões, está em um ponto de interseção importante e aparentemente incontornável entre as funções legislativas e executiva, que autorizam, planejam e executam as políticas públicas, e a judiciária, que deve garantir a efetivação desses direitos.

O direito à saúde, além de preceito fundamental, conforme vastamente se afirmou, está indissociável da dignidade da pessoa humana, bem como do direito à vida. Com isso, o poder público, qualquer que seja sua esfera de atuação, não pode se eximir ao caos na saúde, pois, sua omissão incide em grave comportamento inconstitucional (BARROSO, 2008a).

Muitas vezes, a demanda apresentada corresponde uma verdadeira ameaça ao direito à vida, como, no caso, da negativa de transferência a um leito de UTI quando o paciente necessita. Desta forma, diante da necessidade do paciente de utilizar o recurso médico e da recusa pela Administração em realizar sua transferência, por inexistência de leitos, vê-se como legítima a intervenção judicial.

No entanto, ao compelir a Administração a conceder um pedido específico, os cofres públicos sofrem alterações. Por isso, a atuação judicial deve observar alguns critérios, dentro de determinados parâmetros, pois o custo destas ações específicas, para atender determinados cidadãos, pode prejudicar os gastos com outras políticas públicas.

Não se discute que a concretização do direito fundamental à saúde deve se submeter à disponibilidade de recursos financeiros para a execução das políticas públicas, até mesmo porque alguns serviços são onerosos e o orçamento é escasso e finito, especialmente, quando as demandas ocorrem contra os municípios. Aqui, tem-se um dos maiores entraves para a não aplicação dos programas essenciais ao desenvolvimento e bem estar social, o limite material do seu exercício. Por causa disso, é que se busca maior eficiência na gestão da coisa pública.

Os direitos sociais condicionados à prestação do Estado (como é o caso da saúde) sujeitam-se à reserva do possível, que está vinculada ao limite de recursos do Estado, significando, em síntese, que a pessoa somente pode exigir do Estado uma prestação que seja razoável para o Estado cumprir. A cláusula da reserva do possível abrange a possibilidade e o poder de disposição do Estado, colocando os direitos sociais prestacionais na

dependência da conjuntura socioeconômica. (RIGO, 2007, p. 177).

Como se sabe, cumpre ao Estado aplicar as verbas para garantir a prestação material dos direitos aos seus cidadãos. Para tanto, deve-se realizar a gestão racional dos recursos existentes. A negativa da execução de políticas públicas só pode ser arguida “diante da total ausência de recursos financeiros, ou da demonstração de que os recursos empregados na realização da prestação pretendida farão falta a outras prestações, igualmente certas, prioritárias e urgentes” (GOUVÊA, 2003, p. 32).

O impacto negativo que a suposta ausência de verbas causa na efetivação dos direitos fundamentais é imenso, pois inviabiliza o Estado de prestar ao cidadão aquilo que lhe é de direito. Tais garantias são de suma importância, não só por estarem dispostas no texto constitucional, mas pelo conteúdo que carregam, quando não efetivados, podem acarretar danos de difícil reparação, inclusive, a morte.

Hoje, são inúmeras as ações tramitando nos foros que têm por objeto o reconhecimento e proteção ao direito à saúde, seja requisição de medicamentos, tratamentos, leitos em UTI, etc. Esta crescente se tornou comum, já que nos últimos anos houve uma ampliação desta demanda. O descaso dos atores públicos em não desenvolver, como deveria, suas atividades pode ser considerado como um dos fatores determinantes para tal acontecimento.

O Poder Judiciário desempenhou importante papel ao dar efetividade a artigos como o dispositivo 196 da CF/88, afastando-lhes a dimensão meramente programática.

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. (BARROSO, 2008, p. 383).

Recorre-se à Justiça na tentativa de se ter de forma eficaz a prática de ações que visem à concretização dos valores constitucionais. Dentre estes, encontra-se o direito à saúde, e conforme Lima (2008, p. 309) tal direito é:

[...] de tal magnitude para a ordem constitucional que sua efetividade não pode depender de decisões políticas dos representantes das maiorias (Legislativo ou Executivo), o que justifica maior interferência judicial na busca da concretização máxima dessas normas, mesmo na ausência de

uma regulamentação infraconstitucional.

As políticas públicas elaboradas com os recursos destinados à saúde são essenciais para sua concretização, pelo menos no que tange à saúde básica, as quais, muitas vezes, também não são asseguradas pelo administrador. Ora, se essas ações cujos custos não são altos deixam de ser realizadas, o que esperar da atenção a ser destinada aos pedidos de medicamento de alto custo, por exemplo?

No pensamento de Jorge Neto (2008), a omissão do Estado ou a sua insuficiência na concretização destes fins, possibilita o controle judicial das políticas públicas. Com isto, é natural, diante de tal supressão, que em casos mais complexos se busque o Poder Judiciário para satisfação efetiva da tutela perquirida pelo cidadão. Na defesa deste pensamento, Leal (2009, p. 152) leciona:

Se a Administração Pública não construiu critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos medico-ambulatoriais e cirurgias à população carente, então, na prática forense atual, isto deverá ser feito na esfera da judicialização do debate.

A viabilidade do Poder Judiciário em efetivar as políticas públicas necessárias à concretização do direito à saúde se encontra superada, após anos de discussão acerca da possibilidade ou não do juiz atuar, de forma saudável, em favor dos direitos fundamentais, cuja efetivação caberia aos Poderes Executivo e Legislativo. É por esse caminho que Appio (2008, p. 150) aduz:

Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade através das instâncias de democracia participativa.

No entanto, é preciso estabelecer critérios para aferição dos limites e das condições plausíveis do Estado para assegurar os direitos sociais, especialmente, por envolver custos, que, por vezes, são elevados com a judicialização e, ainda, por se tratar a demanda de alocação de recursos, ou seja, são escolhas políticas.

Sob este enredo é que se percebe o quanto é complicado o papel do juiz quando o assunto versar sobre políticas públicas que assegurem uma saúde de qualidade a todos. Imagine para o julgador decidir acerca de questões mais profundas, onde o jurisdicionado, carecedor de um tratamento específico, que, geralmente, envolve custo, vai à esfera judicial solicitar seu fornecimento com fundamento no direito constitucional à saúde.

A fim de enfrentar os problemas que surgem com a inserção do juiz em uma seara de análise de possíveis omissões administrativas, 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. (CIARLINI, 2013, p. 233).

É nesse liame, que o magistrado tem que atuar de forma responsável e satisfatória a fim de assegurar o melhor resultado para o indivíduo requerente, sem que sejam sacrificados os demais cidadãos. Surge essa difícil missão, pois “a vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso” (APPIO, 2008, p. 187).

É possível deduzir-se fundamento para as restrições a estes direitos em sua dimensão subjetiva, uma vez que a satisfação de determinado direito fundamental social de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade, o que leva a uma inevitável ponderação à luz do caso concreto (MATEUS, 2008, p. 63). Por isso, busca-se equilibrar o próprio funcionamento do sistema, para resgatar sua autonomia, pois a partir da judicialização desordenada de pedidos de leitos de UTI ou de determinados medicamentos se pode comprometer o planejamento adotado para aquela política pública, inviabilizando sua realização e, por consequência, prejudicando aqueles que não demandaram judicialmente em busca do seu direito.

Desse modo, reconhece-se que a necessidade de efetivação do direito à saúde, premissa que não foge ao controle judicial, mas se evidencia que é preciso o fortalecimento dos órgãos responsáveis originariamente pela elaboração e execução das políticas públicas, para que haja maior eficiência na prestação dos preceitos constitucionais, redução da judicialização, em especial, das demandas individuais. Para tanto, deve haver esforço coletivo das instituições (dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) na tentativa de fazer com que o sistema funcione pelos seus próprios critérios técnicos, sem influências externas, de ordem econômica ou política.

3.1 O papel do juiz na judicialização da saúde

A inafastabilidade jurisdicional, preconizada no atual texto constitucional, proporciona ao cidadão o acesso à justiça sem grandes dificuldades, permitindo que os direitos constitucionais sejam reivindicados e alcançados pela via judicial, vez que o Poder Judiciário é tido como guardião da Constituição.

Diante da ausência da atividade pública que assegure ao cidadão a promoção dos seus direitos, seu reconhecimento pode ocorrer por meio de processo judicial. E na prestação de tal atividade, o juiz estará tão somente a cumprir o seu papel. Essa situação, conforme já dito e perceptível a qualquer indivíduo, tornou-se recorrente, haja vista que o poder público, geralmente, exime-se de cumprir sua obrigação. Enquanto não houver uma atuação mais efetiva do Poder Executivo, o Poder Judiciário deve intervir na efetivação de direitos.

Com isso, tais atos administrativos estariam insuscetíveis ao controle judicial, entretanto, “o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição” (MENDES *ET AL*, 2008, p. 507). Em razão da proteção a direitos e garantias fundamentais, não se poderia excluí-los da apreciação judicial (artigo 5º, XXXV, CF).

À luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato. (MORAES, 2004, p. 160).

A atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas deveria ocorrer apenas em situações específicas, quando evidenciada a real ameaça do direito pleiteado, e não em casos corriqueiros, como acontece atualmente. O controle judicial era para atuar na definição de prioridades distributivas, nos meios mais adequados de execução das políticas públicas, na razoabilidade nos procedimentos realizados, na busca transparência e eficiência na aplicação de recursos e não casos concretos que, em sua maioria, são individuais. A propósito disso, Silva, D. (2015, p. 112) discorre:

[...] o juiz poderá, por exemplo, definir que determinado direito assegurado seja garantido materialmente, entretanto não poderá interferir na medida

como o Poder público optará por efetivar aquele direito, pois se assim agisse, já estaria entrando na seara discricionária do Poder Público.

A partir do êxito nas ações judiciais, com julgamentos favoráveis aos cidadãos, sendo o poder público compelido a prestar imediatamente aquilo que foi requerido, a Justiça passou a ser o caminho mais efetivo para a promoção do direito à saúde. Portanto, ante a necessidade e urgência que o quadro clínico demonstrava, os pedidos judiciais passaram a ser cada vez mais numerosos e, em consequência a isso, os juízes foram concedendo liminares sem adotar muitos critérios técnicos. Ora, como poderia se conceber a dilação de atos processuais ou a demora na prestação jurisdicional diante de um pedido urgente de internação em leito de UTI?

Ocorre que, embora muitas sejam as ações judiciais nesse sentido e as necessidades sejam imediatas, não se pode conceber o deferimento desordenado dos pedidos, vez que não se julga por pressão familiar, convicção pessoal ou desengano de consciência. A prestação jurisdicional deve ser pautada por princípios e normas que assegurem a entrega justa do direito ao cidadão, quando este for evidenciado. Por isso, defende-se a efetivação do direito à saúde com adoção de critérios e parâmetros, pois, não se pode olvidar que ao determinar o cumprimento de decisão judicial, outros cidadãos podem ser prejudicados face à finitude dos recursos, onde o orçamento de políticas públicas é alterado para atender aquilo que o juiz determina. Sobre o assunto, Barroso (2008a) destaca:

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Importa frisar que ao obrigar o poder público a atender um pedido específico, geralmente, ocasiona na realização de gastos que não estavam previstos, o que pode comprometer o funcionamento dos demais serviços prestados e já orçados. Assim, os juízes devem ser bastante criteriosos nas decisões prolatadas, extraíndo ao máximo a eficácia do texto constitucional, sem que para isso extrapole os limites de sua atuação.

3.1.1 Garantia ao mínimo de efetividade do direito à saúde

A discricionariedade do poder público para realizar suas ações e definir melhor as escolhas das políticas públicas elaboradas não pode se eximir de garantir o mínimo essencial à vida do cidadão, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, “apresenta-se como núcleo intangível dos direitos fundamentais” (JORGE NETO, 2008. p. 153). É por meio desse argumento que se procura efetivar o mínimo existencial, ou seja, é dever do poder público para assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana, o fornecimento do mínimo essencial para o indivíduo.

Portanto, mesmo reconhecendo que o poder público não é obrigado a dar tudo aquilo que requer o cidadão, tem-se que o ente estatal deve ofertar aquilo que garanta as condições mínimas de vida ao cidadão e por estar bastante relacionado ao direito à vida, o direito à saúde deve ser igualmente promovido, ainda que em sua parcela mínima. Desse modo, na ausência da prestação do Estado do mínimo existencial, deve o Poder Judiciário agir.

Para fins de conceituação, Barcellos (2008, p. 230) acredita que “o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”. No entanto, ele só poderá ser delimitado e reconhecido quando estiver em um caso concreto, onde o administrador/legislador através dessa hipótese específica é que poderá reconhecer o quanto e como será prestada a política pública para assegurar sua efetivação.

Como toda política pública de cunho prestacional, a consagração do mínimo existencial do direito à saúde necessita da alocação de verbas e, conforme evidenciado, os recursos existentes não estão sendo devidamente aplicados e, aparentemente, são insuficientes para atender sua finalidade. A escassez de recursos é determinante para a exigibilidade na aplicação do mínimo existencial, Amaral (2001, p. 185), levanta a seguinte indagação:

[...] o mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e do Piauí? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma ‘condição’ que afasta a exigibilidade ‘incondicional’.

O poder público não pode se eximir de seu dever, pelo simples fato, de alegar não ter recursos para garantir o que prevê o texto constitucional. No entanto,

não se pode afastar tal hipótese, pois os pedidos administrativos e judiciais estão cada vez mais numerosos e onerosos, não se requer apenas o mínimo existencial ou, em determinadas situações, a possível garantia do direito à vida e plena condição de saúde depende de altos custos.

3.1.2 Observância à reserva do possível

Para concretizar o direito à saúde deve existir recurso público para execução das políticas públicas com tal destinação. Por óbvio, esse é o maior obstáculo para o não atendimento do que requer o cidadão, pois se o poder público pudesse atender a todos, inexistiria discussão acerca do limite material para promoção do direito à saúde, vez que tudo aquilo que precisaria o cidadão seria atendido. Mas, a realidade é outra. Com isso, a reserva do possível é sempre invocada diante da insuficiência de recursos, pois, em diversas situações específicas, o poder público não tendo recursos materiais suficientes para implementar os seus programas, tem de ser razoável nas escolhas do destino do orçamento existente.

Tal teoria tem como função “[...] identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2008, p. 261). Neste mesmo sentido, Mendes *et al* (2008, p. 261) discorre:

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante.

Ocorre que a mera alegação de insuficiência de verba não é suficiente para eximir o poder público de realizar suas atividades, especialmente, da aplicação das políticas públicas que garantem a efetivação dos direitos prestacionais. Deve existir a comprovação técnica da impossibilidade de cumprimento do seu dever.

Diante da imensa necessidade dos cidadãos, principalmente, no atual momento de crise que passa o país, sabe-se que o Estado brasileiro não detém de todas as condições financeiras para atender todos os pedidos a ele propostos. Com a situação, entende-se que o juiz ao apreciar uma demanda deve considerar essa realidade e, assim, decidir de tal maneira que em favor de um direito, não prive

outros tantos.

O pleiteamento individual de um direito social via procedimento judicial, além de inconcebível face às condições e aos limites impostos pela realidade objetiva, mostra-se irracional em uma comunidade política, que tem como fim último à realização do bem comum, e não o bem de indivíduos. (SEVERO e ROSA JÚNIOR, 2007, p. 89).

É delicado para o julgador, quando ocorrer no caso concreto, a situação em que um cidadão requer a prestação material do seu direito face sua necessidade e, por outro lado, sabe-se que tantos outros necessitam daquele recurso que, provavelmente, será utilizado para atender aquele que demandou judicialmente a efetivação dos seus direitos. Nesse sentido, o juiz terá de observar se a medida adotada será a mais adequada.

As sentenças judiciais devem ser fundamentadas em dados reais, respeitar e compilar os principais princípios que regem o Estado, como forma de assegurar um resultado mais justo, onde aquela decisão não traga impacto negativo para o Estado e muito menos para o cidadão.

3.2 Alternativas para adequada atuação judicial

Ao juiz compete a solução do caso concreto que lhe é imposto, devendo garantir ao jurisdicionado a satisfação do seu direito, caso lhe seja devido. No entanto, na judicialização da saúde se observa diversas dificuldades para o cumprimento do dever constitucional de prestação dos meios necessários à satisfação do direito. Ainda que a decisão seja favorável, muitas vezes, ela não atende sua finalidade ou, em tantas outras, ela acarreta prejuízo à coletividade, sendo considerado que o orçamento da saúde está aquém das suas necessidades.

Na realidade, pouco vai adiantar atender a um indivíduo e se omitir no atendimento de outros, face a insuficiência de recursos para atender a todos.

Desse modo, defende-se o maior diálogo entre as instituições para solução das demandas sanitárias, no intuito de prestar ao cidadão aquilo que lhe é de direito, mas sem extrapolar sua função institucional, tampouco causar danos a outrem. Os juízes, auxiliados por técnicos no assunto, podem discutir melhor o assunto do ponto de vista jurídico e científico e assim alcançar a satisfação mais ampla para o problema e não apenas resolvendo a lide proposta, especialmente, naquelas situações reiteradas.

O maior envolvimento das instituições acerca da problemática poderia reduzir as ações judiciais, os impactos sofridos pelos cofres públicos e, ainda, permitir o melhor atendimento possível ao cidadão.

Diante da limitação de recursos e inviabilidade do cumprimento desordenado dos pedidos, todos os envolvidos devem se reunir em busca do bem comum da maior satisfação e consagração dos preceitos constitucionais referentes aos direitos à vida e à saúde.

Assim, poderia até ser evitado o excesso de judicialização, pois questões relevantes e situações reiteradas seriam previamente solucionadas a partir do diálogo e esforço conjunto, não sendo necessária a interposição judicial para a sua satisfação. A resolução se daria em caráter administrativo, a partir da composição entre as partes.

Sabe-se que, mesmo com a aproximação dos envolvidos, inevitavelmente, algumas situações chegarão ao Poder Judiciário, seja por negativa ou inércia do poder público. Aqui, espera-se que, de fato, sejam casos excepcionais, que não puderam ter sua solução no âmbito administrativo.

Tais situações devem ser decididas também baseadas em dados técnicos, com a análise de *experts* no assunto, pois não se concebe a concessão do fornecimento de um medicamento, por exemplo, sem observância da sua eficácia, grau de eficiência e se fármacos similares com menor custo não atenderiam a mesma finalidade, estes critérios não podem ser alcançados por magistrados e sim por profissionais da área. Ainda que as decisões tenham embasamento jurídico, nos casos de ações sanitárias é necessário o amparo técnico para sua solução.

A propósito disso, o Conselho Nacional de Justiça orientou a instalação de Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde – NATs e de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NAT-Jus e a capacitação técnica dos seus integrantes, bem como a criação de um banco de dados com informações técnicas para amparar os juízes responsáveis por demandas relacionadas à saúde e a capacitação dos alimentadores deste sistema, para contribuir com arcabouço técnico na elaboração das decisões judiciais.

O auxílio destes profissionais pode contribuir para a prestação jurisdicional mais justa da tutela judicial, a qual não deve ser pautada apenas por argumentos jurídicos imbuídos de emoção que o caso, inevitavelmente, envolve.

Ainda, devem ser consideradas as regras do Sistema Único de Saúde e

dos demais órgãos técnicos para a concessão de medicamentos, insumos e tratamentos, não devendo observar apenas aquilo que a parte e o profissional que lhe acompanha pedem, pois, muitas vezes, o requerimento é mais oneroso e pode não ter sido incorporado aos normativos do país, não fazendo parte da lista do SUS, devendo o seu deferimento ocorrer apenas em casos excepcionais.

De fato, é preciso que os órgãos de saúde sejam mais céleres nos seus testes, protocolos e na burocracia para incorporação dos medicamentos e tratamentos a serem ofertados, não se justificando a demora excessiva para atualização da RENAME – Relação Nacional de Medicamentos e do trabalho da CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Considera-se também, como alternativa a ser utilizada para atuação adequada do juiz nos casos de judicialização da saúde, o privilégio e incentivo às ações coletivas em detrimento das demandas individuais que, embora resolvam o caso concreto, não é a solução mais eficiente, econômica e mais célere. Por isso, incentiva-se a discussão ampla, fora do processo, mas se for preciso acionar o Poder Judiciário que os legitimados se utilizem de ações coletivas para discutir a questão.

De certo, é evidente que as alternativas propostas não esgotam o problema, haja vista sua gravidade, o que se percebeu com a presente pesquisa. No entanto, são medidas que, se adotadas, podem contribuir para redução da judicialização da saúde e melhor gestão das políticas públicas a serem desenvolvidas, sem que para isso os cofres públicos sofram grandes prejuízos.

4. ANÁLISES DE DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE

Nos dias de hoje, como visto durante todo o estudo, a judicialização da saúde se tornou alternativa viável à efetivação de direitos fundamentais. Desse modo, diversos são os julgados que respondem aos anseios do cidadão que busca a via judicial para reparar danos advindos da negativa administrativa dos seus pedidos e, conseqüentemente, satisfação da tutela material pleiteada.

Neste momento, serão analisados processos judiciais que trazem questões costumeiramente judicializadas no Poder Judiciário estadual cearense. A primeira delas diz respeito ao pedido de internação em leito de Unidade de Terapia Intensiva – UTI. Em seguida, trata-se de pedido de assistência farmacêutica para o portador de Diabetes Mellitus e, por fim, aborda-se sobre a questão dos medicamentos de alto custo.

4.1 Internação em leito de UTI

Segundo os dados do Governo do Estado do Ceará, por meio do sítio eletrônico do Hospital Fernandes Távora, a quantidade de leitos de UTI passou de 626 no ano de 2007 para 944 em 2016, 50.8% a mais, sendo os leitos divididos da seguinte maneira: 678, ou 72% são vinculados ao SUS, destes 431 leitos vinculados ao SUS em Fortaleza e 247 no interior. Por categoria, os leitos SUS são distribuídos em 431 de UTI adulto, 92 de UTI pediátrica e 155 de UTI neonatal, estando todos eles regulados pela CRIFOR, Central de Regulação das Internações de Fortaleza, criada em 1999 pela Secretaria municipal de saúde de Fortaleza.

Em 2003, através do Decreto nº 11.411, de 20 de maio, o órgão passou a responder pela regulação de todos os leitos de terapia intensiva e semi-intensiva localizados no município e cadastrados do SUS, tanto aquelas unidades da rede pública como da rede hospitalar privada, possibilitando a melhor gestão da coisa pública que, naquela época, encontrava-se em crise, cumprindo à CRIFOR estabelecer as diretrizes para admissão, alta e triagem de pacientes com necessidade dos recursos de leito de UTI.

É evidente que há *déficit* na prestação do direito fundamental à saúde nestes casos, diante do que se tem notícia, onde a quantidade de leitos de UTI no município de Fortaleza é insuficiente para atender a todos cuja prescrição médica

recomenda a internação em leitos desta espécie. Por isso, tem-se como recurso a via judicial.

O caso apresentado perante a 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza se trata de Mandado de Segurança com pedido de liminar (nº 0183186-59.2015.8.06.0001), impetrado, em 16/08/2015, por Ada Maria Gedeon de Menezes em face da Secretária municipal de saúde de Fortaleza. Na situação, a impetrante informa que sofreu um acidente vascular cerebral – AVC isquêmico, em 12/08/2015. Em razão do ocorrido, teve de ser internada em Unidade de Terapia de Urgência – UTU, mas necessitava de transferência para Unidade de Terapia Intensiva – UTI, conforme solicitação e laudo médico anexados aos autos. Por considerar evidenciado o seu direito líquido e certo à transferência para o leito de UTI, buscou sua concessão judicial, sob fundamento de que à prestação do direito à saúde é dever do Estado (aqui, entenda-se Município de Fortaleza).

O pedido formulado, que pretendia a concessão de liminar, dizia que o deferimento da medida deveria ocorrer em 24 horas e que, diante da possível ausência de leitos disponíveis na rede pública, a internação da impetrante poderia ser em hospital particular. Com a petição inicial, foram acostados documentos pessoais e formulários de inclusão da paciente na CRIFOR, com resumo do seu quadro clínico.

Os autos processuais foram conclusos à juíza Joriza Magalhães Pinto que, no dia 17/08/2015, deferiu a medida liminar requestada, objetivando fosse providenciada a imediata internação da paciente em leito de UTI da rede pública e, na sua falta, em leito de UTI da rede particular, cumprindo ao Município de Fortaleza custear suas despesas, caso fosse necessário.

Foi apresentada peça contestatória pelo Município de Fortaleza, no dia 19/08/2015. Na ocasião, o ente estatal trouxe os seguintes argumentos: impossibilidade da contratação de leito particular e a alocação da paciente, diante da falta de leitos disponíveis, ensejaria a retirada de outro que já estaria internado. Mais adiante, solicitou a reconsideração da decisão. Em caráter alternativo, pediu que à CRIFOR analisasse, segundo critérios técnicos, o grau de prioridade de internação que cabia ao caso.

No mesmo dia, a impetrante informou o não cumprimento da medida liminar e solicitou a imposição de multa diária para coibir o Município de Fortaleza acatar a decisão. Em resposta a tal provocação, também em 19/08/2015, a

magistrada determinou o cumprimento imediato da decisão liminar anteriormente prolatada, sob pena de multa pessoal, na pessoa da Secretária municipal, em caso de descumprimento, bem como o envio das peças ao Ministério Público estadual para a devida apuração de crime de desobediência e de improbidade administrativa.

Mais uma vez, em 21/08/2015, foi apresentada petição dando conta do não cumprimento da ordem judicial. Após serem juntados diversos documentos referentes à intimação da autoridade coatora. O Município de Fortaleza apresentou, em 10/09/2015, peça informativa acerca do cumprimento da decisão judicial, que teria ocorrido com a transferência da paciente para a UTI do Hospital Geral Waldemar de Alcântara no dia 21/08/2015.

O Ministério Público estadual foi instado a se manifestar, vez que tratava de ação de interesse público. Naquela oportunidade, invocando o direito constitucional à saúde, previsto no artigo 196, opinou pela procedência do pedido.

Na Sentença, a magistrada responsável pelo feito, colaciona diversos julgados de Tribunais estaduais, bem como faz menção ao julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada – AgR 175, pelo Supremo Tribunal Federal que estabeleceu critérios para concretização de direito à saúde. Ainda, argui que mediante a possibilidade orçamentária não deve ser invocada a cláusula da reserva do possível. Por fim, concedeu a segurança pleiteada, sendo confirmada a decisão liminar anteriormente concedida.

Observado o reexame necessário em demandas contra a Fazenda Pública, os autos processuais ascenderam ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará para reanálise da matéria e novo julgamento. A desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, em 27/01/2017, negou provimento à remessa necessária, sendo mantidos os termos da decisão de primeira instância.

Na sua Decisão monocrática, a magistrada traz fundamentos semelhantes aos apresentados pela juíza, com evidente intenção de resolver apenas o caso concreto que lhe foi proposto. Assim, acostou jurisprudências do próprio Tribunal de Justiça estadual e invocou a súmula 45 daquela Corte de Justiça que trata da obrigação do poder público fornecer tratamento médico não disponibilizado no sistema de saúde.

Com a resolução da hipótese proposta em juízo, o processo foi devidamente arquivado no dia 21/07/2017.

O que se extrai da leitura deste processo e de alguns outros observados

para fins da presente pesquisa, é que a urgência do caso inviabiliza qualquer dilação de atos judiciais capazes de solucionar de maneira mais adequada a demanda, baseada em elementos técnicos.

Não se pode olvidar, mesmo leiga em assuntos médicos, que o quadro clínico da paciente demonstrava a necessidade de transferência para o leito de UTI, inclusive, ela se encontrava na “fila” do CRIFOR conforme documentação apresentada. No entanto, a meu ver, inexistiu no processo qualquer elemento mais robusto que possibilitasse a essa paciente “passar na frente” de outros pacientes que também estavam com requisição de transferência para UTI, mas não demandaram em juízo a sua necessidade.

Ainda, evidencia-se que os fundamentos apresentados pela impetrante para requerer a materialização do direito à saúde são superficiais e pautados basicamente em prontuários médicos carentes de maiores informações, por exemplo, em nenhum dos documentos utilizados consta o grau de prioridade, apenas é feita a referência de necessidade de UTI.

O arcabouço jurídico e técnico que deveriam ser necessários para o ajuizamento da ação é menosprezado nas demandas sanitárias, pois por ter a possibilidade de perecimento da vida, a solução do conflito deve ser atendida imediatamente, não sendo observados tantos critérios. Ao menos, foi o que pode ser percebido da análise deste processo.

Convém registrar que se reconhece a urgência de se decidir em assuntos como a necessidade de UTI, mas não é concebível que as decisões judiciais sejam prolatadas sem observar critérios técnicos, apenas com referência ao direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal, pois, como visto, ele não é ilimitado. Portanto, os pedidos devem ser melhores instruídos, as decisões devem ser dotadas de maior conhecimento científico, ainda que o magistrado necessite de auxílio para alcançar melhor capacidade técnica em ações sanitárias, bem como o ente público demandado deve apresentar fundamentos plausíveis para a inviabilidade do cumprimento administrativo do pedido do paciente, demonstrando a real situação vivenciada pela coisa pública e não apresentar uma peça sem qualquer menção à realidade, à política pública elaborada para atender aos cidadãos, ao orçamento destinado para aquele fim e os gastos realizados. Inexistiu diálogo institucional para solução ampla do problema, o que deve acarretar um número cada vez maior de processos judiciais.

De certo, o que se pode perceber com a pesquisa realizada é que se trata de um verdadeiro jogo de “empurra-empurra”, onde o poder público se exime de realizar as políticas públicas mais básicas e aquelas outras mais elaboradas, compelindo ao cidadão requerer, de qualquer maneira, aquilo que entende devido e o Poder Judiciário, no exercício de sua função, atende ao jurisdicionado lhe concedendo, sem maiores dilações ou critérios, tudo o que foi pedido, ainda que não coubesse.

A cautela a ser adotada para julgamentos desta natureza é no intuito de que a solução de situações individuais não interfira na execução das demais políticas públicas, vez que os recursos são finitos, prejudicando a coletividade, pois a concessão reiterada destes pedidos pode comprometer os gastos públicos e inviabilizar a realização de outras políticas.

4.2 Assistência farmacêutica

Da análise realizada em processos judiciais apresentados ao Poder Judiciário estadual cearense, compreendidos o primeiro e segundo graus, percebe-se que as demandas que objetivam a concessão de insumos farmacêuticos para o controle da Diabetes Mellitus, tipo I, são bastante recorrentes.

A Diabetes Mellitus é uma doença crônica decorrente do aumento de glicose no sangue, sendo o seu diagnóstico e tratamento acompanhado pela Atenção Primária Básica, conforme disposição do Ministério da Saúde.

Nos termos da Lei nº 11.347, de 27 de setembro de 2006, o Sistema Único de Saúde deve garantir os medicamentos e materiais necessários ao monitoramento da glicemia capilar dos pacientes diabéticos, a teor da definição inserta na Portaria GM/MS nº 2.583, de 10 de outubro de 2007. Enquanto a Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013, define as responsabilidades pelo financiamento e fornecimento do material entre os entes estatais. Na hipótese, cumpre às Secretarias municipais de saúde, dentre outras obrigações, as seguintes:

Prestar a assistência necessária aos pacientes portadores de diabetes usuários da rede pública, mediante o diagnóstico, cadastro, acompanhamento/monitoramento e tratamento. Considerando que o diabetes é uma doença crônica cujo tratamento não pode ser focado apenas no tratamento farmacológico, as ações de promoção da saúde e prevenção da doença devem estar aliadas às ações assistenciais, conforme orientações anexas à Portaria 2.583/2007.

[...]

Programar, adquirir, armazenar, distribuir às Unidades Básicas de Saúde e dispensar aos usuários, os medicamentos e insumos supracitados, elencados neste documento.

Na situação trazida pela ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada (nº 0152944-25.2012.8.06.0001), interposta por Diogo Machado Marcelo, no dia 08/06/2012, em face da Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza, distribuída para a 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, o autor, portador de Diabetes Mellitus, tipo I, com alto grau de instabilidade, alternando os episódios de hiperglicemia e hipoglicemia, por orientação médica, cujos laudos se encontravam nos autos, deveria usar da Bomba de infusão contínua de insulina ACCU-CHEK SPIRIT COMBO (Roche). No entanto, não tinha condições financeiras para adquirir o equipamento, que custava por volta de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais). Portanto, recorreu ao Poder Judiciário para compelir ao Município de Fortaleza o fornecimento do produto, bem como os demais insumos descartáveis necessários ao controle e acompanhamento da doença para o período de 12 meses.

Na peça inicial consta a descrição de todo o material que deveria ser entregue ao autor, conforme prescrição médica dos profissionais de endocrinologia e nefrologia que acompanhavam o paciente. Ainda, são acostados diversos julgados e entendimento doutrinário acerca do dever estatal de efetivar o direito à saúde que necessita o cidadão, através da prestação material daquilo que ele requer. Ao final, invocando a proteção divina, requereu a concessão imediata de tutela antecipada.

O autor trouxe diversos documentos médicos que demonstravam o seu estado de saúde e necessidade de utilização do material solicitado.

A juíza responsável pelo processo, Maria Vilauba Fausto Lopes, em Decisão interlocutória, no dia 18/06/2012, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para determinar ao Município de Fortaleza que fornecesse, em 48 horas, os medicamentos insertos no pedido inicial, enquanto houvesse necessidade médica pelo paciente. Na sua Decisão, a magistrada faz referência ao direito à saúde previsto na Constituição Federal e o dever do poder público na concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Os expedientes foram cumpridos e, no dia 02/08/2012, o Município de Fortaleza informa o cumprimento da medida judicial com a entrega dos insumos e aquisição da Bomba de infusão contínua de insulina ACCU-CHEK SPIRIT COMBO

(Roche).

Encaminhados, em seguida, os autos à consideração do Ministério Público estadual, por se tratar de demanda com evidente interesse público, houve manifestação pela procedência do pedido, sob fundamento de que o direito à saúde necessita da conduta ativa por parte do Estado para o seu cumprimento, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão foi acostada à peça.

Na Sentença prolatada em 28/08/2017, foi confirmada a Decisão interlocutória, sendo acostados diversos julgados dos Tribunais superiores e desta Corte. Ainda, a magistrada considerou que o caso não importava em violação ao princípio da isonomia, tampouco poderia ser invocada a cláusula da reserva do possível, pois se tratava de política pública básica prevista no texto constitucional.

A discussão apresentada em juízo, sendo das ações mais corriqueiras que se constatou da pesquisa realizada, tratou-se de algo que inexiste controvérsia, acerca da matéria são diversos os julgados, inclusive, do próprio Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 é sempre invocado para reafirmar que o cidadão tem direito subjetivo às políticas públicas de saúde e quando houver omissão estatal no fornecimento de medicamentos, deve haver judicialização para contornar a falta de assistência dos gestores públicos no cuidado com a população.

No caso específico da Diabetes, para receber seu medicamento é preciso que o paciente esteja inscrito no Programa de Educação para Diabéticos que se destina a desenvolver a autonomia para que eles possam realizar seus próprios cuidados no controle da doença. Trata-se de uma doença grave, crônica, com danos irreversíveis, porém bastante comum e que acomete boa parte da população brasileira. Ainda que não se tenha conhecimento mais aprofundado acerca dos seus custos, entende-se que os gastos destinados aos materiais e insumos para tratar a doença não comprometem o orçamento da pasta, tampouco inviabiliza a realização de outras políticas públicas. Por isso, não se concebe que haja negativa administrativa do fornecimento dos remédios e necessidade da judicialização da questão.

Não me parece razoável que em situações desta natureza o cidadão precise acionar o Poder Judiciário para ter seu direito prestacional à saúde atendido, haja vista os diversos normativos que amparam sua concessão, a existência de políticas públicas nesse sentido, a previsão do fornecimento de diversos insumos

nos postos de saúde e etc. Aqui, evidencia-se a omissão do poder público em realizar o seu dever, seja por má gestão, desvios ou qualquer outra motivação que não justifica a provocação da máquina judiciária para determinar que seja feito algo que não poderia ser desrespeitado.

Com experiências como estas, em que a omissão administrativa resta evidenciada, é que se defende o ativismo judicial na promoção do direito à saúde, quando este for devido ao cidadão. Dessa forma, o magistrado é legítimo para desempenhar esse papel, ou seja, o próprio constituinte incumbiu ao Judiciário realizar funções importantes, dando a este órgão uma gama de poderes específicos. Com isso, o cidadão pode provocar a atividade jurisdicional, até mesmo se valendo do livre acesso ao Poder Judiciário e assim ter satisfeita sua tutela jurisdicional.

4.3 Medicamento de alto custo

O pedido de medicamentos de alto custo é também daquelas ações comuns ao Poder Judiciário, geralmente, feito por pessoas declaradamente carentes. E conforme dispõe o artigo 196 da CF/88, compete ao poder público fornecer os meios necessários à concretização deste direito. Por se tratar de fármacos caros e que muitas vezes devem ser utilizados em grande quantidade, o cidadão comum não possui renda suficiente para sua aquisição, com isso, recorre ao Estado para sua prestação e quando este se opõe, a via judicial é a alternativa mais buscada para o atendimento.

Considerando a urgência dos casos apresentados, o indivíduo geralmente requer o fornecimento da medicação em sede de antecipação de tutela ou liminar. Não podendo esperar até o julgamento da lide para ter satisfeita sua pretensão, pois o medicamento é de uso contínuo e imprescindível para a manutenção de sua saúde.

No mandado de segurança coletivo (nº 0803250-15.2013.8.06.0000) impetrado pelo Ministério Público do Estado do Ceará em favor de Claudio de Sousa e outras seis pessoas contra o Secretário de Saúde do Estado do Ceará, o órgão afirmava que os pacientes necessitavam de medicamentos de alto custo, conforme prescrição médica de profissionais da rede pública estadual e por não terem condições financeiras de arcar com os custos dos fármacos, cumpria ao Estado do Ceará o seu fornecimento.

Na peça inicial, o Ministério Público arguiu que houve recusa por parte do Secretário estadual de saúde em disponibilizar os medicamentos solicitados, cujos os quais não tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas são recomendados por pareceres médicos de profissionais que pertenciam ao corpo clínico do Hospital Geral de Fortaleza.

Na defesa da prestação dos medicamentos, o órgão acostou diversos julgados, fez referência a dispositivos constitucionais e ao julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, buscou demonstrar a competência estadual, em caráter suplementar, para executar política pública de insumos e equipamentos de saúde, bem como invocou a necessidade de prestação do mínimo existencial e inviabilidade de utilização da cláusula da reserva do possível. Por fim, requereu a concessão da medida liminar e, no mérito, sua confirmação.

Com o pedido inicial foram acostados dezenas de documentos que relacionava a lista de medicamentos necessários, tais como: Citalopram, Botox, Ortrical, Denozumabe e outros; os receituários médicos com o quadro clínico dos pacientes e a demonstração de necessidade do fármaco para controle e tratamento das doenças.

A ação mandamental foi proposta no dia 20/12/2013, sendo distribuída no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, durante o recesso natalino. No mesmo dia, a desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda, utilizando-se dos artigos 5º, § 1º e 196 da Constituição Federal e de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, deferiu a medida liminar pleiteada, determinando o imediato fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento dos substituídos, conforme descrição exposta na relação acostada ao pedido inicial.

Ainda que devidamente cumpridos os expedientes de notificação da autoridade coatora, o Ministério Público informou nos dias 14/02/2014 e 28/03/2014 que não haviam sido entregues os fármacos requeridos a alguns substituídos que reclamaram perante aquele órgão.

Em resposta, o Estado do Ceará acostou documento no dia 16/04/2014 para comprovar o cumprimento da medida liminar. A documentação apresentada fazia referência apenas a alguns pacientes e dava conta que eles deveriam entrar em contato para entrega do medicamento. Mais tarde, os pacientes informaram não terem conseguido realizar contato com o ente público e, conseqüentemente, os

remédios não foram recebidos.

O Estado do Ceará interpôs recursos extraordinário e especial retidos contra a decisão concessiva de liminar. Na oportunidade, trouxe a impossibilidade do fornecimento de medicamentos que não possuem registro junto a ANVISA, como ocorre na hipótese dos autos. Ainda, no recurso que seria encaminhado ao Supremo Tribunal Federal disse que a decisão recorrida violava o princípio da separação dos poderes, bem como a promoção de políticas públicas pelo Poder Judiciário deveria observar a cláusula da reserva do possível, pois os gastos a serem realizados com a entrega dos medicamentos poderia comprometer a máquina administrativa. Adiante, sustentou que a execução de políticas públicas deve ser pautada pelo princípio da eficiência, não sendo possível a alocação orçamentária em medicamentos cujo fornecimento era proibido, de resultado duvidoso e com custo elevado.

O Ministério Público estadual apresentou suas contrarrazões recursais. Ainda, informou, por diversas vezes, que alguns medicamentos nunca foram fornecidos aos substituídos, ainda que houvesse medida judicial nesse sentido.

Ao proceder o juízo de admissibilidade dos recursos, a Vice-presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará determinou o sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário nº 566.471/RN (Tema 06), afetado pela repercussão geral desde 2007, sendo a discussão objeto do mandado segurança local idêntica aquela tratada pelo recurso do Rio Grande do Norte, referente a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamento de alto custo.

A discussão apresentada no Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário nº 566.471/RN, cujo julgamento, atualmente, encontra-se em conjunto ao recurso extraordinário nº 657.718/MG, trata da possibilidade do Estado ser obrigado a fornecer medicamento de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamento não registrado na ANVISA aos pacientes de doença grave que não tem condições de arcar com seus custos.

No dia 07/12/2007, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional apresentada, cuja Ementa restou assim consignada: SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (STF, REExt nº 566.471/RN, Relator Ministro Marco Aurélio).

Em síntese, o caso concreto dizia respeito à ação de obrigação de fazer proposta por portadora de miocardia isquêmica e hipertensão pulmonar arterial que não tinha condições financeiras de arcar com os remédios necessários ao seu tratamento. Por isso, pediu ao Estado do Rio Grande do Norte que lhe fornecesse ininterruptamente Sildenafil 50 mg, cujo valor da caixa era superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e na data da propositura da ação não estava na relação dos fármacos fornecidos pelo SUS gratuitamente.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido autoral, sendo proposto recurso de apelação cível pelo Estado do Rio Grande do Norte que teve seu seguimento negado pelo Tribunal de Justiça estadual, sob fundamento de que o medicamento era imprescindível à manutenção da saúde da paciente e que esta não tinha condições financeiras para financiá-lo.

Daquele Acórdão, houve a interposição de recurso extraordinário que ascendeu ao Supremo Tribunal Federal, no qual o Estado do Rio Grande do Norte sustentou que foram violados os artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Constituição Federal. Ainda, aduziu a aplicação da cláusula da reserva do possível, vez que o atendimento à decisão judicial implicaria no comprometimento de outras políticas públicas capazes de atender mais cidadãos.

Não foram apresentadas contrarrazões recursais, mas a Procuradoria Geral da República foi instada a se manifestar e opinou pelo desprovimento do recurso. Foi permitida a entrada nos autos de diversos terceiros interessados, entre Estados da Federação e associações, como a Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose (ABRAM).

Iniciado o julgamento do feito, o relator Ministro Marco Aurélio proferiu Voto pelo desprovimento do recurso. Nas suas considerações, entendeu que: o Estado não pode deixar de fornecer medicamento de alto custo ao paciente que o necessita, desde que o produto esteja registrado na ANVISA, complementando a este respeito, a possibilidade de serem fornecidos remédios não registrados, mas testados e certificados no exterior. Ainda, considerou que é válida a atuação judicial, quando violado o mínimo existencial, devendo ser sobreposto o argumento de aplicação da reserva do possível. Por fim, estabeleceu dois requisitos para o fornecimento do remédio de alto custo, o primeiro diz respeito à imprescindibilidade do medicamento, devidamente comprovada e o segundo se refere à incapacidade financeira do paciente e seus familiares de custear o fármaco.

Em seguida, houve o Voto Ministro Luís Roberto Barroso que também decidiu pelo improvimento do recurso extraordinário. O Ministro disse que o Estado é obrigado a entregar o remédio que consta na lista do Sistema Único de Saúde, aqueles que não estão nesta relação, devem ter suas peculiaridades analisadas. Para o Ministro os casos devem ser julgados com ponderação, pois entende que o sistema não comporta a concessão indistinta de todos os remédios independente dos seus custos. Segundo o Voto, para a concessão do pedido, serão observados cinco quesitos cumulativamente, quais sejam: o paciente não ter condições financeiras de arcar com os custos da medicação, o que deve ser comprovado; evidência de que a ausência de registro não foi uma proibição dos órgãos competentes, apenas questões burocráticas que podem não ter permitido ainda sua incorporação no país; a ausência de medicamento substituto incorporado pelo SUS que também seria eficiente para o tratamento; a comprovação de eficácia do remédio com fulcro na medicina baseada em evidências; e, por fim, o pedido judicial deve ser formulado perante a União, visto que é de sua responsabilidade a incorporação ou não de fármacos no SUS.

Ainda no seu Voto, o Ministro Barroso sustentou que o Poder Judiciário e os diversos órgãos de saúde deveriam atuar em conjunto na solução de casos desta natureza, objetivando definir a importância e eficácia do medicamento e sua possibilidade de registro, quando este não houver, devendo os casos em que o remédio possui registro no exterior serem concedidos, excepcionalmente e, desde que exista o pedido de solicitação de registro no Brasil junto à ANVISA, ainda que não analisado. Quanto ao recurso extraordinário nº 655.471/MG, o Ministro deu parcial provimento ao recurso, para determinar o fornecimento do medicamento solicitado, visto que, durante o curso da ação, o fármaco foi incorporado à lista do SUS e registrado perante a ANVISA.

O Ministro Luiz Edson Fachin foi o terceiro a votar e, em suma, seguiu o basicamente o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, onde deveriam ser observados cinco parâmetros para a concessão de pedidos desta natureza, sendo eles: requerimento administrativo prévio à rede pública; indicação do medicamento no laudo médico por meio das denominações comuns brasileira (DCB) ou internacional (DCI); prescrição médica de profissional ligado à rede pública; fundamentação plausível da inadequação de medicamento incorporado e fornecido pela rede pública ou sua inexistência no país; em caso de negativa de dispensa na

rede pública, é preciso laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências, bem como deve ser comparado com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

O julgamento foi suspenso, no dia 28/09/2016, com o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, retornando ao Ministro relator Marcos Aurélio em razão do seu falecimento em janeiro de 2017 e, desde então, não houve a retomada da sessão de julgamento conjunto dos recursos extraordinários nºs. 566.471/RN e 657.718/MG, para que os demais votos sejam colhidos.

A discussão ascendeu ao Supremo Tribunal Federal em 2007 e até os dias atuais não houve deliberação definitiva acerca do caso, diferente disso, o que se tem é o excesso de pedidos judiciais de medicamento de alto custo, cujas demandas são, em sua maioria, concedidas liminarmente ou em antecipação de tutela, sendo o seu julgamento suspenso para aguardar a posição do STF.

Em que pese a necessidade de posição acerca da situação, visto que a decisão do Supremo Tribunal Federal vai guiar milhares de ações por todo o país, não se enxerga a curto prazo solução para o caso, considerando que inexistente previsão para o retorno dos julgamentos.

De todo modo, ainda que apenas três votos tenham sido prolatados, não correspondendo nem metade dos Ministros daquela Corte, pode-se ter indicativos de critérios a serem adotados em demandas desta natureza, visto que houve manifestação anterior em processos com a mesma temática. A posição a ser adotada no julgamento dos recursos deve ser estendida para as demais ações que envolvem o direito à saúde nos tribunais do país. Por isso, sua importância e necessidade de solução.

Ainda que os três votos tenham suas distinções, eles propõem parâmetros semelhantes para a concessão do pedido formulado. A partir disso, vê-se que inexistente controvérsia acerca da obrigação do Estado em prover o direito à saúde, através da prestação material daquilo que o paciente necessita.

De fato, ainda que o direito à saúde deva ser garantido a todos, nos termos que preconiza a Constituição Federal, o certo é que ele não pode ser concedido indistintamente sem observância de critérios médicos e considerando os recursos destinados para o seu atendimento, pois o Estado não vai comportar os custos da judicialização da saúde, da mesma forma que não terá condições de adquirir administrativamente todos os medicamentos e tratamentos que lhes forem

solicitados. O atendimento a determinada demanda importa na omissão de tantos outros pedidos igualmente relacionados à dignidade da pessoa humana.

A meu sentir, critérios como a necessidade de pedido administrativo prévio ao pleito judicial, a negativa ou omissão em analisar o requerimento formulado, devem ser observados; de igual modo, a preferência por fármacos testados, cuja eficiência é comprovada e que se encontram na lista do SUS também é outro ponto a ser considerado, devendo ser estimulado que mais medicamentos elaborados pela indústria farmacêutica brasileira sejam registrados na ANVISA, submetidos à CONITEC e incorporados à lista do SUS, no intuito de seus custos serem barateados, devendo os procedimentos e protocolos serem mais rápidos na sua conclusão; é imprescindível que os órgãos do poder público e do Poder Judiciário responsáveis pelas demandas sanitárias se aproximem com vistas a alcançar decisões mais justas e adequadas, bem como reduzir a judicialização, cumprindo a via judicial tratar apenas de situações excepcionais; e restringir à concessão de medicamentos experimentais e, principalmente, sem registro no exterior, pois não se pode deixar de considerar o lobby da indústria farmacêutica em situações tão sérias como estas.

De certo, a discussão sobre o fornecimento de medicamento de alto custo está longe do seu desfecho, mas considero que os critérios acima referidos aparentam ser razoáveis e eficientes para alcançar o êxito que se espera para solucionar tal problemática, a fim de que se saiba quais os limites dos deveres do Estado, encontrando o equilíbrio entre a efetivação do direito à saúde, para preservação das melhores condições de vida do cidadão, e os custos da obrigação estatal de modo a não comprometer o funcionamento das demais políticas públicas de saúde.

5 CONCLUSÃO

A discussão acerca da judicialização da saúde vem crescendo na mesma proporção das ações judiciais que objetivam a efetivação da prestação material do direito à saúde do cidadão.

Para a concretização administrativa dos preceitos constitucionais é necessária a alocação de recursos e escolhas políticas, o que não vem acontecendo, visto o excesso de processos judiciais que trata da matéria. Diante da ausência da atuação estatal no cumprimento dos seus deveres, o Poder Judiciário se torna apto a promover justiça, concedendo ao cidadão aquilo que ele necessita.

O debate atual acerca do assunto diz respeito aos parâmetros a serem adotados para concretização do direito à saúde pelo poder público, sob imposição judicial, devendo serem consideradas as graves consequências que a judicialização desordenada podem causar no orçamento público, o que, obviamente, deve comprometer a execução das políticas públicas elaboradas, visto que os recursos são limitados.

Assim, buscam-se alternativas para o equilíbrio entre a realização do direito à saúde e a contenção dos gastos públicos realizados com o cumprimento das decisões judiciais, para redução da judicialização da saúde, com soluções administrativas e dialogadas entre as instituições, a fim de garantir que o poder público possa cumprir o seu dever, mas sem tornar sua atuação inviável.

Convém registrar que algumas medidas dependem, primordialmente, do poder público no exercício de suas ações políticas, como garantir melhorias e ampliar os tratamentos assegurados pelo SUS, reduzir as burocracias na incorporação dos medicamentos na sua lista, enfim, é essencial que o sistema de saúde pública funcione sem falhas e, principalmente, sem a necessidade de que a maioria dos seus serviços só seja garantida por via judicial.

Durante todo o estudo, buscou-se enfrentar um dos temas mais atuais e preocupantes que envolvem a jurisdição constitucional brasileira, demonstrando a possibilidade do Poder Judiciário se tornar um meio eficaz na promoção do direito à saúde, observados os limites de obrigação do poder público. Afinal, a saúde é direito de todos, mas seu grau de fornecimento não pode ser ilimitado, especialmente, por incapacidade financeira do ente estatal.

A partir dessas considerações, vislumbrou-se que deve ser observado o

cumprimento do mínimo existencial nas ações políticas de promoção do direito à saúde, devendo ser garantido ao cidadão o mínimo necessário à sua dignidade, saúde e vida. Ainda, deve ser considerada a existência da cláusula da reserva do possível e da inviabilidade da concessão indistinta de todos os pedidos administrativos e judiciais que os cidadãos pleiteiam, seja por insuficiência de recursos ou pelas políticas públicas se tratarem de atividade de competência originária do administrador e não do juiz. Mas, deve-se recordar que a mera alegação de carência de recursos não pode ser utilizada como principal justificativa para a ineficiência estatal nos cuidados da saúde.

Diante de tudo que foi exposto, considera-se que as medidas apontadas, de atuação judicial baseada no princípio da proporcionalidade, decidindo com ponderação de valores o caso concreto, observando, também, os custos da tutela pretendida e a possibilidade de outras alternativas menos onerosas; a análise judicial com critérios técnicos; o diálogo entre as instituições, especialmente, no intuito de alcançar administrativamente o êxito na prestação do direito à saúde; e a preferência por demandas judiciais coletivas em detrimento aos pedidos individuais, são indicativos de um caminho mais efetivo para a solução do problema.

Não se pode afastar do cidadão o exercício do seu direito à saúde, especialmente, com a ausência reiterada do Estado na promoção das garantias constitucionais. Mas, da mesma forma, não se pode comprometer a coletividade que não teve sua necessidade judicializada. Por isso, defende-se o debate efetivo acerca do assunto, com soluções práticas viáveis à promoção racional do direito à saúde, à redução das ações judiciais e à preservação da vida saudável a um número maior de cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, E.S.; CHIORO, A.; ZIONI, F. **Políticas públicas e organização do sistema de saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS.** In: WESTPHAL, M.F.; ALMEIDA, E.S. (Orgs.) *Gestão de Serviços de Saúde*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização à saúde: fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2008a. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2005. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002.** Acrescenta capítulo e artigo à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção,

proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10424.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. **Lei nº 11.347, de 27 de setembro de 2006.** Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11347.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 27 set. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.583, de 10 de outubro de 2007.** Define elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº 11.347, de 2006, aos usuários portadores de diabetes mellitus. Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt2583_10_10_2007.html>

Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013.** Dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html>.

Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 566.471**, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, 28 de setembro de 2016. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>> Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de 16 de junho de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>> Acesso em: 25 out. 2017.

BUCCI, Maria de Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República

Portuguesa Anotada. Coimbra, PT: Ed. Coimbra, 1993.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo Sales. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**, São Paulo: Saraiva, 2013.

GOVERNO DO ESTADO GARANTE MAIS 10 LEITOS DE UTI. Disponível em: <<http://hospitalfernandestavora.com.br/governo-do-estado-garante-mais-10-leitos-de-uti/>> Acesso em: 18 out. 2017.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a Democracia e os Direitos Sociais**. São Paulo: Juspodivm, 2008.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. 2009. UFRGS**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 02 out. 2017.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Editora Podivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Germana Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MURARO, Celia Cristina. **As medidas judiciais para assegurar o direito social à saúde**. 2012. Jurisway. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8203>. Acesso em: 30 set. 2017.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (Constituição). Feito na cidade de Nova Iorque em 22 de julho de 1946, num único exemplar, feito em língua chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, sendo cada um dos textos igualmente autêntico. Os textos originais serão depositados nos arquivos das Nações Unidas. O Secretário-Geral das Nações Unidas enviará cópias autênticas a cada um dos Governos representados na Conferência. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude->

[omswho.html](#) > Acesso em: 15 out. 2017.

PONTES, Ana Paula Munhen; CESSO, Rachel Garcia Dantas; OLIVEIRA, Denize Cristina; GOMES, Antônio Marcos Tosoli. **O princípio da universalidade do acesso aos serviços de saúde: o que pensam os usuários?** 2009. Scielo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v13n3/v13n3a07>> Acesso em: 22 set. 2017.

RIGO, Vivian. **Direito de todos e de cada um.** *In:* ASSIS, Araken de, (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia:** uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo.** Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** 2007. UFSC. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> Acesso em: 19 out. 2017.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil:** principais aspectos e problemas. *In:* Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré (Org.). **Temas aprofundados defensoria pública.** 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

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

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, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde:** ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea:** estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. São Paulo:

Juspodivm, 2009.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.