



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DIANTE DA MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
PÚBLICO DE SAÚDE

Michelle de Souza Silveira Tavares

Rio de Janeiro
2018

MICHELLE DE SOUZA SILVEIRA TAVARES

JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DIANTE DA MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
PÚBLICO DE SAÚDE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F Areal

Néli L.C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DIANTE DA MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Michelle de Souza Silveira Tavares
Graduada pela Faculdade Cândido Mendes de
Niterói. Advogada.

Resumo – o direito à saúde é um direito social, subjetivo e fundamental inerente a cada ser humano que deve ser assegurado pela Ordem Constitucional. Cabe ao Estado fornecer serviços de qualidade e prestar de forma eficaz e adequada a todos, contudo, não é o que vem ocorrendo. Cada vez mais se percebe no Brasil um aumento das demandas judiciais tutelando o direito à saúde na busca pelo fornecimento de tratamentos médicos e medicamentos, envolvendo questões de Judicialização da saúde. O foco deste trabalho é determinar critérios adotados pela Jurisprudência diante do excessivo número de processos compreendendo a falha das políticas públicas pertinentes ao direito à saúde e sua aplicação no âmbito jurisdicional.

Palavras-Chave – Direito Constitucional. Direito à saúde. Políticas públicas de saúde. Poder Judiciário. Judicialização da Saúde.

Sumário – Introdução. 1. A evidente falha do poder executivo na prestação do serviço público de saúde e a busca pela tutela jurisdicional 2. A Judicialização excessiva da saúde e a efetiva prestação do serviço público. Há limites judiciais em decisões sob pena de violar a separação dos poderes. 3. Como o Poder Judiciário vem decidindo nos casos concretos às questões de políticas públicas. Uma breve análise jurisprudencial sobre o direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a Judicialização do direito à saúde, e as demandas excessivas na busca pela tutela efetiva da prestação do serviço. É notório, que o Judiciário cada vez mais se depara com situações emergenciais, no que tange ao direito fundamental à saúde, a qual as suas decisões interferem no destino de cada um desses interesses individuais devido a sua essencialidade. É partir disso, que devem existir determinados critérios que possam auxiliar as suas decisões de forma coerente não só pautadas em critérios jurídicos, mas também em critérios medicinais.

A Constituição Federal estabelece o direito fundamental à saúde, é um direito de todos e dever do Estado, partindo disto, cabe ao Estado assegurar a prestação desse serviço público adotando as políticas públicas necessárias para a sua efetividade. Atualmente, esse direito não vem sendo prestado de forma satisfatória e, é a partir daí que nasce para os indivíduos o direito

de recorrer ao Judiciário a sua tutela, diante da sua emergencialidade é que o Judiciário em casos concretos tem se posicionado.

O tema merece uma atenção delicada acerca do Judiciário e a possível violação da separação dos poderes, já que o Executivo vem sendo falho e omissor nessas situações.

O primeiro capítulo apresenta a falha do Poder executivo na prestação do serviço adotando políticas públicas insuficientes e a busca pela tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde.

O segundo capítulo, dando seguimento ao fenômeno da Judicialização da saúde, traz uma crítica às excessivas demandas em âmbito jurisprudencial para a obtenção da tutela de forma eficaz e a possível violação dos poderes ao adentrar num tema que não é da esfera do judiciário. É dizer, que as políticas públicas pertencentes ao Poder Executivo diante da sua falha levam ao Judiciário se posicionar cada vez mais.

O terceiro capítulo traz uma análise da jurisprudência ponderando os critérios adotados em casos concretos em suas decisões, a sua forma de aplicação e a sua relevância ao direito solicitado. Os critérios são sólidos e seguros para o exercício ao direito fundamental à saúde.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo que possa assegurar que a Judicialização excessiva seja pautada em critérios seguros e sólidos para que a prestação do serviço público seja efetiva.

A metodologia será pautada em procedimentos bibliográficos, na legislação vigente, nos princípios gerais do Direito e nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, serão analisados e interpretados as decisões no cerne da Judicialização excessiva no sistema de saúde brasileira.

1.A EVIDENTE FALHA DO PODER EXECUTIVO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E A BUSCA PELA TUTELA JURISDICIONAL

Os direitos sociais são de alta relevância na sociedade, pois caracteriza formação de um Estado Democrático de Direito o qual deve ser respeitado e cumprido de forma igualitária a todos, conforme preconiza a Carta Magna. O artigo 6º da Constituição Federal¹ diz que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em : 12 de out.2017.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Segundo José Afonso da Silva² afirma “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 uma igualização de situações desiguais”.

Contudo, a atual face da sociedade brasileira não tem sido descrita como no texto constitucional. Cabe ao Estado zelar pelas garantias constitucionais assegurando um serviço de qualidade e prestacional. No entanto, isso não ocorre e cada vez mais há notícias em jornais, televisão e revistas de pessoas que não tem acesso a uma saúde básica, um saneamento adequado, pacientes em corredores de hospitais esperando por um atendimento médico adequado, isto é algo bastante corriqueiro e o final, acaba sendo o óbito.

Entretanto, cabe salientar que o direito à saúde é um direito social, um direito público subjetivo e fundamental ao ser humano. O Estado nada mais é do que o responsável pela sua promoção.

Além de ser um direito tutelado pelo Estado, é um direito de todo cidadão e dever do Estado de integrar políticas públicas de qualidade como forma de aplicar o seu direito fundamental.

Desta forma, o artigo 5º§1º da Constituição Federal preconiza que os direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicáveis, in verbis: “As normas definidoras dos direitos e garantias tem aplicação imediata”. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, eles são responsáveis por uma dimensão objetiva que consiste na vinculação dos demais poderes na efetivação do direito fundamental, os três poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) ambos são compelidos a adotar mecanismos que viabilizem a efetivação deste direito fundamental.

O Poder Legislativo deve fomentar legislações que intensifiquem o direito fundamental à saúde, o Poder Executivo por sua vez, deve adotar medidas administrativas eficazes e o Poder Judiciário usa técnicas processuais e princípios gerais do direito para resolver os conflitos existentes.

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.286.

A dimensão objetiva do direito fundamental à saúde se encontra atrelada à execução destas medidas administrativas pelo Poder Executivo, pois cabe a este efetivar a realização do direito dos indivíduos. Se houvessem vias administrativas adequadas não haveria a Judicialização da Saúde. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais gera aos sujeitos posições jurídicas que podem ser objeto de proteção, inclusive no âmbito judicial. A eficácia dependerá do nível de regulamentação deste direito pela forma que se desenvolveu no legislativo e executivo.

Os direitos fundamentais podem desempenhar inúmeras funções como as funções de defesa, proteção e prestação. A primeira, segundo Canotilho³ “é a função de defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”. A segunda é a função de prestação social e a última, tem a função de proteger os titulares dos direitos fundamentais.

Dessa prima, o direito à saúde assim como todo direito social e fundamental possui dois aspectos: um de caráter negativo e outro de caráter positivo. O de caráter negativo é o direito de exigirmos do Estado que se abstenha de realizar qualquer ato ou medida que venha prejudicar a saúde de terceiros, em contraponto, o de caráter positivo é o de o Estado adotar medidas para prevenção de doenças e tratar delas, pois é um Estado Prestacionista.

Incumbe a esse tipo de Estado fornecer medicamentos, tratamentos médicos hospitalares de forma concreta e necessária. As políticas públicas são essenciais para a atuação do Estado no exercício deste direito fundamental. Na realidade, o atuar do Estado e como ele efetiva, se organiza para a promoção do direito a saúde pouco importa. O importante é que ele assegure o Poder Público em qualquer que seja a esfera no plano de organização (municipal, estadual ou federal) não pode ser indiferente ao problema existente da saúde, caracterizando assim uma omissão, um grave comportamento desleal a atual Constituição.

A prestação positiva do Estado é imposta pela Carta Magna, logo, o acesso à saúde além de ser um direito de segunda geração, diretamente relacionado aos direitos de primeira geração, visto que está relacionado ao direito à vida. A Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 é responsável pela criação do SUS- Sistema Único de Saúde, a qual os serviços de saúde são integrados a uma rede organizada de acordo com a sua região e orientada por princípios norteadores do texto constitucional. De acordo com

³ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra-Portugal: Edições Almedina, 2000, p. 406-407.

esta lei supracitada, em seu artigo 31 e 32, o SUS é financiado com recursos orçamentários da seguridade social dos entes federativos e de outras fontes de custeio.

No Brasil, trata-se de um sistema misto de saúde (público e privado), visto que a assistência à saúde é livremente assegurada à iniciativa privada, de forma complementar, por força do artigo 199 da Constituição. Infelizmente, a má gestão administrativa e financeira do SUS, o sucateamento dos grandes hospitais públicos, a escassez de profissionais médicos e o desvio de verbas da saúde tem prejudicado e muito o sistema público de saúde, ao ponto de sua inoperância servir como veículo de propaganda em favor dos planos privados de saúde.

A precariedade do sistema público de saúde diante da sua insuficiência ou até mesmo da ineficiência de atuação do dever do Estado em fornecer uma assistência à saúde satisfatória, como fornecimento de medicamento ou tratamento médico hospitalar foi um dos fatores relevantes para o surgimento da Judicialização da Saúde.

De acordo com André da Silva Ordacgy⁴

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

A princípio cabe ponderar que todos os direitos fundamentais não são por natureza absoluta e estão sujeitos a limitações, estes limites são decorrentes da própria abrangência do direito a saúde. Como por exemplo, o direito até hoje, tem divergência quanto o assunto é transfusão de sangue de uma testemunha de Jeová – direito à vida x direito a liberdade religiosa.

Por assim dizer, toda a estrutura principiológica dos direitos fundamentais sofrem limitações entre si, sobretudo quando se está diante de uma Constituição democrática que acolheu interesses até antagônicos de diversas classes sociais. Assim, para que sejam fixadas balizas seguras e objetivas para solucionar esses casos de colisão de direitos fundamentais, é necessário analisar o princípio da proporcionalidade que é o primeiro limite à concretização judicial do direito a saúde.

⁴ ORDACGY. André da Silva. *O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública*. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oupublica.pdf>> Acesso em: 13 out.2017.

A partir disso, deve-se dizer que há uma reserva geral de ponderação, a qual todo direito fundamental estará sujeito a uma ponderação específica quando houver dois ou mais direitos fundamentais em conflito. Além disso, se a medida for adequada e oportuna para a solução do caso. E por último, fazendo uso da razoabilidade “reserva do possível” a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para a sua concretização.

Essa insuficiência conhecida pela doutrina e pela jurisprudência como “reserva do possível”. A reserva do possível nada mais é do que a disponibilidade de recursos materiais e financeiros desempenhados pelo Poder Público na prestação de assistência farmacêutica.

Como consequência disso, o fenômeno da Judicialização da Saúde se intensificou nesses últimos anos diante da falha dos entes públicos ao promover uma assistência à saúde de forma e pertinentes aos cidadãos. Em contraponto, atualmente, há um aumento generalizado de decisões judiciais obrigando o Poder Público a fornecer medicamentos (de alto custo ou até mesmo não credenciados na Lista do SUS), insumos, equipamentos e cirurgias. Os magistrados diante de um risco efetivo urgente de vida e de sua relevante importância tendem a desconsiderar o impacto orçamentário em suas decisões e responsabilizar todos os entes da federação ao fornecimento de qualquer item pedido pelo paciente.

2.A JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE E A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO: HÁ LIMITES JUDICIAIS EM DECISÕES SOB PENA DE VIOLAR A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme matéria divulgada pelo Jornal O Globo⁵ “a Justiça tornou-se uma das vias, quase naturais, para resolver problemas de acesso a medicamentos, próteses e vagas para internação no SUS e hospitais privados. Algo bastante corriqueiro quando um indivíduo vê o seu direito à saúde ameaçado e busca pela tutela jurisdicional provocando o Judiciário a resolver os conflitos administrativos existentes e não solucionados pela falha do Estado na execução de suas políticas públicas.

⁵ JORNAL O GLOBO. *A judicialização da saúde*. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/opiniao/a-judicializacao-da-saude-11334080>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

A excessiva Judicialização diante da má prestação do serviço público de saúde segundo Henrique Ribeiro Cardoso⁶:

A Judicialização como condição necessária para a consecução de serviços de saúde acaba gerando um paradoxo. A justiça - uma medida judicial- é posta como uma instância a mais, um balcão a mais, para o reconhecimento de um direito social constitucionalmente assegurado. E o que é pior: a necessidade de um provimento judicial acaba por excluir quem, além de não ter acesso a direitos sociais (saúde, moradia, segurança), também não possui acesso à Justiça. E não custa lembrar que o acesso a um posto de saúde, ou a um médico, é muito mais direto e simplificado do que o acesso ao aparelho judiciário, mediado necessariamente por advogados privados ou defensores públicos [...].

Em texto publicado pela Folha UOL⁷, cada vez mais o Judiciário se depara com essas questões emergenciais de Saúde levando a um debate entre Estados por causar desequilíbrio em suas contas públicas. Seria uma violação do Poder Judiciário ao solucionar essas questões, qual base legal autoriza o Judiciário a invadir questões de políticas públicas?

A Constituição reconhece o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no artigo 5º XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), logo, é direito de todos ter acesso à Justiça quando visam proteger seus interesses diante da omissão estatal.

Relata o autor Marcio de Almeida Farias⁸ em seu livro “O caos na saúde pública brasileira reflete muito bem o descaso de nossos governantes que não estão preocupados em cumprir as normas insculpidas na Carta Maior”.

É mister dizer: o acesso à Justiça é a base de toda demanda processual atrelada ao direito à saúde que pode tratar de um direito individual ou transindividual. Assim, como pode uma pessoa ingressar individualmente pedindo o fornecimento de determinado remédio, nada impede em contraponto que o Ministério público ingresse como uma ação coletiva desejando o fornecimento para uma determinada coletividade⁹.

Para efetuar uma análise da intervenção do Judiciário nas questões que envolvem as políticas públicas de saúde do Poder Executivo sob o prima de uma

⁶ CARDOSO. Henrique Ribeiro. *O paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 57-58.

⁷ A chamada Judicialização da saúde tem crescido em ritmo acelerado nos últimos anos e gerado debates sobre os deveres dos governos - tanto federal, quanto estaduais e municipais - quanto ao direito universal à saúde, previsto pela Constituição a todos os brasileiros. FOLHA UOL. *Entenda a judicialização da saúde e debate do STF sobre acesso a remédios*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml> > . Acesso em: 11 fev. 2018.

⁸ FARIAS. Marcio de Almeida. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 45.

⁹ O Ministério Público é o legitimado para ingressar com demandas coletivas ou até mesmo ações civis públicas pedindo o fornecimento de remédios como base disso temos o artigo 127 da Constituição Federal.

possível violação aos poderes. É preciso traçar algumas considerações que são elas: cada ente federativo possui a sua função dentro do Estado.

Nesse ponto, encontra-se o chamado princípio da separação dos Poderes, conforme artigo 2º da Constituição Federal. Cada poder seja legislativo, executivo ou Judiciário desempenha a sua função no Estado, seja ela função de legislar, outra de administrar ou julgar. O Judiciário somente age quando lhe é provocado e como guardião dos direitos fundamentais é plausível que este assegure que seja efetivado.

E de acordo com Michel Temer¹⁰: “para quem o poder é uno. Significa dizer que não existem “poderes” estatais, mas sim “funções estatais”. O poder do Estado é um só”.

Desta forma, não há o que se falar em violação aos poderes uma vez que o Poder Judiciário é legítimo, ao intervir nas políticas públicas na busca pela aplicabilidade das normas constitucionais que envolvam questões voltadas ao direito à saúde. É a partir disso, dessa intervenção judicial que se busca assegurar o princípio a dignidade da pessoa humana. Não se pode eximir do Judiciário que deixe de apreciar uma ameaça a lesão para se ater há aspectos orçamentários de um Estado, bem como o Supremo Tribunal Federal em voto do Ilustríssimo Ministro Roberto Barroso¹¹, apontou: “[...] O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida [...]”

Posto isso, a que ponto deve um direito individual de um cidadão com seu direito à vida ameaçado se sobrepôr aos demais que aguardam uma solução administrativa por parte do Estado e não tem como escopo uma demanda jurisdicional tutelando este direito. Portanto, deve um direito se sobrepôr aos demais?

É nesse ponto que cada vez mais os Tribunais Superiores buscam uma solução diante da judicialização excessiva, atualmente há um grau elevado de demandas judiciais que os levam a se deparar com questões de cunho emergencial, fazendo com que adotem critérios e/ou as ferramentas necessárias para uma jurisdição mais adequada e coerente para aplicação da Judicialização da Saúde de forma justa e igualitária. Desta forma, a partir da adoção de mecanismos para posteriores decisões

¹⁰ FARIAS apud TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 801676 AgR/PE*. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000244589&base=baseAcordaos> > Acesso em 11 fev. 2018.

não há o que se falar em sobreposição de um direito ao outro, mas sim de fazer valer o seu direito.

3.COMO O PODER JUDICIÁRIO VEM DECIDINDO NOS CASOS CONCRETOS ÀS QUESTÕES DE POLITICAS PÚBLICAS. UMA BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O DIREITO À SAÚDE PELO STF.

A grande questão para análise do Judiciário sobre as questões relativas às políticas públicas no que cerne ao direito à saúde tem grande relevância social e não infringe o Poder do Executivo, uma vez que este deve zelar pelo texto constitucional, e garantir a plena efetivação dos direitos sociais e econômicos como um todo. O Poder Judiciário deve garantir a efetivação da própria Constituição.

O Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 45¹² admitiu a intervenção do judiciário quando houver um abuso por parte do Estado. E partir de quando esse abuso pode ser caracterizado? Quando o Estado se omitir de uma ação estatal deixando de adotar as medidas necessárias para que os direitos sociais venham ser plenamente efetivados.

Como exemplificado por Marcio de Almeida ¹³: a omissão estatal quando o Poder Público deixa de construir um hospital, ou quando não oferece serviços médicos às populações de localidades de difícil acesso. São comportamentos omissivos que devem ser rechaçados pelo Judiciário.

A responsabilidade solidária em políticas públicas de saúde já é algo pacífico na Jurisprudência, pois que cabe ao Estado fornecer medicamento ou prestar um serviço público de saúde a qualquer ente federativo: União, Estado, Distrito Federal ou Município, colocando todos eles ou apenas um, cabe à parte que ingressar escolher contra qual ente deseja demandar diretamente. A saúde é um direito fundamental e responsabilidade de todos zelar por ele.

Os parâmetros utilizados pelos julgadores no que tange a Judicialização à saúde consiste na análise aprofundada do caso concreto. Ainda não há um protocolo específico para ser observado, porém diante do grau excessivo de demandas já vem se adotando alguns critérios.

Os principais casos propostos no Judiciário pode se dividir em: demandas coletivas e individuais, que abordam temas como: solicitação de atendimento médico, vagas em hospitais

¹² BRASIL. FARIAS apud *ADPF n° 45 MC*, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em 10 jun.2018.

¹³ FARIAS, op. cit., 2017, p. 59.

de rede pública ou privada diante do grau emergencial do paciente, fornecimento de medicamentos alguns de alto custo ou não autorizados pela Anvisa, uso de novas tecnologias em tratamentos, cirurgias etc.

Vale ressaltar que em demandas que visem ao direito à saúde emergencial, os julgadores ao decidirem, utilizam de parâmetros como os princípios basilares do direito, a ciência jurídica. O princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República disposto no artigo 1º III da Constituição Federal¹⁴, dotado de valor e considerado como um centro axiológico da nossa Ordem Constitucional, a qual se origina os direitos fundamentais. Serve como base para autorizar, por exemplo, a realização de um tratamento médico ou até mesmo disponibilização de uma vaga de leito em hospital.

Aqui, evidencia-se que é uma questão social, uma falha na gestão pública. O indivíduo não pode ser submetido e/ou limitado ao exercício de seu direito individual por uma falha prestacional do Estado já que o direito a saúde, sobrepõe a qualquer limite orçamentário que o impeça. A vida digna se sobrepõe a reserva orçamentária do Estado.

Desse prisma, deve-se efetuar uma análise dos parâmetros utilizados pelo Judiciário para fundamentar suas decisões no que tange a judicialização. Um dos parâmetros adotados pelos julgadores quanto ao fornecimento de medicamento, é que este seja autorizado pelo Ministério da Saúde, registrados de preferência¹⁵ pela Anvisa com receita médica atualizada e exames com diagnósticos que comprovem a sua necessidade no tratamento do paciente. Ainda se discute na jurisprudência se o médico deve ser credenciado ao SUS, mas tem se admitido que seja por um médico independente de ser credenciado ou não.

No julgamento do RE nº 393175¹⁶ do ano de 2005, o STF acolheu o Recurso Extraordinário de dois irmãos portadores de esquizofrenia paranoide e doença maniaco-depressiva que não tinham condições financeiras de arcar com o tratamento médico e comprar os medicamentos.

Neste RE, o STF¹⁷ considerou o direito à saúde é indissociável ao direito à vida, nos termos do seu voto “dá a efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República

14 BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccvivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em 30 out.2017.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657718 MG*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>>. A possibilidade de o STF não se limitar ao uso de medicamentos não credenciados ao SUS, não incluídos na lista, desde que seja demonstrado de que não há outra opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Acesso em 10 jun.2018.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 393175*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>> . Acesso em 10 jun.2018.

17 Ibidem

(artigo 5º e 196) e representa na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço á vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Outro parâmetro utilizado para fornecimento de medicamento é que esse seja registrado ou não na ANVISA, mas que seja comprovado a sua eficácia por uma entidade governamental congênere, uma medicina dotada em evidencias. É dizer, é preciso que seja realizado um estudo que comprove cientificamente a efetividade do medicamento na cura de determinada doença.

Atualmente, os Tribunais Superiores tem se deparado com questões que remetem ao uso de novas tecnologias para tratamento de enfermidades. O último caso que mereceu grande destaque pela mídia foi a Fosfoestanolamina sintética conhecida como “pílula do câncer”. O uso desta pílula prometia a cura do câncer, a cápsula produzida pelo Instituto de Química de São Carlos agia contra o câncer, contudo, não há qualquer registro na ANVISA e a mesma só continuava a ser produzida pelas demandas judiciais. No julgamento da ADI nº 5501¹⁸ suspendeu a eficácia da Lei nº 13.269/2016 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer” por entender que a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Os testes realizados eram puramente em animais, não foram realizados em humanos o que pode trazer risco à vida, logo, é contrario ao preconizado pela Constituição.

Todavia, ainda que se tenha um direito à saúde deve ser observado se o fornecimento do medicamento pode trazer riscos à saúde do paciente. Logo, devem ser aplicados parâmetros essenciais que efetivem o tratamento do paciente.

No RE nº 566471¹⁹ em julgamento de fornecimento de medicamento de alto custo definiu como critério além da imprescindibilidade do remédio que não haja outro que possa substituir. É dizer, este deve ser o único, e que não haja um substituto terapêutico para o caso.

Nas palavras de Marco Aurélio²⁰ em seu voto:

Se revelada a absoluta inutilidade do medicamento ou, ao menos, a inequívoca insegurança relativamente a resultados positivos, bem como a existência de outro, com menor custo e mesma eficácia, a imprescindibilidade estará afastada.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal *ADI nº 5501 DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: 10 jun.2018.

19BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9203558/recurso-extraordinario-re-566471-rn-stf>> Acesso em: 10 de jun.2018.

20 Ibidem

Em outro julgado numa demanda coletiva ARE nº 727864²¹, o Ministério Público do Estado ingressou com uma ação civil pública em face do Estado do Paraná, sob o óbice do Estado pagar leitos em rede privada para pessoas que fossem atendidas pelo SAMU quando não houver leitos na rede pública. O STF entendeu que é dever do Estado de assegurar o direito à saúde e providenciar leitos em hospitais da rede privada, o pedido foi julgado procedente uma vez que o Ministro relator entendeu que o direito à vida, por ser mais importante deve se sobrepor a justificativa do Estado de interesse financeiro e secundário (reserva do possível).

A Lei nº 6830/76²² dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, entre outros produtos, nesta lei também os produtos registrados no País e a Conitec, por sua vez das tecnologias dos tratamentos com base no SUS. Entretanto, ainda que o medicamento não esteja registrado e possua crivo científico que comprove a eficácia de determinado medicamento, poderá haver a dispensa do registro em sua comercialização.

Outro parâmetro a ser observado pelo magistrado ao se deparar em questões de Judicialização é com base no caso concreto e fazer uso dos critérios pré estabelecidos pela Jurisprudência para decidir a demanda judicial.

Posto isso, os parâmetros da teoria da decisão em âmbito de judicialização deve observar os critérios como: os princípios gerais do direito, não apresentar riscos à segurança do paciente, prescrição médica conteúdo um laudo, crivo científico realizado através de testes que comprovem a sua eficácia, o papel da Anvisa e Conitec para averiguar como determinado medicamento ou tratamento vem sendo adotado no Brasil, a ausência de registro e imprescindibilidade do medicamento atrelada a sua impossibilidade de substituição.

CONCLUSÃO

O presente trabalho evidenciou a aplicação da Judicialização da saúde tendo como base a falha do Poder Executivo na sua gestão administrativa de políticas públicas como forma de assegurar que o direito fundamental da saúde fosse eficaz para a sociedade.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 727864*, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25266092/recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf>> . Acesso em 10 jun.2018.

22 BRASIL. *Lei nº 6360*, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6360.html>. Acesso em 30 mar. 2018.

A busca excessiva por demandas judiciais se dá diante da omissão estatal a qual autoriza o Poder Judiciário a solucionar os conflitos toda vez que houver ameaça ou perigo de lesão ao indivíduo. Portanto, não há o que se falar em violação a Separação dos Poderes quando o Poder de Estado é uno, a qual se divide em três funções: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário ambas as funções integram um todo.

O Estado preconiza garantir a todos que seus direitos fundamentais sejam respeitados e assegurados. A Constituição de 1988 foi pautada como uma forma de garantir que os direitos sociais fossem realizados é a sua base. Não se admite que a simples falha da efetivação de um direito, como por exemplo, aplicando teoria do mínimo possível venha ser aceita, quando a manifestação do constituinte é diversa.

Por este motivo, a presente pesquisa busca auxiliar o julgador ao se deparar com esse tipo de demanda judicial, a maioria de âmbito emergencial versando sobre o direito à saúde, principalmente, deve-se a ter ao caso concreto, e evidenciar elementos caracterizados que o ajudem a solucionar a demanda.

O STF diante de demandas judiciais que tutelavam o direito à saúde adotava como resolução das demandas a aplicação dos princípios gerais do Direito. Hodiernamente, com o número excessivo de ações apenas a utilização desses princípios se tornou insatisfatório, e passou a empregar outros critérios que ajudam e muito o magistrado na sua aplicação que são: prescrição médica conteúdo um laudo, mínimo de riscos à segurança do paciente, crivo científico realizado através de testes que comprovem a sua eficácia do tratamento, a ausência de registro e imprescindibilidade do medicamento atrelada a sua impossibilidade de substituição.

Finalmente, conclui-se que a judicialização da saúde é um problema latente na sociedade que tende aumentar cada vez mais diante da ineficiência de programas e políticas públicas eficientes. O direito à saúde deve ser honrado pelo texto constitucional e pelo Poder Judiciário desde que adote critérios que lhe auxiliem na prestação do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 12out.2017.

BRASIL. *Lei nº 6360*, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6360.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. *Lei 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em 30 mar.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5501 DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: 10 jun.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 727864*, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25266092/recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf>> . Acesso em 10 jun.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº801676 AgR/PE*, Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000244589&base=baseAcordaos>> Acesso em: 11 de fev. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 393175*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>> . Acesso em 10 jun.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9203558/recurso-extraordinario-re-566471-rn-stf>> Acesso em: 10 de jun.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657718 MG*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>>. Acesso em: 10 jun.2018

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra-Portugal: Edições Almedina, 2000.

CARDOSO. Henrique Ribeiro. *O paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FARIAS. Marcio de Almeida. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FOLHA UOL. *Entenda a judicialização da saúde e debate do STF sobre acesso a remédios*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml> . Acesso em: 11 de fev.2018.

JORNAL O GLOBO. *A judicialização da saúde*. Disponível em:<<https://oglobo.globo.com/opiniaio/a-judicializacao-da-saude-11334080>>. Acesso em: 11 de fev.2018.

ORDACGY. André da Silva. *O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública*. Disponível em:<<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oupublica.pdf>> Acesso em: 13 out.2017.

SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.286.