



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RONALDO MITSUO TAIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
UM ESTUDO SOBRE A PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE NO
BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

**Assis / SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RONALDO MITSUO TAIRA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

**UM ESTUDO SOBRE A PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE NO
BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, como requisito parcial a obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Ronaldo Mitsuo Taira

Orientadora: Dra. Marcia Valéria Seródio
Carbone

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

T129j TAIRA, Ronaldo Mitsuo

Judicialização da Saúde: Um estudo sobre a problemática da efetivação da saúde no Brasil e suas consequências jurídicas / Ronaldo Mitsuo Taira. – Assis, 2018.

50 páginas.

Trabalho de conclusão de curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

1. Judicialização. 2. Garantias Constitucionais. 3. Saúde-Brasil.

CDD: 341.274

Biblioteca da FEMA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

Um estudo sobre a problemática da efetivação da saúde no Brasil e suas consequências jurídicas

RONALDO MITSUO TAIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Direito, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: _____
Marcia Valéria Seródio Carbone

Examinador: _____

Assis/SP
2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalhos aos meus amados pais, meu querido irmão Flávio, *in memoriam*, minhas queridas sobrinhas Laís e a pequena Alicia, *in memoriam*, e aos meus amigos de Curso: Renan, Flávio, Izabely, Kaory e Beatriz pela amizade e colaboração e a minha orientadora, Professora Marcia pela orientação e paciência durante a realização deste presente trabalho.

*“Viva como se fosse morrer amanhã.
Aprenda como se fosse viver para sempre”.*

-Mahatma Gandhi

RESUMO

O direito à saúde é fato concreto, previsto em nossa Carta Magna em mais de um artigo. O Caput do artigo 5 prevê, dentre outros, a inviolabilidade do direito à vida, o artigo 6 traz especificamente o direito à saúde e o art. 196 descreve o dever do Estado para com esse tema. Aqui, deve-se então entender "Estado" em sentido amplo, isto é, englobando as esferas executivas, administrativas e judiciárias. O grande problema é que esse direito não é, e nunca será, um direito infinito, pelo contrário é um direito bastante finito, ou seja, não existe a menor possibilidade de o Estado oferecer de tudo para todos. O direito à saúde fica condicionado à distribuição dos cada vez mais escassos recursos públicos e fica a cargo da Administração Pública a análise e distribuição desses recursos. O presente trabalho buscará expor a problemática dessa balança, quase sempre, sem contrapeso, ora penderá para o lado do demandante (indivíduo que busca o acesso ao seu direito à saúde) ora para o lado demandado (O Estado e sua escassez de recursos públicos).

Palavras-chave: Direito à saúde, Mínimo Existencial, Princípio da Reserva do Possível, Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

The right to health is a concrete fact, foreseen in our Magna Carta in more than one article. The Caput of article 5 provides, among others, the inviolability of the right to life, Article 6 specifically brings the right to health and in Article 196 describes as the duty of the State and here we must understand "State" in a broad sense, that is, encompassing the executive, administrative and judicial spheres. The big problem is that this right is not and will never be an infinite right, on the contrary it is a rather finite right, that is, there is no possibility of the State offering everything for everyone. The right to health is conditioned to the distribution of the increasingly scarce public resources and it is the responsibility of the Public Administration to analyze and distribute these resources. The present work will seek to expose the problematic of this balance, usually, without counterweight, either to the plaintiff (the individual who seeks access to his right to health) or to the defendant side (The State and its scarcity of public resources).

Key words: Right to health, Minimum Existential, Principle of Possible Reserve, Health Judicialization.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DA SAÚDE	12
2.1 ORIGENS ETIMOLÓGICAS.....	12
2.2 INFLUÊNCIA RELIGIOSA	13
2.3 ILUMINISMO	14
2.4 FATOR SOCIAL	15
2.5 BIOMEDICINA.....	16
3. A POLÍTICA E A FORMA COMO SE PASSOU A TRATAR A SAÚDE NO MUNDO	17
3.1 A SAÚDE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO: BREVE HISTÓRICO	18
3.2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE	20
4. DIREITO À SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
4.1 A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	26
5. O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	28
5.1 TEORIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	28
5.2 TEORIA DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	30
6. POLÍTICA PARA ASSEGURAR O JUSTO DIREITO À SAÚDE ...	32
6.1 A ÁRDUA EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	32
6.2 JULGADOS DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE	34
6.3 A MÁ FÉ DE ALGUNS INDIVÍDUOS COM FUNDAMENTO NA APLICABILIDADE DIRETA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	36
7. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - JURISPRUDÊNCIAS	39
7.1 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	39
7.2 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	41

8. ALTERNATIVAS PARA A DIMINUIÇÃO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	43
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
10. REFERÊNCIAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

Segundo o Dicionário Michaelis, a definição de saúde é o “estado do organismo com funções fisiológicas regulares e com características estruturais normais e estáveis, levando-se em consideração a forma de vida e a fase do ciclo vital de cada ser ou indivíduo”.

A OMS (Organização Mundial de Saúde) define a saúde como "Um estado de completo bem estar físico, mental e social e não somente AUSÊNCIA de afecções e enfermidades". O que significa, em sentido bem mais amplo, como oferecer condições melhores de vida, por exemplo.

A definição de Judicialização, por sua vez, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, é a "Transferência de Competências (poderes) para juízes e tribunais, de questões de grande repercussão política ou social em função da omissão por parte da Administração Pública”.

O direito à saúde, dentre outros direitos sociais, vem previsto expressamente no art. 196 da Constituição Federal de 1988, que traz:

Artigo 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Percebe-se um fenômeno cada vez maior de aumento de processos judiciais envolvendo o tema saúde, seja requerendo um tratamento específico, seja um remédio de alto custo.

No Relatório "Justiça em números" de 2017, o ano base 2016 demonstrou um crescente aumento dos processos de judicialização de saúde, atingindo níveis assustadores.

Com base no "Princípio da Separação dos Poderes", não estaria o Judiciário adentrando o mérito que pertence exclusivamente à Administração Pública e, portanto, ferindo a independência e a livre harmonia entre os Poderes?

Este trabalho terá por escopo verificar a legitimidade do judiciário acerca do tema. Prestará ainda expor o entendimento adotado por doutrinadores e tribunais superiores através de suas jurisprudências e Acórdãos.

Também será abordada a competência entre os Entes Federados e o que diz a Constituição Federal e Leis que dispõem sobre o tema.

Sem pretender esgotar toda a amplitude e complexidade que o tema comporta, faz-se necessário compreender um breve histórico da evolução da saúde no Brasil e o que previa nossas Constituições anteriores.

Posteriormente o enfoque será nos Direitos Sociais, especificamente o direito à saúde e o fenômeno da judicialização com seus efeitos e consequências.

A conclusão trará uma análise sintética do que foi exposto nos capítulos anteriores, um posicionamento acerca do tema e as possíveis soluções para a problemática abordada.

2. DA SAÚDE

2.1 ORIGENS ETIMOLÓGICAS

Conforme aduz o "Dicionário da Educação Profissional em saúde"¹:

Saúde, em português, deriva de *salude*, vocábulo do século XIII (1204), em espanhol *salud* (século XI), em italiano *salute*, e vem do latim *salus* (*salutis*), com o significado de salvação, conservação da vida, cura, bem-estar. O étimo francês *santé*, do século XI, advém de *sanitas* (*sanitatis*), designando no latim *sanus*: "são, o que está com saúde, aproximando-se mais da concepção grega de 'higiene'. Em seu plural de origem idiomática, o termo 'saúde' designa, portanto, uma afirmação positiva da vida e um modo de existir harmônico, não incluindo em seu horizonte o universo da doença. Pode-se dizer deste ponto de vista, que 'saúde' é, em sua origem etimológica, um 'estado positivo do viver', aplicável a todos os seres vivos e com mais especificidade à espécie humana.

Atualmente, adota-se, em todo o mundo, o conceito da OMS (Organização Mundial da Saúde) que define saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade (OMS, 1946).

Mas, no princípio, a saúde sofreu diversas influências, religiosas, políticas e sociais, as quais veremos a seguir.

¹ Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/sau.html>, acessado em 15/03/2018

2.2 INFLUÊNCIA RELIGIOSA

Segundo Daniel Carlos Neto, na própria Bíblia há relatos de doenças gravíssimas como a hanseníase, na época conhecida como Lepra. Segundo o autor, trazia a Bíblia:

(...) Leproso é aquele homem, imundo está: o sacerdote o declarará totalmente por imundo, na sua cabeça tem a praga. Também as vestes do leproso, em quem está a praga, serão rasgadas, e a sua cabeça será descoberta, e cobrirá o lábio superior, e clamará; Imundo, imundo. Todos os dias em que a praga houver nele, será imundo, imundo está, habitará só; e sua habitação será fora do arraial. (NETO, 2017, p.10)

As doenças eram tratadas, à época, como castigos divinos, e a consequência disso era o isolamento total, passando os doentes a viverem sós e abandonados à própria sorte, até que a morte os levasse.

Já na Idade Média, a população, ainda sob o dogma de que as graves doenças que assolavam os enfermos eram castigos divinos, mas agora acreditando que era preciso salvar os doentes para que alcançassem a salvação das próprias almas, criou casas de assistência aos pobres.

(...) casas de assistência aos pobres, abrigos de viajantes e peregrinos, mas também instrumentos de separação e exclusão quando serviam para isolar os doentes do restante da população. Um dos valores básicos que envolvia a existência dos hospitais do medievo era a caridade, pois cuidar dos doentes ou contribuir financeiramente para a manutenção destas casas significava a salvação das almas dos benfeitores. (NETO, 2017, p.10).

No entanto, a partir do surgimento de doenças novas, alguns médicos da época passaram a questionar esse entendimento religioso, passando a acreditar que as doenças poderiam ser transmitidas de pessoa para pessoa, entendendo, dessa forma, que poderia haver formas de prevenção.

Nos anos 1300, ao tempo da peste negra, um médico árabe relatou que a doença poderia ser contraída pelo contato com os doentes ou através de peças de vestuário, louça ou brincos (Sournia/Ruffie, 1986). De qualquer modo, na visão do mundo dos cristãos medievais, estava contextualizado o temor que a doença imprimia. A sensação de que deveria ser mantida à distância, o necessário afastamento do perigo pressentido, o medo do sofrimento e da morte. (SEVALHO, 1993).

Assim, a percepção sobre as doenças e suas transmissões fora modificada, havendo um entendimento que o contato com os doentes poderia acarretar na transmissão das doenças.

2.3 ILUMINISMO

Com o surgimento do Iluminismo, o dogma dominante da Igreja então é quebrado, dando início a fase racionalista e conseqüente avanço científico.

Era a época da visão mais abrangente em relação às doenças. Sem o pensamento abstrato de que as doenças eram castigos divinos, deu-se início a grandes pesquisas e avanços no campo da saúde, dando ênfase as formas de prevenção e como se evitar o contágio de outras.

Dentre as grandes descobertas na época, pode-se citar a descoberta das vacinas. Doenças como o tétano, tuberculose e meningite, que outrora eram causadoras de milhares de mortes, passaram a ser, enfim, controladas.

2.4 FATOR SOCIAL

Com os avanços em pesquisas científicas geradas a partir da chegada do Iluminismo, deu-se a antecipação do Capitalismo, grandes e inúmeros investimentos em fábricas geraram fatores positivos e negativos.

O fator positivo foi a grande geração de empregos e o negativo é que os empregos eram de jornadas longas e conseqüentemente exaustivas.

Em razão da explosão capitalista, automaticamente, em função das várias fábricas que eram criadas surgiram os grandes centros urbanos e sem o devido planejamento ocasionou-se outros fatores negativos e perigosos, a desigualdade Social e a falta de estrutura, como aponta Neto:

Os graves problemas sociais do início do capitalismo industrial, as desastrosas condições de vida e trabalho, geradas pela formação e crescimento dos núcleos urbanos, e pela necessidade cada vez maior de expandir o capital industrial, às custas da exploração da força de trabalho e da pobreza (NETO, 2017, p. 11).

A partir destes acontecimentos surge então o pensamento de que algo se faz necessário para suprir essa deficiência causada pelo crescimento desorganizado. É quando, então, segundo Neto, Carlos Daniel, foi criado o termo "Medicina Social".

Uma penetração do conhecimento médico no domínio do ambiente social, aplicado ao panorama mercantilista da Alemanha e da França do século XVIII e ao capitalismo incipiente da Inglaterra industrial do século XIX, fez nascer a medicina social no entrelaçamento de três movimentos apontados por Foucault (1979). A polícia médica alemã, uma medicina de estado que instituiu medidas compulsórias de controle de doenças, a medicina urbana francesa, saneadora das cidades enquanto estruturas espaciais, que

buscavam uma nova identidade social, e, por último, uma medicina da força de trabalho da Inglaterra industrial, onde havia sido mais rápido o desenvolvimento de um proletariado. Destes movimentos surgiu então a medicina social, impulsionada pelos revolucionários de 1848 e suas perspectivas de reformas econômicas e políticas, como uma empresa de intervenção sobre as condições de vida, sobre o meio socialmente organizado e pelo modo de vida capitalista conformado pela Revolução Industrial. (NETO, 2017, p.11).

Mas, conforme Carlos Daniel Neto foi apenas na metade do século XIX, no ano de 1848 é que a denominação "Medicina Social" seria pela primeira vez registrada na França e, embora concomitante ao movimento geral que tomou conta da Europa, num processo de lutas pelas mudanças políticas e sociais (NETO, 2017, p.13).

É possível entender que é justamente nessa época que se começa a perceber que o crescimento industrial não trouxe apenas fatores positivos como o surgimento de novos empregos, trouxe junto um grave fator negativo, qual seja o acometimento de novas doenças devido a exaustiva jornada de trabalho por exemplo.

2.5 BIOMEDICINA

Com foco nas pesquisas científicas chega-se a uma nova etapa importantíssima na questão da saúde, passando a dar enfoque na doença e não mais nos indivíduos. É a chamada "Era dos germes", encabeçada por Louis Pasteur os germes são então descobertos e o enfoque passa ser então a doença e não mais os indivíduos, é o que demonstra Carlos Daniel Neto:

Foi somente a partir da segunda metade do século XIX, marcado pelas investigações de Pasteur e Koch, que se inauguraria a Era do Germe, e que transformaria dramaticamente a medicina de "uma profissão orientada para as pessoas para orientada para as doenças". (NETO, 2017, p.13).

3. A POLÍTICA E A FORMA COMO SE PASSOU A TRATAR A SAÚDE NO MUNDO

Segundo Daniel Carlos Neto (2017), foi em 1946 que surgiu o atual conceito da OMS sobre saúde. A partir de então, foram organizadas Conferências para se tratar do tema, devido sua importância e a inclusão de políticas sociais.

Conferências como a Alma-Ata e a de Otawa (1978), no Canadá, foram de vital importância para o tema, e para a forma de como se pensar sobre a saúde, sendo até hoje lembradas como símbolos de transformação.

Algumas das premissas mais importantes estabelecidas na Conferência Alma-Ata de 1978 segundo Carlos Daniel Neto:

I - A conquista do mais alto grau de saúde exige a intervenção de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.

III - A promoção e proteção da saúde da população é indispensável para o desenvolvimento econômico e social sustentado e contribui para melhorar a qualidade de vida e alcançar a paz mundial.

IV - A população tem o direito e o dever de participar individual e coletivamente na planificação e na aplicação das ações de saúde;

VII - 1 - A atenção primária da saúde é, ao mesmo tempo, um reflexo e uma consequência das condições econômicas e das características socioculturais e políticas do país e de suas comunidades.

VII - 2 Compreende, pelo menos, as seguintes áreas: a educação sobre os principais problemas de saúde e sobre os métodos de prevenção e de luta correspondentes, a promoção de aporte de alimentos e de uma nutrição apropriada; um abastecimento adequado de água potável e saneamento básico; a assistência materno-infantil, com inclusão de planificação familiar; a imunização contra as principais enfermidades infecciosas; a prevenção e luta contra enfermidades endêmicas locais; o tratamento apropriado das enfermidades e traumatismos comuns; e a disponibilidade de medicamentos essenciais;

VII - 3 - Inclui a participação, ademais do setor saúde, de todos os setores e campos de atividades conexas do desenvolvimento nacional e comunitário, em particular o agropecuário, a alimentação, a indústria, a educação, a habitação, as obras públicas, as comunicações e outros, exigindo o esforço coordenado dentre todos estes setores;

VII - 4 - Exige e fomenta, em grau máximo, a auto responsabilidade e a participação da comunidade e do indivíduo na planificação, organização,

funcionamento e controle da atenção primária da saúde (NETO, 2017, p. 15)

Uma outra Conferência, realizada em 2005 na cidade de Bangkok, na Tailândia trouxe um enfoque no mundo atual e globalizado. Conforme preceitua NETO:

As Nações Unidas reconhecem que a obtenção do mais alto nível de saúde é um dos direitos fundamentais de qualquer ser humano, sem distinção de raça, cor, sexo ou condição socioeconômica.

A promoção da saúde se baseia nesse direito humano fundamental e oferece um conceito positivo e inclusivo de saúde como um fator determinante de qualidade de vida, incluindo o bem estar mental e espiritual.

A promoção da saúde é o processo que permite às pessoas aumentar o controle sobre sua saúde e seus determinantes, mobilizando-se (individual e coletivamente) para melhorar a sua saúde. É uma função central da Saúde Pública e contribui para o trabalho de enfrentamento de doenças transmissíveis e não transmissíveis, além de outras ameaças à saúde. (NETO, 2017, p. 15).

Diante do breve exposto acerca da evolução histórica, pode se concluir que a problemática que envolve a saúde pública está diretamente atrelada às condições econômicas e políticas de cada país, é o que relata abaixo Carlos Daniel Neto:

(...) a história da saúde pública no mundo está diretamente ligada às situações políticas e econômicas que delineou a trajetória da saúde, as suas necessidades de reformulações e estabelecimento de metas ousadas para garantia desta como direito fundamental ao ser humano. (NETO, 2017, p.17)

3.1 A SAÚDE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO: BREVE HISTÓRICO

O Brasil teve sete Constituições Federais sendo que somente a de 1988 foi a que deu mais relevância ao tema Saúde.

Antecedendo à Constituição de 1988, mais precisamente em 1923 promulgou-se o Decreto Legislativo 4.682, em 24 de janeiro, conhecido como "Lei Elói Chaves".

[...] O Decreto-Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como Lei Elói Chaves, autor do respectivo projeto, assegurou, entre nós o marco inicial na Constituição do Sistema de Saúde, dentro do sistema Previdenciário. (NETO, 2017 p.18).

O Problema é que ainda não era uma lei universal, isto é, de acesso a todos. Como demonstrado acima, o Decreto apenas beneficiava os trabalhadores, uma vez que estava vinculado ao sistema Previdenciário.

A Constituição Federal de 1934 influenciada pela Constituição da República Alemã de Weimar incorporou em seu ordenamento os direitos: Sociais, Econômicos, Culturais, Trabalhistas e Sindicais, que segundo Carlos Daniel Neto:

A República de Weimar inaugurou uma fase inédita de estruturação constitucional do Estado Alemão, com papel mais ativo no desenvolvimento social, na construção de uma sociedade com justiça social pela efetivação dos Direitos Sociais formalizados na Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919 - O social state ou Estado Social de Direito. A ordem econômica e social criada pela nascente República alemã serviu de modelo para alguns Estados no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial. No Brasil, por exemplo, intenso foi o debate sobre as conquistas sociais e constitucionais de Weimar, tendo a carta magna de 1934 sofrido forte influência do recém criado modelo social alemão[...] esta Constituição brasileira praticamente assimilou os idealizados avanços na ordem social alemã, mas apenas em seu aspecto jurídico-formal (NETO, 2017, p.19).

Conforme salientou o autor, a Constituição de 1934, baseada na Constituição Alemã, foi de extrema relevância ao dar a devida importância aos chamados Direitos Social, mas ainda aquém em relação aos desempregados, pois ainda prevalecia os direitos dos trabalhadores.

3.2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Com a mobilização social na década de 70 e 80 frente ao descaso à saúde que até então só privilegiava os trabalhadores formais, o Estado viu-se por necessário uma redefinição da Saúde no ordenamento jurídico brasileiro, é o que traz Daniel Carlos Neto:

Após a derrocada do regime autoritário, com a ascensão do primeiro Presidente da República civil após vinte anos de governos militares, num momento de constituição de um novo pacto social do país, cresceram as articulações em torno da redefinição da política de saúde, que, entre todas as políticas sociais, contava com uma proposta política e substantivamente bem mais articulada. O processo decisório da reforma foi precedido pela criação ou convocação de vários fóruns coletivos, nos quais se foi concretizando, de maneira formal e política, a proposta de transformação da política de saúde. (NETO,2017, pág.22).

Assim, veio a se consolidar na Constituição Federal Brasileira o direito à Saúde, incluído no rol dos Direitos Sociais, os quais serão discutidos no capítulo seguinte.

4. DIREITO À SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Teoricamente, a Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos e garantias sociais, de forma individual e coletiva fez cumprir o seu papel perante os anseios da população

O Caput do Artigo 5º diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida (...)”

O conceito de inviolável, segundo o dicionário Michaelis é o que não se pode violar ou o que não deve ser violado, o que tem sua inviolabilidade garantida pela Constituição.

Extrai-se do artigo a suma importância não só do direito de nascer como também a manutenção da vida.

Já o Artigo 6º anota que: *Artigo 6º - São direitos sociais a educação, à saúde (...)* (BRASIL, 1988).

E acrescenta-se o Artigo 196 que assim diz:

Artigo 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988)

Além da aplicação do Princípio da Universalização do qual todos, sem exceção, tem direito a saúde, reitera-se que é papel e dever do Estado, através da implementação de políticas públicas o provimento efetivo do direito à saúde.

Vale frisar também o que anota o Artigo 197, e, por conseguinte o artigo 198.

Artigo 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito público (BRASIL, 1988).

Logo, a saúde pública, através de lei expressa, será regulamentada, fiscalizada e controlada pelo Estado e de forma descentralizada também por terceiros, pessoa física ou jurídica de direito público.

A descentralização é o fenômeno pelo qual a Administração Pública transfere a prestação de um serviço originalmente público para uma pessoa física ou jurídica (LFG JusBrasil.com.br. acessado em 28/05/2018)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 1988).

Do artigo acima compreende-se a forma de descentralização, ela será realizada em cada nível do governo, de forma democrática e com a participação ativa da comunidade na elaboração, em conjunto, da formulação das políticas públicas.

Pode-se perceber que o tema “Saúde”, dentre outras garantias básicas sociais, foi amplamente amparado dentro do texto da Constituição Federal, reiterando o dever predominante do Estado em prover, através de políticas públicas sua devida efetivação.

Também dentro da Constituição Federal a Seguridade Social é definida como {...} *conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*

Decorridos dois anos da promulgação da Constituição de 1988, através da Lei. 8.080 de 19 de setembro de 1990 foi criado o SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE), cujo objetivo principal era atender a demanda da população em geral no que diz respeito a promover condições de proteção e recuperação de saúde, destacando em seus primeiros artigos:

Artigo 1º - Esta Lei regula em todo o território nacional, as ações de saúde, executadas isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Público ou Privado (Lei 8.080/90).

A Lei do SUS, corroborando com o que veio previsto na Constituição Federal, vem a destacar que a Saúde é um direito fundamental do ser humano e que é o Estado quem deve prover as condições indispensáveis ao exercício desse Direito, pois assim prescreve o Artigo 2 da Lei em seu inciso 1;

Artigo 2º - Inciso 1 - É dever do Estado garantir a saúde através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (Lei 8.080/90)

Acrescenta-se ainda o artigo 5º na sua integralidade:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - A identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - A formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - A assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas

Já em seu artigo 3º a Lei 8.080 traz o que mais se aproxima do ideal proposto pela Organização Mundial de Saúde, qual seja:

Artigo 3 - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo Único - Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Descreve o artigo que a saúde tem a ver, principalmente, com o ambiente em que se vive, o que se alimenta e qual o tipo de acesso aos bens essenciais e serviços essenciais.

Segundo o IBGE cerca de 50 milhões de brasileiros vivem na linha da pobreza (agenciabrasil.ebc.com.br, 15/12/2017).

Consegue-se interpretar do texto da Lei 8.080/90 que a sua efetividade se dará pelo conjunto dos esforços entre a Federação, mobilizando sociedade e Governo para adoção de políticas públicas interligadas com o objetivo de se alcançar uma

qualidade satisfatória não somente na área da saúde, mas em outras áreas sociais, como emprego e moradia.

Os princípios abaixo citados reiteram o ideal de participação coletiva, Estados, municípios e Distrito Federal, vem também ao encontro do “Princípio da dignidade humana” sem diferenciar, raça, cor, religião ou status social.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - Direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - Divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - Descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - Integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - 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;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.

4.1 A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Nos quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 percebe-se que as expectativas geradas pela população brasileira em relação à saúde como direito básico e fundamental não foram suficientes, o tratamento dispensado não é o mesmo para todos os cidadãos e conseqüentemente não se conseguiu diminuir as desigualdades sociais como está previsto na Carta Magna.

Prova disso é o aumento cada vez mais significativo da quantidade de processos judiciais que visam buscar no judiciário o que o Estado não consegue prover.

No Relatório do Conselho Nacional de Justiça "Justiça em números" de 2017, ano base 2016 mostra que os processos relacionados à judicialização da saúde vêm crescendo em relação aos anos anteriores.

De acordo com os dados extraídos da publicação, tramitaram 1.346.931 processos judiciais de natureza cível ajuizados até 31/12/2016 e em trâmite no 1 Grau, 2 Grau, nos juízos especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, o que representa um aumento significativo de 49% em relação ao Relatório anterior².

Sobre o exposto acima Bobbio assim se pronunciou:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los (...). Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento,

² Fonte Blog.ipq.g.edu.br acessado em 05/05/2018

se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações eles sejam continuamente violados (NETO, apud BOBBIO, 1992, p. 24-25).

Os chamados Direitos Sociais são considerados, por grande parte da doutrina, como normas programáticas, isto é, necessitam de uma intervenção legislativa para que se façam cumprir efetivamente, em relação a isso Luís Carlos Barroso diz:

Normas programáticas são aquelas em que o legislador constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelos quais não de orientar os Poderes Públicos. A Legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função (NETO, apud BARROSO, 2002, p.115).

Diante disso, muitas vezes, o Direito Social fica atrelado ao que chamam de "Mínimo Existencial" e à "Reserva do Possível".

5. O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

5.1 TEORIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como dito anteriormente as contraprestações do Estado em relação aos direitos sociais dependem dos recursos por ele arrecadados, e sua efetividade está diretamente ligada aos limites do orçamento, a esse respeito Sarlet é claro.

A colocação dos direitos sociais a prestação sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. (SARLET, p 265).

Para um melhor entendimento do termo “Reserva do Possível” faz-se necessário alguns breves comentários acerca do tema.

O Estado trouxe do Direito alemão o termo "Reserva do Possível" que implica que a efetividade da disponibilização dos direitos e garantias fundamentais está diretamente ligada à existência de reservas, reservas essas oriundas da arrecadação de tributos e delegadas ao Poder Executivo e Legislativo a decisão de quais setores serão investidos o dinheiro público arrecadado, sobre isso Fernando Facury Scaf é claro.

{...} os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada "Limite do Orçamento" que depois foi transladada para o Direito, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, com o nome de "Reserva do Possível". O significado é o mesmo: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização da economia geral. (Scaf, *apud* Carlini, 2014)

Da mesma forma, Ana Paula de Barcellos expõe sobre o tema:

{...} de forma geral, a expressão "Reserva do Possível" procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas. {...} a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta. É importante lembrar que existe um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente (friso meu): Pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. A rigor sob o título da reserva do possível convivem ao menos duas espécies de fenômenos. O primeiro lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como reserva do possível fática.

{...} O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.

Do exposto acima percebe-se a limitação do Estado em prover os recursos necessários já que fica atrelado ao limite orçamentário, este, nunca suficiente o bastante para suprir a demanda.

A questão levantada acima, para grande parte da doutrina, é chamada de limitação fática. Outra questão diz respeito à limitação jurídica do provimento dos recursos, a esse respeito Barcellos assim se posiciona:

Sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática dos recursos, algo próximo da exaustão orçamentária e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do poder público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos, e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática.

O segundo fenômeno trata-se de uma questão jurídica, o Estado precisaria de uma dotação orçamentária para a prestação de determinados serviços públicos. Ou seja, o Estado se abstém de prestar um direito social se valendo da desculpa de não

haver a dotação orçamentária necessária ou suficiente para determinada prestação de serviço público. Segundo Krell, o Brasil apresenta um dos piores quadros de distribuição de renda de todo o mundo, ainda segundo o autor, ter que se condicionar os direitos sociais a disponibilização de recursos do Estado implica redução de sua eficácia a nada, é condenar os direitos sociais a simples palavras jogadas dentro da Constituição. (Krell, 2002, p.54).

A principal questão negativa do exposto é que quem sofre com isso é a população brasileira, formada na sua maior parte por pessoas pobres, e essa é uma realidade dura e cruel. O acesso aos serviços essenciais para essa população carente é difícil e penoso. Portanto, o Estado não pode se valer dessa escassez de recursos para se abster de prestar o seu dever constitucional de prover o direito a um viver com o mínimo de dignidade. Seria ignorar o “Princípio basilar da dignidade humana”.

5.2 TEORIA DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Baseado no “Princípio da dignidade humana” o termo em questão originou-se na Corte Constitucional Alemã Lá, o termo "Mínimo Existencial" foi definido como o que "é necessário à existência digna" (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*).

O conceito de "Mínimo Existencial" poderia ser entendido como a função do Estado de prover, através de recursos públicos, acesso à saúde, educação, moradia, diretamente ligada ao Princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido afirmam Sarlet e Figueiredo

[...] na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o Princípio da dignidade da pessoa humana. Não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal não pode ser concebido meramente como proibição

de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também, uma postura ativa no sentido de garantir a vida (SARLET E FIGUEIREDO, apud, CARLINI, 2014)

O exposto acima corrobora a afirmação de que o indivíduo, a partir do nascimento, tem direito a condições mínimas de sobrevivência, direito a uma alimentação adequada, a ter um teto para viver, direito à educação, ao trabalho, condições essas que lhe garantam a oportunidade de buscar condições para que possa melhorar a sua condição de vida.

[...] Só os direitos da pessoa humana, referido a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. Assim, ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou das pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral (CARLINI, 2014)

Percebe-se claramente a subjetividade com que as definições acerca do tema “Direitos Sociais” são expressas, mas ao “Mínimo existencial” não, o Estado tem o dever de oferecer uma existência digna e essa existência tem que ser baseada em pilares objetivos, direito a uma moradia digna, a uma alimentação digna, direito a um trabalho digno, direito à uma assistência médica digna. Esse mínimo é respeitado? Infelizmente, a resposta é não.

O desrespeito é claro, gera revolta, mas infelizmente, essa é a realidade da maioria. Os direitos Sociais fazem parte das normas programáticas ficando a cargo dos estudiosos do direito a sua correta interpretação, e quando violados ou não cumpridos por pura omissão do Estado, fica o dever do judiciário o papel de protegê-lo.

No capítulo seguinte será discutido o fenômeno da Judicialização da Saúde, fatos concretos e posicionamento do judiciário acerca do tema.

6. POLÍTICA PARA ASSEGURAR O JUSTO DIREITO À SAÚDE

6.1 A ÁRDUA EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como é sabido, toda a prestação de serviços públicos oferecidos pelo Estado tem por contrapartida a arrecadação de tributos, ou seja, a efetividade dos direitos sociais deve ser proporcionada pelo Estado e suportada por toda a sociedade, que a provêm por meio de pagamento de tributos e de outras prestações.

O problema ocorre quando esses recursos não são suficientes. A respeito disso, Barcellos assim se posiciona:

Se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática, serão normas irrealizáveis. Luís Roberto Barroso já identificara essa situação, em que a manifesta ausência de condições materiais condena a norma desde o seu nascedouro, como uma forma de insinceridade normativa. O que se pretende enfatizar, portanto que, ao cuidar da interpretação do direito público em geral, e do constitucional em particular é preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos. (BARCELLOS, 2002, p.259).

Outro problema que se apresenta para a efetividade, e já exposto no capítulo anterior, é a apresentada como "Reserva do Possível" que implica limite de recursos perante a prestação da garantia aos direitos sociais e fundamentais, assim anota-se o pensamento de Barcellos:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão reserva do possível e popularizado, em boa parte, pelo empenho da Administração Pública em divulgá-lo e argui-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico. (BARCELLOS, 2002, p. 261).

No entanto, a escassez de recursos orçamentários não pode servir de justificativa para o não cumprimento de um preceito fundamental e básico compreendido na Constituição Federal de 1988, qual seja o Princípio da Dignidade Humana.

Caso isso aconteça o cidadão tem pleno direito de pleitear o cumprimento judicialmente. Sobre essa questão, Krell assim preceitua:

Onde o Estado cria essas ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade de participação do cidadão. E caso a legislação não conceder um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação vital, o cidadão pode recorrer ao direito fundamental de igualdade em conexão com o Princípio do Estado Social. (Krell, 2002, p. 60).

Está claro, no ordenamento jurídico dentro da Constituição Federal, a obrigação prestacional dos Órgãos Públicos acerca de assegurar, pelo menos, o mínimo do direito reservado à saúde.

Esse mínimo deve-se incluir tanto os serviços médicos, hospitalares e também os farmacológicos, acerca do tema Lopes assim se pronuncia:

O direito aos serviços médicos e farmacológicos, indispensáveis à manutenção da própria vida, gratuito no Brasil, subjetiva-se diante de cada caso em concreto, em ordem a legitimar o acesso pronto e diretamente exercitável em juízo, de todos e cada um, em face dos Poderes Públicos. (LOPES, 2010, p.88).

Percebe-se, assim, a queda de braço entre os direitos objetivos à saúde descritos na Constituição Federal e aos sempre escassos recursos públicos, diante do embate, quando não há o provimento do direito à saúde o judiciário torna-se o único caminho viável para a resolução do grave problema.

6.2 JULGADOS DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE

O judiciário tem o condão de ser o "Fiscal da Lei", buscando, muitas vezes, equalizar as grandes diferenças econômicas existentes em nosso País.

Nesse caso específico, atender aos hipossuficientes à regra de igualdade material quando o Estado não lhes provém, acerca disso já se posicionou o Supremo Tribunal Federal em uma de suas decisões:

EMENTA: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento Constitucional Direito à Saúde. Medicamentos, Fornecimento a pacientes carentes. Obrigação do Estado.

I - O Acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta.

II - A disciplina do Artigo 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal.

III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes

IV - Agravo Regimental improvido. Ag. Reg. bo Agravo de Instrumento. Relator(a) Ricardo Lewandowski. Julgamento 19-05-2009 - Órgão Julgador: Primeira Turma (NETO, 2017, p. 54).

Assim também se pronunciou o Tribunal de Justiça do Amapá:

ADMINISTRATIVO.APELAÇÃO CIVEL.AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.DOENÇA GRAVE.FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO POR PARTE DO ESTADO.DIREITO A VIDA E A SAÚDE, DEVER DO ESTADO.

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

2 - O fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado, para portadores de moléstias graves, é possível, quando comprovadas, nos autos, a necessidade premente e a hipossuficiência do requerente.

3 - Recurso não provido. (Processo N. 0032442-51.2006.8.3.0001, Relator Desembargador Carmo Antônio, Câmara Única, julgado em 27 de outubro de 2009, publicado no DJE N. 116-2009 em 30 de outubro de 2009 (NETO, 2017, p. 54).

Nota-se que os Tribunais, de uma maneira geral, reconhecem e positiva os direitos sociais resguardados na Constituição Federal quando por um motivo ou outro, não forem providos pelo Estado.

Acrescenta-se ainda que a responsabilidade de fornecimento básico de saúde compete a todos os entes federativos cuja responsabilidade nestes casos é solidária, assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal em outro de seus julgados:

EMENTA; Suspensão de Liminar. Agravo Regimental Saúde Pública. Direitos Sociais. Art.196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento. SL 47AgR-PE-Pernambuco na suspensão de liminar Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente)Julgamento: 17-03-2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. INAPLICÁVEL A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMAS DIVERSOS.ACORDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 16-11-2012. (NETO, 2017, p. 56)

Percebe-se que o entendimento dos Ministros do STF vai ao encontro do entendimento jurisprudencial no sentido de que a responsabilidade nestes casos é solidária, ou seja, o dever de prover o direito à saúde é dividido entre todos os entes federativos, não sendo atribuído responsabilidade maior a um ou outro ente.

6.3 A MÁ-FÉ DE ALGUNS INDIVÍDUOS COM FUNDAMENTO NA APLICABILIDADE DIRETA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O papel do Poder Judiciário não é e nunca será o de substituir o Poder Legislativo, mas sim o de dirimir conflitos quando regras impostas em leis não forem observadas e cumpridas.

Ocorre, muitas vezes, a literal interpretação do texto da lei (Art.196 da CF) sem analisar o contexto entre todos os envolvidos. É claro o direito assegurado na Constituição Federal, mas esse direito deixa de ser um direito coletivo em detrimento de um direito individual diante de tal interpretação.

Resumindo o dilema, muitas vezes, o Poder Judiciário, já em Primeira Instância aplica literalmente o que vem descrito na Constituição Federal, assegurando o direito à saúde, de forma individual, reconhecendo tratamento médico ou farmacológico, sem analisar se está incluído nos serviços Públicos de saúde ou ainda se é um "tratamento experimental" onerando os cofres públicos com um gasto não previsto em seu orçamento.

Em contrapartida aos julgados em favor de quem busca na justiça um provimento à saúde, alguns indivíduos de má fé aproveitando-se da literal interpretação do texto da lei maior obtiveram vantagem indevida mediante fraudes chamadas de "Máfia das Próteses".

Esse esquema ardiloso entre fornecedores, hospitais, médicos e advogados envolvia a aquisição exagerada e irregular de próteses, colocando vidas em risco com cirurgias desnecessárias.

O esquema usava documentos falsos para enganar a justiça. Uma indústria de liminares que explorava o sofrimento de pacientes desviava o dinheiro do SUS e encarecia os planos de saúde.

Só no SUS, são realizadas, por ano, 7 milhões de cirurgias que usam próteses, e algumas empresas oferecem meios de fraudar licitações de hospitais públicos. O gerente da empresa diz que para fraudar a licitação era só exigir uma particularidade que só era fornecida pela empresa em questão, que haveria a chamada "dispensa de licitação".

O fato mais assustador dentre as fraudes era a indicação de cirurgias sem a necessidade, colocando em risco a vida de pessoas inocentes.

A chamada "Indústria de liminares" era a responsável pelos pedidos de cirurgias desnecessárias.

O esquema funcionava assim: Depois de esperar na fila do SUS, pacientes iam até os hospitais para realizar a consulta. Ali, em vez de dar o atendimento pelo SUS, os médicos encaminhavam os pacientes para um escritório de advocacia. Com documentos falsos e orçamentos de cirurgia superfaturados eram montados as falsas liminares para obrigar o Governo a bancar os procedimentos.

O advogado apresentava a justiça três orçamentos de médicos (todos falsos) para que os desembargadores escolhessem o de menor valor cujo orçamento era o do fraudador.³

³ Fonte: www.g1.globo.com, acessado em 04-01-2015

É triste perceber que em um país onde a saúde beira o caos existam pessoas que manipulam de forma fraudulenta a justiça para se obter vantagem econômica em detrimento do sofrimento dos outros.

Enquanto a maioria tem tão pouco, alguns não se contentando com o que tem, e muitas vezes não é pouco, sempre querem mais, não se importando o quão isso fará falta aos demais, sem se importar com o próximo que é o básico ensinamento religioso, seja qual for a religião.

7. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - JURISPRUDÊNCIAS

7.1 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O STJ já decidiu que o Ministério Público é parte legítima para propor demandas acerca da forma solidária dos entes federativos em relação ao não fornecimento de medicamentos aos que se encontram vulneráveis economicamente.

Com esse sentido, o acórdão proferido em 25-04-2018, tendo como Relator o Ministro OG FERNANDES e o Órgão Julgador a S1 - Primeira Seção, aduz:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB A SISTEMÁTICA DOS REPETITIVOS. DEMANDAS DE SAÚDE COM BENEFICIÁRIOS INDIVIDUALIZADOS, INTERPOSTAS CONTRA ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SUPOSTA AFRONTA AOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 1, V, E 21 DA LEI N. 7.347-1985, BEM COMO AO ART. 6 DO CPC 1973. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 1 DA LEI 8.625-1993 (LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). APLICABILIDADE RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC-2015, CC O ART. 256 E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

(...) 5. Assim, inexistente violação dos dispositivos dos arts. 1, V e 21 da Lei 7.347-1985, bem como do Art. 6 do CPC 1973, uma vez que a atuação do Ministério Público, em demandas de Saúde, assim como nas relativas à dignidade da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1 da Lei 8.625-1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

6. Tese jurídica firmada: O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamento nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos

individuais indisponíveis, na forma do art. 1 da Lei 8.625-1993(Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).⁴

Assim ficou estabelecido, perante essa jurisprudência do STJ, que não existe hierarquia de qual ente público deve fornecer o tratamento ou os medicamentos, uma vez que ela deve ser exercida de forma solidária.

Outro Acórdão interessante fora proferido em 25-04-2018, tendo como Relator o Ministro Benedito Gonçalves e o Órgão Julgador a Primeira Seção. Referido julgado diz respeito ao fornecimento de medicamentos não constantes da tabela do SUS.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC 2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos. A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls.14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os protocolos clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas por entes públicos.

Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19M da Lei 8.080-1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.026 DO CPC 2015. A Concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a

⁴ Fonte: www.stj.jus.br, acessado em 26/05/2018.

presença cumulativa dos seguintes requisitos: (I) Comprovação, por meio de laudo médico que assiste ao paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (II) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (III) Existência de registro na ANVISA do medicamento.⁵

Diante desse Acordão, se o tratamento ou fármaco for imprescindível ao bem-estar do indivíduo, ainda que não descrito na tabela do SUS, deve o Estado disponibilizar ao paciente, desde que ele obedeça determinados pré-requisitos, como a hipossuficiência por exemplo.

Há de se ter a percepção de que não se trata de qualquer fármaco ou tratamento, faz-se necessário um laudo médico atestando que tal tratamento, ou fármaco, seja imprescindível a recuperação ou manutenção da saúde do paciente, haja vista que que existe a intenção, por parte do legislador, de proteger o bem-estar do indivíduo não concedendo tratamentos "experimentais" sem comprovação científica sobre a eficácia, efetividade e segurança do mesmo.

Acrescenta-se ainda a possibilidade de se aplicar multa diária a ente público que se recusa a fornecer medicamento para tratamento de moléstia grave.

7.2 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Consoante ao entendimento do STJ, também se posiciona de forma positiva o STF no sentido de entender que é cabível o fornecimento de tratamento não previsto no normativo do SUS e também a forma solidária de disponibilização de tais tratamentos entre os entes federativos, como descrito no recente Acordão abaixo aduzido, cujo Relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma:

⁵ Fonte: www.stj.jus.br acessado em 26/05/2018

EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 1973). O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamentos não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem quanto à comprovação da necessidade de tratamento não previsto pelo SUS faz-se necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, providência inviável neste momento processual (Súmula 279-STF). Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo Regimental a que se nega provimento (RE 831.385-AgR-RS, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma).

Percebe-se claramente o alinhamento uniforme perante os Tribunais superiores acerca do tema discutido, tanto no que diz respeito a solidariedade entre os entes federativos quanto a disponibilização das efetivas políticas públicas.

8. ALTERNATIVAS PARA A DIMINUIÇÃO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Existem, funcionando em alguns Estados, alternativas propostas pelo próprio judiciário para tentar amenizar o efeito cada vez mais crescente de demandas judiciais envolvendo o tema Saúde.

Um exemplo louvável é do Distrito Federal, cuja parceria do Secretaria do Estado de Saúde do DF e da Defensoria Geral do DF tem obtido grande resultado no que diz respeito à diminuição envolvendo ações judiciais.

Promulgada como Portaria em 26 de fevereiro de 2013, foi criada a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS).

A CAMEDIS tem como missão institucional buscar solução às demandas por serviços e produtos de saúde com o intuito de se evitar ações judiciais ou antes de propô-las oferecer soluções até mesmo para aquelas que já estão em trâmite.

Vale a pena frisar o Art. 4 da mencionada Portaria que diz:

Compete a CAMEDIS:

I - Promover mediação em demandas por serviços ou produtos de saúde a serem fornecidos pelo SUS no Distrito Federal.

II - Buscar conciliação e propor soluções para demandas judiciais em trâmite;

III - Tomar conhecimento das demandas judiciais e administrativas levadas à ciência da CAMEDIS por qualquer de seus membros integrantes;

IV - Propor a órgãos e entidades da Administração Pública do Distrito Federal responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas associadas à saúde pública no DF, medidas para melhoria e cooperação⁶.

⁶ Fonte: www.tjdft.jus.br., acessado em 27/05/2018

A CAMEDIS objetiva a realização de reuniões para conciliação e mediação entre pacientes usuários do SUS e os gestores da rede pública de saúde do DF. O foco é tentar, ao máximo, se evitar os conflitos judiciais envolvendo demandas por serviço de saúde.

Nesse tipo de mediação os pacientes são assistidos por Defensores Públicos do Núcleo de Saúde e Secretaria de Saúde (SES-DF). Esse contato direto paciente-Defensoria ajudou muito a inibição de novos processos judiciais sendo muitos casos resolvidos sem que houvesse a necessidade de se postular demanda judiciária. Essa iniciativa foi a grande ganhadora do prêmio Innovare - Edição XI -2014⁷.

Já no Estado de São Paulo foi criada uma parceria entre o TJSP, a Secretaria Estadual de Saúde, o Ministério Público e a Defensoria Pública chamada de ACESSA SUS.

O Governo de São Paulo passa a oferecer, na capital e Grande São Paulo, um local para solicitação de medicamentos e remédios.

Por meio do acolhimento presencial do paciente, técnicos buscarão atendimento da demanda pelo SUS: a substituição do fármaco por outro compatível e que conste do arsenal terapêutico já disponibilizado ou, ainda, a formalização da solicitação administrativa.

Além do atendimento direto aos pacientes, o ACESSA SUS também receberá demandas administrativas via Ministério Público e Defensoria Pública, evitando-se ações judiciais desnecessárias.

No caso do TJSP, quando os juizes da 1 Região administrativa judiciária receberem uma ação com pedido de medicamento contra o Estado, poderão consultar diretamente o ACESSA SUS sobre a viabilidade do fornecimento. A consulta é por e-

⁷ Fonte www.premioinnovare.com.br, acessado em 27/05/2018

mail e os técnicos responderão em até 30 dias e em casos de urgência clínica o prazo será de até 72h⁸.

São dois exemplos que estão servindo de modelo a outros Estados, o que ajuda em todos os sentidos aos envolvidos. Diminuindo principalmente o volume de processos e a efetivação da disponibilidade dos tratamentos e fármacos aos que deles necessitam.

⁸ Fonte: www.tjsp.jus.br, acessado em 27/05/2018

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou evidenciado, neste presente trabalho, que o tema se trata de um assunto bastante polêmico, pois a devida efetivação dos direitos sociais depende de recursos públicos.

Ainda assim é explícito que o direito à saúde é legítimo, descrito dentro dos direitos e garantias fundamentais e em outros artigos da Constituição Federal.

Ficou claro também a função do Estado como provedor e responsável pela sua devida efetivação por meio da implementação de políticas públicas.

O papel da implementação de políticas públicas é distribuído entre todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os recursos públicos arrecadados pelos entes públicos deverão ser por estes geridos para distribuição, de forma íntegra e responsável, efetivando a correta distribuição e efetivação das políticas públicas.

Evidenciou-se também a questão do mínimo existencial, com base principalmente no Princípio da dignidade humana frente à reserva do possível. O Estado não pode se apoiar na desculpa da “Reserva do Possível”, se assim fosse, o artigo 5,6 e 196 seriam apenas falsas promessas expressas em palavras vazias.

Diante do exposto, leva-se a entender e compreender que é justa a legitimação da judicialização de saúde, mas sempre se observando algumas condições e limites.

Quando o Estado se omite em não prover o que é de direito ao cidadão é papel do judiciário fazer que se cumpra, desde que pautado num direito justo e não vejo agressão ao Princípio da Separação dos Poderes.

Entendo também, que não cabe ao judiciário autorizar tudo o que é solicitado nas demandas judiciais, como tratamentos alternativos sem comprovação científica por exemplo.

É evidente que em nenhum país do mundo, por melhores condições econômicas que tenha, não é capaz de suprir de tudo para todos.

Faz-se necessário o incentivo cada vez maior de aproximação cidadão-Administração Pública-Judiciário para que se tente, de forma efetiva, a resolução envolvendo essas demandas, se não a resolução que se tente pelo menos amenizar a situação, buscando formas alternativas de resolução.

10. REFERÊNCIAS

ALMA-ATA. Alma Ata. 1978. Disponível em: http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Alma-Ata.htm. Acesso em 28. marco.2018

CARLINI, Angélica, 2014 – Judicialização da Saúde Pública e Privada – Livraria do Advogado Editora LTDA.

BARCELLOS, Ana Paula de – A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, 2 Ed. Rio de Janeiro, renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto – O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas, 8 Ed. Rio de Janeiro, renovar, 2006.

Blog.Ipo.G.edu.br

BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, 2 tiragem, São Paulo, Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 25 Edição, São Paulo, Malheiros, 2010

BOTELHO, Ramon Fagundes. A Judicialização do Direito à saúde. A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado. 2014.

BRASIL. LEI 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 de outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constitucional, 6 Ed. Coimbra, Almedina, 2002.

CARTA DE BANGKOK PARA A PROMOÇÃO EM UM MUNDO GLOBALIZADO, Bangkok, 2005. Disponível em <http://www.bvsde.paho.org/bvsdeps/fulltext/cartabangkokpor.pdf>. Acesso em 28.mar.2018.

Crerios definidos pelo STJ trazem pouco avanço na judicialização da saúde.

Disponível em www.conjur.com.br. Acessado em 28.mar.2018.

GONCALVES, Luciano Meni. O Direito Fundamental Social à Saúde: Do Biopoder às audiências Públicas de Saúde. 2012 Disponível em <http://www.fsdm.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/19.pdf>. Acesso em 28.mar.2018.

KRELL, Andrea Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial do Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. PORTO ALEGRE: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LEVIDICO. Biblia. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/acf/lv/13>. Acesso em 28.mar.2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima, Direitos Sociais, Teoria e Prática, São Paulo, Método, 2006

LOPES, Mauricio Caldas, Judicialização da Saúde, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

“Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias” - Disponível em www.g1.globo.com – acessado em 28.mar.2018

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves, Público e Privado na Política de Assistência à saúde no Brasil. Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2007.

NETO, Carlos Daniel, Judicialização da Saúde Pública, uma análise Contextualizada, Editora Motres, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, Coimbra. 2004.

NUNES, Antônio José Avelãs, SCAFF, Fernando Facury, Os Tribunais e o Direito à saúde, 2011. Livraria do Advogado Editora Ltda.

NUNES, Everaldo Duarte, Saúde Coletiva: Histórias e Paradigmas. São Paulo. FIOCRUZ, 1998.

Portaria Conjunta N 01 de 26 de fevereiro 2013. Institui a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS). Disponível em www.tjdft.jus.br. Acessado em 28.mar.2018

SEVALHO, Gil, Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. Rio de Janeiro, 1993. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X199300022&script=sci_arttext.

Acesso em 09.nov.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 10 Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA – STJ – Jurisprudências – Disponível em www.stj.jus.br – Acessado em 28.mar.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL – STF – Jurisprudências – repercussão Geral – Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 28.mar.2018

STJ - “Acessa SUS” evitará ações desnecessárias para fornecimento de remédios, disponível em www.tjsp.jus.br. Acessado em 28.mar.2018.

TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária”. Porto Alegre – Livraria do Advogado.2008.
www.michaelis.uol.com.br – Acessado em 28-03-2018.