

A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE PELO VIÉS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: COMO OBTER MEDICAMENTOS PELA VIA JUDICIAL

THE JUDICIALIZATION OF ACCESS TO HEALTH THROUGH THE BIAS OF THE HERMENEUTIC CRITICISM OF LAW: HOW TO OBTAIN MEDICINES THROUGH THE COURTS

Me. Emerson da Silva Costa¹
Me. Mauro Mateus Caetano Costa²

RESUMO

Este trabalho aborda um tema bastante abrangente abarcando a esfera social, econômica e jurídica, sendo de grande destaque na sociedade. Visa questionar se a intervenção judicial perante a ineficiência do SUS, na obtenção de medicamentos para tratamentos de saúde é benéfica ou traz prejuízos à sociedade acreana como um todo. A saúde é um direito que deve ser encarado como um direito fundamental subjetivo, passível de ser tutelado judicialmente, caso o Estado não cumpra com suas obrigações. E em conformidade com a Constituição Federal, 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. Tratando especificamente acerca da lei 8080/90, a qual predispõe a respeito das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Esta lei é responsável por regular as ações e serviços de saúde executados em todo o território nacional. A metodologia utilizada na pesquisa está relacionada à bibliográfica qualitativa, utilizando-se de materiais jurídicos teóricos, a fim de contemplar o conhecimento de livros e outros artigos. Assim, o principal viés de contemplação dos assuntos abordados é a Crítica Hermenêutica do Direito, a fim de abraçar o mote através de uma visão mais exegética, procurando o afastamento da singularidade do autor perante as ações práticas legais. Para execução deste trabalho procurou-se fundamentar os conceitos e teorias correlacionados ao objetivo pelas técnicas de análises de informações disponíveis relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Direito à saúde. Intervenção Judicial à Saúde Pública. Lei 8080/90.

¹ Advogado com atuação na área Constitucional, Cível e Empresarial. Mestre em Direito - Área de Concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, com a Linha de Pesquisa em Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais, junto à Universidade de Marília.

² Professor de Língua Portuguesa, formado na Universidade Federal do Acre (Ufac). Mestrando no Programa de Pós-graduação Linguagem e Identidade, com o enfoque em Literatura Comparada entre escritos amazônicos e africanos.

ABSTRACT

This work addresses a very comprehensive topic covering a social, economic and legal sphere, being of great prominence in society. It aims at whether a judicial intervention in the face of the inefficiency of the SUS, as far as medicines for health treatments is questioned or brings everything to Acre's society as a remedy. Health is a right that must be seen as a subjective foundation, liable to be judicially protected, if the State does not comply with its obligations. And in accordance with the Federal Constitution, health is a guaranteed right for all and a duty of the State of universal risk, social policies and services to universal and egalitarian services to reduce disease and equal access to actions and for their promotion, protection and recovery. Dealing specifically with law 8080/90, which predisposes regarding the conditions for the promotion, protection and recovery of health, the organization and operation of the corresponding services. This law is responsible for health actions and services performed regularly throughout the national territory. The methodology used in the research is related to the qualitative bibliography, using theoretical legal materials, in order to contemplate the knowledge of books and other articles. Thus, the main responsible for the contemplation of the subjects understood is the Critique Hermen, in order to embrace the motto more through an intention of the author's singularity as recommendations. To carry out this work sought to substantiate the concepts and correlated to the objectives of search of available information to the subject.

Keywords: Right to health. Judicial Intervention to Public Health. Law 8080/90.

1. INTRODUÇÃO

A judicialização do acesso à saúde no Brasil é tema bastante relevante, haja vista que o desenvolvimento da nação está relacionado a bons índices de desenvolvimento social, sendo este um dos índices mais importantes, pois atinge a dignidade da pessoa humana, um princípio constitucional fundamental.

Nos últimos anos, houve um aumento expressivo de demandas judiciais contra o Poder Público, massacrado pela escassez de recursos que atravessa o Estado. É importante a abordagem desse tema, tendo em vista que atinge toda a população do País, inclusive o Estado do Acre.

Tem-se observado uma judicialização excessiva em busca do direito à saúde, principalmente no que tange à falta de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e tratamentos diversos, incluindo o Tratamento Fora de Domicílio – TFD e a disponibilização de exames de alta e média complexidade, fazendo com que o Poder Judiciário lance os olhos a esse fenômeno recorrente.

Nunca se falou tanto em Direito à Saúde como nos últimos tempos e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a sua garantia, travando-se uma luta diária a

implantação desse serviço, pois o SUS enfrenta muitos problemas na sua consolidação e a judicialização tem afetado a maioria dos municípios.

O direito público à saúde tem sido largamente judicializado na última década e essa corrida ao Judiciário significa que algo vai mal, pois sua missão é reparar a lesão a direitos.

Importa destacar que as políticas de saúde melhoraram substancialmente, mas esse fator não impediu a busca desenfreada da população por medicamentos e tratamentos especializados por meio de demandas judiciais.

Na esteira desse raciocínio, como fundamento de defesa do Estado, lança-se a impossibilidade de o Poder Judiciário estar executando funções que sinteticamente não seriam suas, como a implementação de políticas públicas.

O usuário do SUS só poderá demonstrar interesse jurídico para agir, postulando em juízo, quando o sistema público de saúde lhe negar a disponibilização de medicamentos ou tratamentos de eficácia, conforme pretendido. A escassez orçamentária que possa surgir em decorrência das decisões judiciais não pode ser obstáculo para a obtenção dos procedimentos e medicamentos.

As implicações do tema Saúde ocorrem no âmbito social, legal e econômico. Os governos não conseguem oferecer o mínimo de condições à população, quando na verdade deveriam ter como destaque as políticas públicas de saúde para ofertarem um melhor atendimento ao usuário do SUS. Segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS, saúde pode ser definida como um estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 traz de forma expressa que é dever do Estado prover aos cidadãos o acesso à saúde.

Assim, entendemos que a saúde é um direito fundamental subjetivo, passível de ser tutelado judicialmente, caso o Estado não cumpra com suas obrigações, já amparadas pela legislação. Nessa senda, o cidadão se sente estimulado a exercer o seu direito, reivindicando perante o Poder Judiciário, quando violado.

Como prevê o artigo 5º da nossa Carta Magna de 1988, o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, e segundo o disposto no artigo 1º, inciso III, da mesma Carta, é fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo direito dos mais fundamentais. Logo, caso esse direito fundamental não seja

tutelado de forma correta e eficaz ao cidadão, pode levá-lo a uma situação de indignidade e, até mesmo, à morte.

Portanto, a obrigação do Estado em fornecer aos usuários todos os medicamentos necessários ao bem-estar da vida saudável, está diretamente ligada ao direito à saúde, não podendo essa obrigação ficar limitada ao orçamento reduzido que é destinado à saúde pelos entes públicos, bem como às listas restritas disponibilizadas pelo SUS.

As pessoas prejudicadas começaram a ter a consciência de buscar no Poder Judiciário os seus direitos, acreditando terem como resultado, a sua efetividade. A acolhida do Poder Judiciário encorajou as suas pretensões e se tornou um verdadeiro incentivo buscar uma liminar para sair da fila ou garantir um determinado medicamento.

O que ocorre, no entanto, é que a obrigação relacionada ao direito fundamental à saúde está sendo cumprida de forma insatisfatória, razão pela qual aqueles que precisam de medicamentos se vêm na obrigação de recorrer junto ao Judiciário, ingressando com a ação, visando receber do Estado o medicamento pleiteado.

Mesmo assim, o que ainda se vê, é que o governo tem muita dificuldade em ofertar à população serviços de saúde de qualidade, criando um indicativo de que não poderá sustentar por muito mais tempo a crescente demanda de sentenças que lhe vem sendo impostas.

O Sistema Único de Saúde – SUS é regulamentado pela Lei nº 8080/90 e Lei 8142/90, que foi criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Segundo essas Leis Orgânicas, é de cunho obrigatório os atendimentos aos cidadãos de forma gratuita, sendo proibido, sob qualquer pretexto, a cobrança em dinheiro.

Mas, ainda existe uma certa obscuridade entre o que está realmente regulamentado pelas leis acima mencionadas como função primordial do SUS e o que os indivíduos esperam ao buscar tratamentos médicos e medicamentos, sendo esse impasse um dos responsáveis pelo crescimento desordenado de ações que visam assegurar o direito à saúde, o qual está devidamente amparado pela Constituição Federal de 1988.

A partir da entrada do novo milênio, o cidadão se sentiu estimulado a exercer o seu direito diretamente, ou a reivindicá-lo perante o Poder Judiciário, quando violado, pois, a partir dessa consciência, as pessoas prejudicadas começaram a buscar no Poder Judiciário a sua efetividade.

O Acre vivencia um aumento de busca de assistência judicial aos direitos dos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS tanto no setor público como no privado. Por todo o exposto, este trabalho visa questionar se a intervenção judicial perante a ineficiência do SUS, na obtenção de medicamentos para tratamentos de saúde, é benéfica ou traz prejuízos à sociedade, tendo em vista que nos últimos anos tem aumentado sobremaneira, essas demandas.

2. BREVE HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O Ministério da Saúde foi instituído no dia 5 de julho de 1953, com o surgimento da Lei nº 1.920, que desdobrou o então Ministério da Educação e Saúde em dois ministérios: Saúde e Educação e Cultura. Porém, a história da Saúde Pública Brasileira se iniciaria apenas em 1808. Foi a partir da lei supracitada, que o Ministério passou a encarregar-se, especificamente, das atividades até então de responsabilidade do Departamento Nacional de Saúde – DNS.

Mas, essa estrutura não dava ao órgão governamental o perfil de Secretaria de Estado, apropriado para atender aos problemas da saúde pública já existentes, limitava-se apenas à ação legal e a mera divisão das atividades da saúde e educação, antes incorporadas a um só ministério. Mesmo sendo a principal unidade administrativa de ação sanitária direta do governo, essa função continuava sendo distribuída por vários ministérios e autarquias.

O Ministério da Saúde passou por diversas reformas e estruturas. Importa destacar a reforma de 1974, na qual as Secretarias de Saúde e de Assistência Médica foram englobadas, passando a constituir a Secretaria Nacional de Saúde, para reforçar o conceito de que não existia dicotomia entre Saúde Pública e Assistência Médica.

No mesmo ano, a Superintendência de Campanhas de Saúde Pública – SUCAM (atual FUNASA) passa à subordinação direta do Ministro de Estado, possibilitando-lhe, assim, maior flexibilidade técnica e administrativa, elevando-se a órgão de primeira linha. Surgiram as Coordenadorias de Saúde compreendendo cinco regiões: Amazônia, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste.

Finalmente, surgiu a Constituição Federal de 1988, determinando ser dever do Estado garantir saúde a toda a população e, para tanto, criou o Sistema Único de Saúde – SUS. Em 1990, o Congresso Nacional aprovou a Lei Orgânica da Saúde, nº 8080, detalhando o funcionamento do sistema.

A Constituição de 1988 já estava inserida em uma época de retorno ao regime democrático, logo após o esgotamento do regime militar. Em 1985 foi editada pelo presidente José Sarney a Emenda Constitucional nº 26 e encaminhada ao Congresso Nacional. Assim nasceu a atual Constituição Brasileira, após a convocação de uma Assembleia Constituinte. Essa Constituição possui em seu artigo 5º uma lista com 78 incisos, sob o maior rol de garantias fundamentais de todas as Constituições que o país já possuiu e declara em seu artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2018a).

Este direito à saúde citado no artigo supramencionado, passou a ser direito de todos, tendo como predicados, a universalidade, a integridade, a equidade e a obrigação do Estado de acordo com os artigos 6º e 196 a 200, da Constituição Federal da República de 1988.

3. A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO VOLTADA AO CONTEXTO DA SAÚDE

Para que possamos entender o a relação da crítica hermenêutica do Direito (CHD) com a judicialização do acesso à saúde, é salutar entendermos o que essa teoria de Lenio Luiz Streck, desde a concepção básica do vocábulo hermenêutica.

Sua origem etimológica remete o grego *hermeneuein*, que em suas mutações históricas assumiu a forma hoje conhecida, porém, com a gênese na mitologia em volta de Hermes, o mensageiro dos deuses.

A utilização do termo sempre foi usada pelos estudiosos da teologia, referindo-se aos conceitos das análises textuais na figura da ciência que analisa os signos em seu valor simbólico incorporado nas linhas frias, abrangendo também, em definições um pouco mais profundas, sobre o guia prático das mensagens. E por conseguinte, tal referência pode ser importada para o mundo jurídico quanto ao conjunto de regras e princípios usados na interpretação do texto *per se* em seus termos legais, por assim dizer. Além de ter o ponto de convergência, em ambos os casos, na teologia e no direito, da resolução findar na ação concreta dos textos sagrados ou da lei.

Assim, segundo o próprio Lenio Streck (2021a), a principal preocupação é quanto se

é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, p. ex., de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensa cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação

a um determinado caso concreto não são de fato atos separados, ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

Dentro do conceito deste trabalho, podemos então perceber que as leis supracitadas necessitam, como qualquer texto legal, de uma base hermenêutica sóbria, conforme o contexto gera as ferramentas para essa interpretação, esbarrando na problemática trazida pelo teórico nas seguintes palavras:

Na doutrina e na jurisprudência do Direito ainda domina a ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a vontade da norma, o espírito de legislador, a correta interpretação do texto, etc. Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica (ontoteológica) nesse campo de conhecimento. (STRECK, 2021a)

Para fins elucidativos, traremos aqui o tema, ainda da saúde, para o contexto da pandemia da Covid-19 que alastrou o mundo a partir de 2019/2020. Dentro das perspectivas da afirmação que todo “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” (STRECK, 2021a), o juiz do trabalho Laércio Lopes da Silva afirmou em entrevista que “não se vacinar era um direito fundamental” (STRECK, 2021b). Enunciado um tanto quanto controverso, como o próprio Lenio Streck (2021b) elucidada: “De pronto, não se trata de o Estado obrigar (veja-se a decisão do STF; trata-se de o Estado poder estabelecer ônus para quem não se vacina (ser demitido do trabalho). Portanto, deixemos, de pronto, isso bem claro.”

Assim, na hermenêutica do Dr. Laércio “a intervenção em um direito fundamental somente se faz quando presente autorização constitucional para uma intervenção justificada, com ponderação de valores (sic) e suporte na proporcionalidade por exigência do interesse público.” (STRECK, 2021b).

O que vemos, com tudo isso, é um detalhamento micro da perspectiva complexa que é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Em uma situação prática, reafirmando a assertiva anterior de que todo “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” (STRECK, 2021a), isso não abre precedentes para que haja inferências arbitrárias ao texto de lei, pois “quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. [...] Isso não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.” (STRECK, 2021a).

Logo, toda e qualquer menção legal citada neste artigo está sob a teoria da Crítica Hermenêutica do Direito. Por essa razão também a citação derradeira nos assuntos abordados, pois se em termos gerais cada caso (no mundo jurídico) é singular, a prescrição prévia no texto

de lei vem para assegurar que cada cidadão brasileiro seja amparado pelas definições gerais do nosso mote: Judicialização do acesso à saúde: como obter medicamentos pela via judicial.

Deste modo, as afirmações da particularidade do caso específico devem ser suprimidas perante a CHD, como bem explica Lenio Streck (2021a):

Assim, embora os juristas – nas suas diferentes filiações teóricas – insistam em dizer que a interpretação deve se dar sempre em cada caso, tais afirmações não encontram comprovação na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem pautas gerais, conceitos lexicográficos, verbetes doutrinários e jurisprudenciais, ou súmulas aptas a resolver casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de pautas gerais, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação? A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão.

Para então entendermos a prática da lei 8080/90 e todas aquelas que compõem as ações da judicialização do acesso à saúde, cabe a visão exegética do texto escrito, marcado pelas frias letras descritas em linhas mortas, trazendo-as para a realidade, e que assim possam cumprir o propósito a qual foram concebidas, em facilitar ao acesso daqueles que precisam ser amparados por elas.

4. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

A garantia constitucional do acesso à justiça, também chamada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, está consagrada na inteligência do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que diz:

Art. 5º 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, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 2018a).

O *caput* do art. 5º revela o direito à vida como um direito individual fundamental, que, por sua vez, é expressão da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (TERRAZAS; SANTOS, 2014, p. 63).

Neste importante dispositivo constitucional também se encontra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão do qual, no Brasil, somente o Poder Judiciário tem jurisdição, sendo o único Poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada.

O direito do acesso à justiça supera inclusive uma garantia constitucional, sendo elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos, tamanha a sua importância, pois também está previsto na 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (BRASIL, 2018).

Logo, pode ser dito que a garantia constitucional do acesso à justiça se relaciona diretamente com os demais princípios constitucionais, como o da igualdade, haja vista que esse direito não é condicionado a nenhuma característica pessoal ou social, sendo, portanto, uma garantia ampla, geral e irrestrita.

O sujeito do direito à saúde é toda a população. Seu acesso é universal e igualitário. Universal no sentido de não haver discriminação quanto à garantia do direito, como condição socioeconômica, geográfica, idade e sexo. É um direito de todos e dever do Estado em empreender os meios necessários para a sua fiel execução e efetivação.

Assim, é possível afirmar que a Constituição de 1988 deu total importância ao quesito saúde, algo nunca visto em nenhuma outra Constituição. Importante notar que a Carta Magna atribuiu ao direito à saúde *status* de direito fundamental, fazendo com que se tornasse um direito de todos e dever do Estado, de forma solidária, entre União, Estados e Municípios. Isso significa que, havendo a negativa de qualquer desses entes federados, o cidadão fica resguardado a pleitear, via Poder Judiciário, esse direito.

Deve ser dito ainda, que as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo, pois, ao Poder Público, dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, conforme está previsto no artigo 197, da Constituição Federal:

Art. 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 privado (BRASIL, 2018a).

De acordo com o que ensina Silva (2002, p. 805, grifo nosso), “a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde e, sobre tais ações e serviços, tem ele integral poder de dominação, que é o sentido da palavra *controle*”.

Portanto, resta indubitável a existência da garantia constitucional do acesso à justiça, por meio da qual toda pessoa interessada poderá invocar seu direito ou ver cessada a ameaça empregada contra esse direito.

4.1. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Falar em competência dos entes federativos no SUS é discorrer sobre sua forma organizativa, que impõe a integração de serviços federativos em rede, na região da saúde, considerando a complexidade tecnológica dos serviços que pressupõem escala, situação geográfica, demográfica, aglomerados urbanos, capacidade socioeconômica e técnica, fundados nas necessidades de saúde da população.

Cabe observar que foi atribuída à União, Estados e aos Municípios pela Constituição Federal de 1988, a competência para criar leis que versem sobre a saúde, assim como mostra o artigo 24, inciso XII:

Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII – previdência social, proteção e defesa da saúde (BRASIL, 2018a).

Interessante trazer a lume também a previsão legal expressa no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, que diz que a responsabilidade em promover a saúde é dos entes estatais (União, Estados e Municípios), de maneira solidária, atribuindo a cada esfera do governo uma direção, dessa forma haverá regionalização e organização dos serviços de saúde.

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 (BRASIL, 2018a).

Insta salientar que a repartição de competência comum entre os entes federativos nem sempre foi tarefa fácil e, na saúde, isso se complica mais ainda pelo fato de o SUS ser um sistema interfederativo de organização de serviços, no qual os entes compartilham suas responsabilidades para que, por exemplo, o cidadão de um município de pequeno porte possa ter atendimento de maior complexidade na rede interfederativa de saúde, da qual o seu município faz parte.

4.2. DO DIREITO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Uma das ações do Sistema Único de Saúde é a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, como prevê o art. 6º, inciso I, alínea “d”, da lei 8080/90:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: [...]; d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; (BRASIL, 2018b).

Nota-se no art. 19-M e seguintes da lei supracitada, que a dispensação de medicamentos deve ser prescrita de acordo com o protocolo clínico para a doença a ser tratada, senão vejamos:

Art. 19-M A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado (BRASIL, 2018b).

Dessa forma, cabe anotar também a previsão legal expressa no art. 19-P, que preceitua: I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Do exposto trazido, nos termos do diploma legal, a disponibilização de medicamentos deve ser feita, prioritariamente, com base em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e, inexistindo este, em conformidade com relações de medicamentos. Percebemos que qualquer alteração, bem como o surgimento de novos medicamentos ou procedimentos, será apresentada e inserida pelo Ministério da Saúde, como prevê o art. 19-Q:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (BRASIL, 2018b).

Na esteira desse raciocínio, vale anotar que o fornecimento de medicamentos está intimamente ligado ao direito à saúde e, principalmente, à vida. Atualmente, as pessoas têm recorrido ao Poder Judiciário na busca da efetivação de um direito constitucional. Por conta disso, o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do RE 271286/RS, proferido pelo ministro Celso de Mello, da Segunda Turma, analisando a matéria constitucional relacionada à saúde, assim se manifestou:

[...] O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] – o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, [...]. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12.09.2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (BRASIL, 2018).

Como pudemos perceber, o ministro enfatizou que o direito à saúde se qualifica como direito fundamental público subjetivo, assegurado pela Constituição Federal e que não se aparta do direito à vida.

Alerta, ainda, na mesma decisão, para o caráter programático do contido no art. 196 da Constituição Federal, que tem como destinatários os entes políticos da Federação, pois como já é sabido, ou deveria ser plenamente conhecido pelos profissionais da saúde e população em geral, o Direito à Saúde é instituto jurídico abarcado pela nossa Constituição Federal da República desde o ano de 1988.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A INCOMPREENSÃO DO SUS

5.1. O DESAFIO DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Conforme nos afirma Sarmiento (2008, p. 570), “a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos destinados ao atendimento de todos os direitos fundamentais e demandas sociais”.

O direito à saúde pressupõe um comportamento ou uma ação positiva do Estado para que finalmente se concretize, pois, a saúde, enquanto direito individual, é prestação que exige complexa estrutura e elevado custo e, principalmente, deve ser compreendida enquanto prestação devida a todos.

Neste aspecto, há de ser dito que o Estado não pode ser visto como um vilão, que nega todo e qualquer direito aos indivíduos. Na verdade, ele quer apenas racionalizar a distribuição dos recursos públicos, porque se for direcionado muito dinheiro para uma só pessoa, vai faltar recursos pecuniários para centenas de pessoas.

Não se trata de negar o direito ao cidadão e remédios a todo custo, mas sim otimizar, tentar aplicar o máximo possível o que determina a legislação do SUS em relação aos recursos públicos, naturalmente escassos no atual cenário econômico, embora as necessidades relacionadas ao direito à saúde sejam ilimitadas.

O que o Estado quer, é poder comprar o máximo de medicamentos para o máximo de doenças e de pessoas possíveis. O que fica inviável para ele é gastar muito dinheiro com um único medicamento para uma pessoa apenas, ou seja, a gestão pública jamais poderá ser pautada na concessão de privilégios de um em detrimento da coletividade.

Neste sentido, pertinente é a ponderação:

A alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete uma busca de aproximação, ou melhor, de efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance. No caso do Brasil, o Estado é o principal responsável e acumula deveres legais de proteção da saúde, no plano individual e coletivo, como também de prover os meios para o cuidado de todos os cidadãos (VENTURA *et. al*, 2018, p. 45).

Oportuno comentar que a concessão de medicamentos e tratamentos médicos por meio de processos judiciais, principalmente por meio de liminares, desestabiliza a harmonia desse sistema, facultando uma ingerência do Poder Judiciário na esfera precípua dos demais poderes do Estado.

Não se pode esquecer, inclusive, que tal atuação terá repercussão direta sobre a alocação de recursos públicos, atingindo, ainda que não intencionalmente, toda a população beneficiada pelo Sistema Único de Saúde (Lei 8080/90).

Neste aspecto, há de ser dito que não se trata de inexistência de controle judicial da atividade administrativa, nem mesmo de negativa de direito à vida e à saúde da população, mas é necessária a consciência de que a concessão de medicamentos e tratamentos fora dos critérios estabelecidos pelo administrador poderá acarretar efeitos desastrosos para os demais beneficiários do Sistema Único de Saúde.

Ante ao fato de os direitos fundamentais sociais exigirem prestações positivas do Estado, põe-se em destaque sua dimensão econômica e a análise não apenas da conveniência e

oportunidade de adoção da medida, mas, principalmente, da possibilidade, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se desprenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica e financeira.

Assim, em relação à saúde, optou o administrador brasileiro, com fundamento na teoria da reserva do possível, em concretizar os direitos sociais levando-se em conta a “reserva do financeiramente possível”, utilizando-se de escolhas que alcançassem a maior parte da população, ainda que, para tanto, algumas situações específicas tivessem que ser excluídas (BRASIL, 2018).

A partir da teoria alemã, entendeu-se que a ideia dos direitos sociais e prestações materiais dependem da disponibilidade financeira de recursos. Como bem sustenta Sarlet (2018), “mesmo o Estado dispondo dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Por isto que muito se discute sobre a possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, realizadas por meio de ordens para adoção em concreto e em específico de atitudes do Poder Executivo para solucionar um caso particular, em detrimento de outros tantos.

Se for considerado apenas um único paciente, não será possível argumentar pela falta ou insuficiência de recursos, ou pelo desatendimento dos critérios de inclusão e exclusão adotados pelo administrador. Contudo, a consideração do caso coletivo revela que a concessão de um tratamento ou medicamento fora dos critérios previamente estabelecidos pelo administrador, quebra a isonomia entre os beneficiários, criando injustiças ainda maiores.

5.1.1 Política Nacional de Assistência Farmacêutica: entendendo a integralidade

O art. 7º, inc. II, da lei n. 8080/90 define a integralidade 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”.

Em outras palavras, a integralidade assegura aos usuários do Sistema Único de Saúde o acesso às prestações de saúde, preventivas e curativas, individuais e coletivas, bem como atendimento nos mais diversos níveis de complexidade, da atenção básica ao tratamento ambulatorial e hospitalar, o que inclui procedimentos dos mais variados, exames diagnósticos, cirurgias, além de dispensação de medicamentos, produtos e insumos de saúde.

A respeito, esclarece Octávio Luiz Motta Ferraz (2007), nestes termos:

A expressão “atendimento integral” deve ser interpretada à luz do conceito de integralidade em saúde que a inspirou, um conceito técnico, muito mais complexo e rico do que o estrito sentido literal da palavra. Remonta ao movimento da “medicina integral” surgido nos Estados Unidos e que, no Brasil, assumiu contornos bastante particulares ao ser encampado pelo movimento sanitário que influenciou fortemente a constitucionalização do direito à saúde na década de 1980. Integralidade em saúde compreende três ideais inter-relacionados: enxergar o paciente como um todo, e não apenas como portador de uma doença específica; integrar ações preventivas com ações curativas; e integrar todos os níveis operacionais de atenção à saúde (primário, secundário e terciário). É mais próximo do significado de integração, portanto, que de integralidade.

Facilmente se percebe que integralidade não significa dar a cada um o que este afirma necessitar, sem qualquer critério ou limite. Muito menos implica para o Estado a obrigação de disponibilizar ao usuário do SUS todas as tecnologias de saúde disponíveis.

A razão é óbvia: as necessidades de saúde são infinitas e os recursos orçamentários para custeá-las são sempre limitados. Além disso, o texto constitucional exige uma Administração Pública responsável e comprometida com os resultados. Em suma: uma Administração Pública eficiente!

Nesse contexto, o Sistema Único de Saúde – SUS deve observar critérios objetivos para a disponibilização de novas tecnologias à população. Isso porque, além de ser uma exigência constitucional o emprego racional dos recursos públicos, o Estado é responsável pela segurança e qualidade dos serviços prestados.

Assim sendo, a integralidade deve ser entendida como organização da oferta de serviços de saúde e, conseqüentemente, de produtos, insumos e medicamentos necessários, conforme a necessidade social, a evidência científica disponível, a importância para as políticas públicas de saúde e a disponibilidade orçamentária. Tais fatores devem ser obrigatório e conjuntamente analisados, para a tomada de decisões de saúde, sob pena de completa inviabilização do sistema e quebra da universalidade e/ou da isonomia.

Há, ainda, uma outra circunstância que não pode ser ignorada. O Estado (Poder Público) está obrigado às prestações materiais de saúde e, para fazê-lo, deve socorrer-se às indústrias de produtos de saúde. São elas as responsáveis pela colocação no mercado de uma infinidade de novas tecnologias, nem todas tão inovadoras quanto o esperado.

Sobre o tema, é preciso considerar que:

(...) antes que um medicamento possa ser comercializado, um laboratório precisa protocolar uma solicitação de novo medicamento na FDA. A FDA, então, classifica o medicamento de dois modos. Primeiro, ela examina o composto em si, o que a agência chama de “tipo químico”. Trata-se de uma molécula que já esteja no mercado de alguma forma? Ou será totalmente nova – o que a FDA chama de “nova entidade

molecular (NME)”? Se for uma nova molécula, ela será classificada como um medicamento “de referência”. Se não for, será classificada como um derivativo químico, nova formulação ou combinação de uma droga existente. Ou talvez seja apenas uma droga já existente com um fabricante novo.

O segundo método de classificação é feito de acordo com a probabilidade de que o medicamento apresente algum benefício superior ao dos medicamentos já comercializados para o tratamento da mesma condição. Se isso se confirmar, a FDA irá dar-lhe uma atenção mais rápida. Esse processo chama-se de “inspeção prioritária”, aplicada a medicamentos com probabilidade de representar um “aperfeiçoamento significativo, em comparação aos produtos comercializados, no que diz respeito ao tratamento, diagnóstico ou prevenção de uma doença”. (...)

Novas entidades moleculares não são necessariamente classificadas como medicamentos para inspeção prioritária. Mesmo moléculas totalmente novas podem não ser melhores do que um medicamento já existente para a mesma condição. E, do mesmo modo, os medicamentos para inspeção prioritária não são necessariamente novas entidades moleculares. É possível que uma droga já existente seja modificada de um modo que passe a oferecer uma nítida vantagem de tratamento em comparação com uma versão anterior. Em geral, poderem, um medicamento que possa ser chamado de inovador em qualquer sentido corrente da palavra tanto é uma nova entidade molecular quanto uma droga para inspeção prioritária. Em outras palavras, a droga é uma nova molécula, que, provavelmente, representará um progresso significativo em relação aos medicamentos já comercializados (ANGELL, 2007, p. 319).

O interesse econômico subjacente à matéria de saúde não pode ser desprezado. Pois o mercado da saúde é dominado por multinacionais, dotadas de forte poder econômico, e o Estado brasileiro é um consumidor importante.

É importante mencionar que a interpretação adequada do princípio da integralidade, ora proposta, por si só, afasta alguns dos “mitos” (ou pré-conceitos) que estimulam os processos judiciais e, por conseguinte, o fenômeno da judicialização da saúde, e nem sempre são percebidos pelo Poder Judiciário. São eles:

a) a equivocada ideia de que os medicamentos mais recentes (e, por esse motivo, mais caros) são melhores que os mais antigos: Como enfatiza Marcia Angell, (2007. p. 319), na obra “A verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos – como somos enganados e o que podemos fazer a respeito”, e acima resumidamente exposto, nem todos os medicamentos novos representam, de fato, uma inovação do ponto de vista terapêutico (BRASIL, 2018).

Não raro, tem-se o mesmo medicamento (com mesma ou outra forma química), sem qualquer benefício agregado quanto à eficácia ou à efetividade, a um custo consideravelmente superior.

b) a aceitação da prescrição médica como prova incontestável de necessidade do medicamento específico: A disponibilização de medicamentos pelo SUS pressupõe rigoroso

processo de incorporação para análise da tecnologia em saúde. São avaliados critérios técnicos e econômicos, tudo em conformidade com a melhor evidência científica disponível, especialmente revisões sistemáticas da literatura.

Conforme demonstrado, gasta-se muito com a judicialização, muitas vezes de forma inadequada, com pouco (ou nenhum) retorno para o SUS e, não raro, sem qualquer benefício terapêutico para o paciente contemplado (BRASIL, 2018).

c) o entendimento de que o registro do medicamento na ANVISA implica a necessária e automática incorporação desse mesmo medicamento ao SUS, impondo ao Estado sua efetiva disponibilização: O registro de determinado medicamento na ANVISA possibilita sua disponibilização no mercado brasileiro, porquanto verificado pelo órgão de regulação sanitária competente o mínimo de segurança biológica e eficácia terapêutica.

A ANVISA efetua, num primeiro momento, controle sanitário e, a partir daí, passa ao acompanhamento das consequências do uso do medicamento em larga escala. É a chamada farmacovigilância. Além disso, e simultaneamente, há regulação econômica por meio da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED.

A incorporação de medicamentos ao SUS e sua efetiva oferta à população possui critérios próprios e mais rigorosos, em consonância com o disposto na Lei n. 12.401/2011 e Decreto 7.646/2011. Exige-se para tanto, além da comprovação de segurança biológica e eficácia terapêutica, conforme o maior nível de evidência disponível, demonstração de eficiência, efetividade e custo-efetividade do medicamento que se pretende incorporar (BRASIL, 2018).

5.1.2.1. Da Inexistência de Direito de Fornecimento Gratuito de Medicamento por Ser a Melhor Opção Terapêutica

Como é de sabença geral, o artigo 196 da Constituição Federal impõe ao Estado a garantia do direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como o acesso universal e igualitário.

Porém, a interpretação desse artigo não pode pender ao extremo de se entender que há um direito absoluto à prevenção e tratamentos de enfermidades do indivíduo em face do Estado (TERRAZAS; SANTOS, 2014, p. 210).

Isso porque, faticamente, tal desiderato é impossível de alcançar sendo imprescindível que o Poder Judiciário abra os olhos para essa realidade. Não por outro motivo

que o legislador constituinte originário colocou no dispositivo constitucional os vocábulos “mediante políticas sociais e econômicas” (TORRES, 2009, p. 112).

É conhecido de todos que as políticas públicas são um conjunto de decisões, planos, metas e ações governamentais (seja a nível nacional, estadual ou municipal) voltados para a resolução de problemas de interesse público, pois as políticas públicas são desenvolvidas para tentar resolver a maior parte dos problemas oriundos do convívio em sociedade, buscando alcançar o maior número de beneficiários.

Por lógica, em virtude da finitude de recursos e das vicissitudes dos problemas oriundos do convívio em sociedade, a política pública jamais irá resolver a totalidade de tais problemas, bem como não alcançará o número de indivíduos a serem beneficiados. Mas é claro que o objetivo será sempre a ampliação e aperfeiçoamento da ação estatal.

Deve-se buscar um equilíbrio entre o custo-benefício na prestação do serviço de saúde. Ou seja, objetiva-se racionalizar o gasto com saúde com vistas a alcançar o maior número possível de beneficiários e a tratar a maior parte das enfermidades que acometem a sociedade (SANTOS, 2010, p. 75).

A União, por meio do Ministério da Saúde, conferiu racionalidade no que tange à prestação do direito à Saúde, a fim de que os usuários do serviço público de saúde sejam tratados igualmente, bem como haja o melhor aproveitamento possível dos recursos disponíveis.

Dessa forma, verifica-se que a melhor interpretação do artigo 196 da Constituição Federal impõe que o Estado forneça um tratamento digno e de acesso universal e igualitário para cada patologia, sendo que não há como compreender que o Estado forneça, gratuitamente, o melhor tratamento do mundo ou o tratamento mais avançado para todo e qualquer tipo de doença, o que não seria possível nem mesmo nos países de primeiro mundo, quiçá no Estado do Acre.

Assim, conclui-se que, existindo ação do Ente Público amparando o tratamento de certa enfermidade, deve ela ser observada em detrimento de outros que, embora apresente uma eficácia minimamente superior, tenha o custo demasiadamente elevado.

Nesse diapasão, entendemos que o direito à saúde declarado na Constituição Federal não confere o direito ao fornecimento gratuito da melhor opção terapêutica.

O Ministério da Saúde, ao longo dos anos, estabeleceu diversos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, cuja incorporação de novos fármacos ao tratamento de cada patologia

decorre de avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), nos termos da Lei 8080/90, alterada pela Lei n. 12.401/2011, com especial destaque para o art. 19-Q:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) (Lei 8080/90).

Conforme se denota, o fornecimento de medicamentos está intimamente ligado ao direito à saúde e, principalmente, à vida. Atualmente, as pessoas têm recorrido ao Poder Judiciário na busca da efetividade de suas pretensões, uma vez que sua missão é reparar a lesão a direitos. “Aparentemente, os dois principais responsáveis pelo descumprimento da garantia à saúde decorrem da gestão deficiente em razão da falta de coordenação entre os vários serviços, somada ao subfinanciamento do sistema” (TERRAZAS; SANTOS, 2014, p. 27).

CONCLUSÃO

O direito à saúde é garantia constitucional e tido como fundamental, o que implica na obrigação do Poder Judiciário de fornecer medicamentos, tratamentos médicos, entre outros procedimentos, bem como realizar políticas públicas com o objetivo de concretizá-las.

Porém, as falhas existentes na execução das políticas públicas, juntamente com a escassez dos recursos, direcionam para a corrida ao Judiciário, uma vez que sua missão é reparar a lesão a direitos, especificamente em relação ao fornecimento de medicamentos aos demandantes, sinalizando que algo vai mal.

O direito público subjetivo à saúde tem sido altamente judicializado nos últimos anos. A grande novidade está sendo o fato de a saúde pública ser judicializada. Primeiro, pela falta de previsão constitucional do direito e, segundo, pela cultura do silêncio social, frente a

descasos públicos. Felizmente, muita coisa mudou. Hoje, a sociedade está mais alerta em relação aos seus direitos e ao modo de protegê-los.

Se o direito à saúde, logo após a Constituição de 1988, não adentrou a vida do cidadão, foi tanto pela falta de serviços que foram implantados ao longo do tempo quanto pelo desconhecimento ou até mesmo a desconfiança de que o que estava escrito no texto constitucional era para valer.

Foi só a partir da entrada do novo milênio que o cidadão se sentiu estimulado a exercer o seu direito diretamente, ou a reivindicá-lo perante o Poder Judiciário, quando violado. A partir dessa consciência, as pessoas prejudicadas começaram a buscar no Poder Judiciário a sua efetividade.

A acolhida do Judiciário foi um encorajamento e, como a saúde pública até os dias de hoje não conseguiu ser suficiente, passou a ser um verdadeiro incentivo buscar uma liminar que retire o cidadão da fila ou lhe garanta determinado medicamento, pois raramente o magistrado nega os pedidos judiciais, sob pena de responsabilização do ente federativo.

Conclui-se, ainda, que apenas a realização de reuniões para alinhamento de decisões, não é suficiente, bem como que é de grande valia as audiências públicas sobre os rumos da saúde.

Porém, os magistrados e as autoridades competentes precisam colocar em prática o que diz a lei acerca do assunto e, assim, diminuir a necessidade de utilização da esfera judicial para obtenção de medicamentos, devendo se utilizar das listas elaboradas pela ANVISA, como parâmetro para as suas decisões.

No entanto, a judicialização do direito à saúde é um problema que dificilmente será resolvido em um curto espaço de tempo, devendo os abusos que envolvem esse fenômeno serem identificados e combatidos de forma rigorosa. Por outro lado, deve o poder público, por meio das diversas esferas governamentais, proporcionar à população meios eficazes para o acesso à saúde, garantindo assistência clínica e hospitalar de qualidade, sem falar, é claro, no fornecimento de medicamentos aos pacientes.

Ademais, seria bem melhor que não houvesse a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para a efetivação de direitos sociais, como o direito à saúde, nem tampouco ser preciso o estabelecimento de critérios e estratégias para se evitar erros e abusos quando do deferimento das tutelas. Mas infelizmente isso ainda não é realidade, não mesmo!

Quando o Sistema Único de Saúde deixa de cumprir uma obrigação imposta, o cidadão se vê no direito de pleitear junto ao órgão competente a garantia da sua saúde. O acesso à justiça não é só para garantir e estabilizar o tratamento no tocante à aquisição de medicamentos, mas garantir ao cidadão todos os direitos amparados em lei.

Por oportuno, cabe mencionar que a judicialização já está encontrando limitações até no próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ que é reconhecidamente um tribunal de superposição, e tem a função precípua de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional em todo o país.

Em se tratando de questões relacionadas à saúde, esta Corte é quem provavelmente vai dar a última palavra. Porque por mais que o Supremo Tribunal Federal – STF seja um tribunal maior, o direito constitucional à saúde deu origem a toda uma legislação infraconstitucional que rege a matéria até aqui discutida exaustivamente.

Então, havendo alguma inconstitucionalidade, ela não vai ser direta, mas uma inconstitucionalidade reflexa, porque iria contrariar, na verdade, uma lei infraconstitucional, que é a lei nº 8.080/90, a lei do SUS. Cumpre destacar, no que tange às atribuições do STJ, que é o responsável pelo ramo dessa jurisprudência, que ele já está começando a limitar a judicialização do acesso à saúde estabelecendo critérios.

Tanto é verdade essa proposição, de que a judicialização subverte, que o próprio STJ já percebeu, pois no momento, hoje, 28 de setembro de 2018, já existe um movimento jurisprudencial em sentido oposto. Nós caminhávamos para a concessão indiscriminada e agora estamos começando a dar passos atrás, ou seja, já temos muito mais critérios para estancar o excesso de judicialização do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

A Gestão do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para Entender a Gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015.

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. Informação e documentação. Trabalhos Acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

ANGELL, Márcia. **A Verdade Sobre os Laboratórios Farmacêuticos** – como somos enganados e o que podemos fazer a respeito, 3ª Ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2008, p. 70-71.

ANGELL, Márcia. **Da Excepcionalidade às Linhas de Cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica**, Ministério da Saúde, Brasília: Editora MS, 2010.

ANTUNES, Euzébio Henzel; GONÇALVES, Janaína Barbier. **Redução da Judicialização e Efetivação das Políticas Públicas sob o Enfoque do Planejamento e Gestão Sistêmicos**. In: SCORTEGAGNA, F. COSTA, M. da; HERMANY, R. (Org.). Espaço local, cidadania e políticas públicas. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

BANDEIRA de. Mello, Celso Antônio. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 05.04.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2018a.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 05.04.2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 05.04.2018.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Acre. Autos nº 0706858-43.2016.8.01.0001. Requerente: Dilson Ramos Borges. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/38207624/dilson-ramos-borges>. Acesso em 21.09.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **STJ define critérios para fornecimento de remédios não contemplados pelo SUS** Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS. Acesso em 20.09.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADFP 45 DF.** Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf?ref=serp>. Acesso em 09.09.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADFP 45 DF.** Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf?ref=serp>. Acesso em 09.09.2018.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90): Sistema Único de Saúde.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

CONASS. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para Entender a Gestão do SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde.** Brasília: CONASS, 2015.

CONASS. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. Artigo. **O Papel do Conselho Nacional de Justiça na Judicialização da Saúde.** Disponível em http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART10B.pdf. Acesso em: 15.03.2018.

FERNANDA, Terrazas; SANTOS, Lenir. **Judicialização da Saúde no Brasil.** 1ª Ed. Campinas - São Paulo: Editora Saberes, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique M. da; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. **Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança: lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.** São Paulo: Método, 2009, p. 14-15.

MARRARA, Thiago. **A Boa-Fé do Administrado e do Administrador Como Fator Limitativo da Discricionariedade Administrativa.** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/03/07/a-boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em 09.09.2018.

PEREIRA, Cláudio; SARMENTO, Daniel I. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 570.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205.

RIBEIRO, Weslley, Carlos; JULIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras. Novos Estudos Jurídicos** – Revista com conceito A2 no Qualis Direito CAPES, v. 15, n. 3, p. 447 – 460, abr. 2011. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>. Acesso em 09.09.2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22º edição.

STREK, Lenio. Estamos condenados a interpretar. **Estado da arte**, 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2021a.

STREK, Lenio. O mundo em pânico e juiz compara obrigação de vacina a estado de sítio. **Consultor jurídico**, 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/lenio-streck-juiz-compara-obrigacao-vacina-estado-sitio>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2021b.