

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
Uma análise sobre a necessidade da judicialização da saúde para o
fornecimento de medicamentos**

**THE JUDICIALIZATION OF HEALTH:
An analysis of the need for judicialization of health for the supply of
medicines**

Renata Suellen Ferreira Coelho ¹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise da eficácia da judicialização para a concretização do Direito a Saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Neste sentido, o estudo examina o Direito a Saúde, buscando fazer uma análise da historicidade de tal direito até o momento em que este foi sedimentado na Constituição Federal de 1988, estudo sobre o Sistema Único de Saúde e o dever de fornecimento de medicamentos pelo Estado . Por fim, se chegou à conclusão que a judicialização é um instrumento eficaz para a concretização do Direito a Saúde, contudo cabe as Políticas Públicas promover o Direito a Saúde forma integral e concreta. O percurso metodológico adotado em pesquisa bibliográfica pautada em doutrinas, jurisprudência, artigos científicos e obras publicadas sobre o tema. Ademais, os métodos aplicados serão o hipotético-dedutivo e o comparativo.

Palavras-chave: Direito a Saúde. Constituição Federal de 1988. Judicialização. Medicamentos.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the effectiveness of judicialization for the realization of the Right to Health, with regard to the supply of high-cost medicines. In this sense, the study examines the Right to Health, seeking to analyze the historicity of such right until the moment it was established in the Federal Constitution of 1988, a study on the Unified Health System and the duty to supply medicines by the State . Finally, the conclusion was reached that judicialization is an

¹Aluna do 10º período de Direito da Faculdade de Minas Gerais, email: renatasuellenferreira@hotmail.com.

effective instrument for the realization of the Right to Health, however, it is up to Public Policies to promote the Right to Health in an integral and concrete way. The methodological path adopted in bibliographic research based on doctrines, jurisprudence, scientific articles and published works on the subject. Furthermore, the methods applied will be hypothetical-deductive and comparative.

Keywords: Right to Health. Federal Constitution of 1988. Judicialization. Medicines.

1 Introdução

O objetivo principal do presente artigo é analisar a eficácia da judicialização para a concretização do Direito a Saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos de alto custo.

Tal estudo se mostra relevante, uma vez que em determinadas situações os pacientes não conseguem de forma gratuita determinados medicamentos com o custo altíssimo, e por esse motivo são compelidos a ingressar com ação em face do Estado para que tenham acesso ao medicamento.

Diante, de tal situação indaga-se: a judicialização da saúde é um instrumento eficaz para concretização do direito a saúde?

Inicialmente, foi levantada como hipóteses de que a judicialização é um instrumento eficaz para a concretização do Direito a Saúde, contudo cabe as Políticas Públicas promover o Direito a Saúde forma integral e concreta.

O presente estudo foi estruturado em três capítulos distintos. No primeiro capítulo será abordado o Direito a Saúde, tecendo considerações acerca da evolução e histórica até a sua sedimentação da Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo terá como objetivo analisar o Sistema Único de Saúde, traçando conceitos e objetivos.

Por sua vez, o terceiro capítulo terá o condão de analisar o dever de fornecimento de medicamentos pelo Estado, bem como a relação entre as especificidades de tratamentos e os medicamentos de alto custo.

Por fim, o último capítulo analisará a judicialização da saúde, mais especificamente do dever de fornecimento de medicamentos.

O percurso metodológico adotado em pesquisa bibliográfica pautada em doutrinas, jurisprudência, artigos científicos e obras publicadas sobre o tema. Ademais, os métodos aplicados serão o hipotético-dedutivo e o comparativo.

Diante do exposto, pode-se concluir que a judicialização é um instrumento eficaz para a concretização do Direito a Saúde, contudo cabe as Políticas Públicas promover o Direito a Saúde forma integral e concreta

2 DIREITO A SAÚDE

No Brasil, o direito a saúde partiu do movimento da reforma sanitária iniciado na década de 70, onde foi influenciado a partir das reformas da área da saúde que aconteceu na Itália. Tal movimento começou a estabelecer diretrizes sobre as reais necessidades, ao qual era importante estabelecer uma análise mais detalhada. (PAIVA; TEIXEIRA, 2014)

Em 1976 foi criado então o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, uma entidade nacional com destino a lutar pelas defesas sociais, sobretudo a democratização e universalidade do direito a saúde. Partindo desta criação, foi possível estabelecer debates com conhecimento científicos e análise crítica. Em 1979 também foi criada a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva outra grande criação para contribuição do movimento em pró da consolidação do direito a saúde. A referida associação ajudou com o encontro de várias áreas da saúde para discorrer sobre diferentes assuntos. (PAIVA; TEIXEIRA, 2014)

Após o conjunto de relevantes movimentos e debates, o resultado desta luta culminou na VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, a primeira conferência aberta ao povo, onde foi estabelecido o conceito mais amplo da saúde, inserindo uma série de condições para que se tenha uma vida digna, colocando em destaque a primordialidade do direito a saúde a ser inserido nas políticas sociais. Sendo assim, a 8ª conferência foi uma estrutura para a integralização do direito a saúde na nova constituição que iria nascer alguns anos depois. (PAIVA; TEIXEIRA, 2014)

Sobre a historicidade do direito à saúde Werner explica que:

O Brasil delineou um projeto minucioso para dar efetividade ao direito à saúde, sem precedentes até então, retrato da consolidação de diversas experiências históricas, da eficaz atuação social e do movimento sanitarista,

reunidas em deliberações das Conferências de Saúde, que tiveram início na Era Vargas, quando foi realizada a 1ª Conferências Nacionais de Saúde (CNS), em 1941, tendo como ponto auge a 8ª CNS, em 1986, quando foi moldada uma proposta de forma legítima que veio a ser incorporada pela Assembleia Nacional Constituinte ao elaborar a Constituição de 1988.(WERNER, 2017, p. 17)

A partir de tal situação, o Brasil inseriu em sua constituição o direito a saúde, como um direito com desígnio a ordem social, ao qual visa à justiça social. Assim, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º elencou a saúde como um dos direitos sociais, conforme disposto:

Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(BRASIL, 1988)

Para que seja assegurado o Direito a Saúde, a Constituição prevê que a competência e a responsabilidade comum é entre a União, os Estados e Municípios. Conforme disposto no art. 23, II:

Art. 23.É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]
II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, 1988)

De acordo com o artigo 196, da Constituição Federal de 1988, o Direito a Saúde pode ser compreendido como "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)

Sobre o direito a saúde o autor José Afonso da Silva explica que a:

Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. (SILVA, 2005, p. 831)

Sobre o tema Mendes, Coelho e Branco destacam que:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em direito subjetivo público a prestações positivas em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 250-251)

A Constituição elevou o direito a Saúde a uma relevância pública, e não apenas como direito, mas também com o acesso de todos, instituindo assim o Sistema Único de Saúde.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE PELO ESTADO

3.1 A efetivação do direito a saúde pelo Estado

A Constituição Federal de 1988 sedimentou vários os direitos fundamentais, dentre eles destaca-se o direito a vida.

O Estado em sua Constituição consagrou o direito à vida, imputando a ele mesmo assegurá-lo no que se refere o direito de fato, e o direito a ter uma vida digna. Para um maior respaldo desta garantia, a Constituição Federal, apresenta ainda os direitos sociais.

Sobre os direitos sociais José Afonso da Silva explica que:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao passo que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, conseqüentemente, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2005, p. 468)

Acerca do tema os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam que:

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p.107)

O conjunto de direitos que assegura a dignidade da pessoa é chamado de Mínimo existencial, esta expressão surgiu na Alemanha através de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo no ano de 1954, em que consistiu na determinação do dever do estado em garantir o auxílio aos carentes para assegurar a dignidade da pessoa humana. (SARLET; ZOCKUN, 2016)

O mínimo existencial deve delimitar aos direitos sociais o que é essencial para se garantir a dignidade humana. Conforme o art. 5º § 1º, da CRFB/88 a aplicabilidade dos direitos fundamentais é imediata, e de acordo com a autora Flávia Bahia (2017, p.109) “não podem ser entendidos como meras proclamações retóricas, devendo o intérprete extrair o máximo de efeitos jurídicos que eles podem produzir para a sociedade.”

Partindo do mínimo existencial e elencando agora as questões orçamentárias do Estado, para que essa aplicabilidade seja eficaz, será necessário observar a reserva do possível, ao qual consiste nos recursos estatais. O Estado diante de um direito fundamental com o mínimo existencial e sua obrigação de garantia deverá observar os recursos disponíveis, sendo que esta obrigação de garantia deverá se enquadrar somente no limite orçamentário.

3.2 O Sistema Único de Saúde

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 198 definiu o que seria o Sistema Único de Saúde, bem como estabeleceu algumas diretrizes, *in verbis*:

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.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

- I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (BRASIL, 1988)

De acordo com De acordo com Santos (2018, p. 25) por meio da leitura do artigo 198 da Constituição Federal de 1988, extrai-se "três princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde, são eles: a universalidade, a igualdade e a equidade".

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

Tais princípios revelam a construção de um sistema de saúde que reverte a lógica do fornecimento de ações e serviços. São princípios ético-políticos, reorientando a tendência hegemônica dos modelos anteriores, substituindo-o por um modelo orientado para a prevenção na saúde. (SANTOS, 2018, p. 25-26)

Além dos princípios apontados Santos, o Ministério da Saúde apontam outros, como o princípio da participação social, da intersetorialidade, a

descentralização, a hierarquização e regionalização, a transversalidade. (BRASIL, 2007 apud SANTOS, 2018)

- a universalidade do acesso, compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
 - a integralidade da atenção, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema;
 - a equidade, que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para sua superação; e
 - a participação social, que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social. Essa participação social significa a corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde.
- Os princípios organizativos do SUS são:
- a intersetorialidade, que prescreve o comprometimento dos diversos setores do Estado com a produção da saúde e o bem-estar da população;
 - a descentralização político-administrativa, conforme a lógica de um sistema único, que prevê, para cada esfera de governo, atribuições próprias e comando nico;
 - a hierarquização e a regionalização, que organizam a atenção à saúde segundo níveis de complexidade –básica, média e alta –, oferecidos por área de abrangência territorial e populacional, conhecidas como regiões de saúde; e
 - a transversalidade, que estabelece a necessidade de coerência, complementaridade e reforço recíproco entre órgãos, políticas, programas e ações de saúde. (BRASIL, 2007, p. 24 apud SANTOS, 2018, p. 27)

O Sistema Único de Saúde faz parte das políticas públicas da seguridade social, ao qual sua finalidade é proporcionar a todos o acesso à saúde gratuitamente. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017)

Mesmo tendo sido consagrado pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde, ganhou uma legislação própria, que de acordo com o artigo 1º "esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado". (BRASIL, 1990)

A Lei nº 8.080/90, em seus artigos 5º e 6º dispõe sobre as atribuições e objetivos do Sistema Único de Saúde, *in verbis*:

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

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

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

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.
(BRASIL, 1990)

A lei ainda dispõe sobre as questões orçamentárias, por meio do qual o artigo 33 estabelece que “os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.” (BRASIL, 1990)

A Lei Complementar 141/2012 regula ainda mais essa questão, onde estabelece porcentagens mínimas que deverá ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde, se subdividindo conforme mencionado, neste caso os Estados e o Distrito Federal aplicarão o mínimo de 12% de arrecadação de impostos anualmente e os municípios e o Distrito Federal no mínimo, 15%. (BRASIL, 2012)

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que

tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal. (BRASIL, 2012)

Sobre o tema Paulo e Alexandrino explicam que:

A Constituição Federal determina que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios apliquem, anualmente, percentuais mínimos de suas receitas em ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2.º). No caso da União, os recursos a serem aplicados serão calculados fazendo-se incidir um percentual, que não pode ser inferior a quinze por cento, sobre a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. No caso dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, os recursos advirão de percentuais a serem estabelecidos em lei complementar, incidentes sobre o produto da arrecadação dos seus próprios tributos e sobre as transferências tributárias constitucionalmente previstas, recebidas dos entes federativos de maior nível (CF, art. 198, § 3.º). (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 976)

Mesmo com tantas regulamentações é nítido que os recursos ainda não são suficientes, e como resultado desta deficiência nos orçamentos, observamos as grandes filas de espera para exames, medicamentos e tratamentos, por consequência disto, temos então a busca incessante pelo cumprimento do dever do estado em garantir a saúde aos cidadãos através da judicialização.

4 DO DEVER DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DO ESTADO

Conforme já observado, o direito a saúde é tutelado expressamente na Constituição com suas respectivas garantias fundamentais, ao qual, teoricamente são aplicadas imediatamente. Partindo desde pressuposto e fazendo uma breve relação sobre o conceito de garantia Luís Roberto Barroso (2018, p.326) explica que “ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e ser da realidade social”

O Estado por sua vez, deveria encontrar os meios para atingir os fins instituídos na Constituição, buscando então a sua efetividade. Sendo assim, a Constituição em seu art. 200, relacionou expressamente os devidos ditames através do Sistema único de Saúde. Os principais princípios que ampara o SUS são a

universalidade, a equidade e a integralidade, partindo destes princípios a população deve ser atendida de maneira uniforme e sem qualquer tipo de discriminação.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 regulamentou e distribuiu os deveres entre as esferas do governo. Sendo elas a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A respeito do serviço de saúde, Sarlet e Figueiredo correlacionam com o dever de atendimento e fornecimento do que é resguardado para o titular do direitos:

Em relação ao direito de prestação, este consiste na realização de atividades a fim de assegurarem a fruição do direito, incluindo nessas o fornecimento de materiais e serviços, como atendimento médico e hospitalar especializado, entrega de medicamentos e suplementos alimentares, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, bem como a prestação de tratamento médico, ao titular do direito fundamental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p.265)

Em março de 1999 foi publicada a Portaria Nº 176 onde estabeleceu o Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica (IAFB), o incentivo financeiro com destino ao oferecimento de medicamentos essenciais, possibilitando os municípios a melhorar o acesso ao fornecimento dos medicamentos. Esses recursos são acompanhados das orientações para a aquisição, partindo de análises epidemiológica, para que os medicamentos adquiridos, atendem a maior parte da população, priorizando os medicamentos genéricos e essenciais.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) é uma lista de medicamentos fornecidos ao qual visa as necessidades prioritárias da saúde brasileira, sendo esses medicamentos submetido a registro e avaliações junto Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Dentre os medicamentos listados podemos encontrar alguns de custo altíssimo. Os medicamentos de alto custo, de acordo com a Portaria nº. 3.916/1998 da ANVISA são "medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos". (BRASIL, 1998)

Esta relação de medicamentos esta ligada diretamente ao SUS e a Organização Mundial da Saúde para garantia universal da saúde. De acordo com o Conselho Federal de Farmácia, esta Relação é revisada e atualizada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde, sendo a última atualização sendo publicada em 2020.

A Lei nº 8.080/90 nos arts. 19-Q e 19-R deixa evidente a busca por um investimento na incorporação de tecnologia para o SUS:

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.

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. (BRASIL, 1990)

Essa busca gradativa, no entanto, se choca com as garantias imediatas anteriormente supracitadas, para aqueles que precisam da atuação do estado imediatamente.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

De acordo com Costa (2018) o conceito de judicialização, teve o seu início com a Lei nº 1.060, que tratava sobre a justiça gratuita, e posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor e com a Lei dos Juizados Especiais.

Antes que se possa discutir sobre a judicialização da saúde, se faz necessário entender primeiramente o significado do termo judicialização. Sobre o significado de judicialização Barroso explica que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2003. 2003. p. 78 apud SANTOS, 2018, p. 30)

Nesse sentido, o que se compreende é que a funções de legislar e administrar estaria sendo feita pelo Judiciário, tendo em vista que as instâncias políticas não tem dado conta de efetivar o direito à saúde, e por esse motivo as pessoas procuram outro poder para que este direito seja efetivado.

5.1 DA NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O direito a saúde é um direito fundamental, e dever do estado de fornecer os devidos atendimentos e medicamentos necessários. Ocorre que diante da falta do alcance da efetividade deste direito, temos o fenômeno da judicialização da saúde, onde o cidadão que diante da negativa de usufruir deste direito, pode buscar a garantia deste através do Poder Judiciário, essa busca vem aumentando a cada dia em toda parte do Brasil, sendo a maioria delas para o acesso aos medicamentos de alto custo, manipulados e até atendimentos mais complexos.

No que tange sobre a busca pelo o judiciário Marques e Dallari (2007) atestam que as políticas públicas definidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário, ao assegurar o direito à saúde nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, dessa maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos, formalizados mediante tais políticas.

O Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos vem se pronunciando sobre as concessões judiciais de acessos a medicamentos e tratamentos estabelecendo teses, e traçando critérios em suas decisões.

A grande maioria das decisões são a favor do fornecimento de medicamentos, e a grande prova é a prescrição médica, onde cada detalhe e especificidade de necessidade são os pontos chaves nas decisões, ainda que parcialmente.

Sobre o recurso ao judiciário, Gilmar Mendes enfatiza:

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas estaduais ou municipais, mas não estarem sendo fornecidos à população por problemas de gestão: há política pública determinando o fornecimento do medicamento requerido, mas, por problemas administrativos do órgão competente, o acesso está interrompido. Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário. (MENDES, 2018, p. 1068)

Há casos em que, ainda que o medicamento não esteja disponível, há um similar, cabendo então, o cidadão provar que aquele medicamento não seria eficaz ou suficiente em seu tratamento. O maior meio de prova para tais solicitações são as

prescrições médicas, nelas devem conter todas as especificidades e os efeitos não alcançados caso seja um medicamento de alguma dosagem específica. Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o Estado pode não ser obrigado a fornecer.

Ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO EXCEPCIONAL DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM IMPORTAÇÃO AUTORIZADA PELA AGÊNCIA. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **1. Em regra, o Poder Público não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tendo em vista que o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade. (grifo nosso)** 2. Possibilidade, em caráter de excepcionalidade, de fornecimento gratuito do Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, desde que demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. 3. Excepcionalidade na assistência terapêutica gratuita pelo Poder Público, presentes os requisitos apontados pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a sistemática da repercussão geral: RE 566.471 (Tema 6) e RE 657.718 (Tema 500). 4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1161: “Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS” (RE 1165959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 21-10-2021 PUBLIC 22-10-2021)

Mas como bem pontuado pela ementa do citado acórdão, o Judiciário em casos excepcionais podem adotar entendimento diferente daquele que vem sendo sedimentado.

O aumento cada vez maior da judicialização está gerando um grande impacto nos orçamentos, a escassez dos recursos estão cada vez maiores, colocando o Brasil em um cenário delicado. Os medicamentos inclusos já na lista do SUS estão em falta, ou seja, os ingressos judiciais também são sobre a falta do fornecimento já incluso como direito. Além também, daqueles que hoje não se encontra nesta lista. A

falta de atualização desta lista também é um dos maiores problemas no fornecimento dos medicamentos. (TONETE; CHIUSOLI, 2019)

5.2 Medidas necessárias para conter a judicialização

É nítida a intervenção judicial no fornecimento de medicamentos seja os contidos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), seja os medicamentos de alto custo.

Tal situação ocorre em razão do dever do Estado em fornecer medicamentos, mas que nem sempre é cumprido. Os cidadãos desse modo recorrer ao Poder Judiciário para que possa judicializar a sociedade e assim ver a sua demanda ser atendida.

De acordo com Santos (2018, p.44) "com um judiciário cada vez mais sensível a esse tipo de demanda, as ações de saúde crescem rapidamente, desfalcando ainda mais o orçamento público, que não possui recursos ilimitados, como diversos magistrados parecem crer".

Sobre a judicialização da saúde com foco no fornecimento de medicamentos, Santos explica que:

[...] ao determinar o fornecimento de medicamentos caríssimos a apenas um indivíduo o Poder Judiciário está desviando recursos que beneficiariam, em tese, toda a coletividade. Ao fazer isso, o interesse particular estaria se sobrepondo ao coletivo, o que é gravíssimo em um Estado Democrático de Direito. (SANTOS, 2018, p.45)

Seria leviano dizer que a judicialização da saúde, com o objetivo de ter o fornecimento de medicamentos em ato custo, não seja eficaz. De fato ao se judicializar a saúde para este propósito é eficaz para o particular, mas como pontuado por Santos (2018) para a coletividade traz consequências, haja vista que a vontade particular está se sobrepondo a coletividade.

Desse modo, cabe ao Poder Público adotar medidas necessárias para conter o excesso de judicialização. Uma das medidas que podem ser adotadas pelo Poder Público está as Políticas Públicas, que podem traçar estratégias para que haja o fornecimento de medicamentos e tratamentos sem que haja grandes impactos no orçamento público, como ocorre nos casos de judicialização.

Cumprе ressaltar, que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196 estabelece que o direito a saúde se dará por intermédio das políticas públicas, in verbis:

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

Assim, por meio das políticas públicas o Estado deve traçar estratégias que busquem concretizar o direito a saúde. De acordo com Santos (2018) as políticas públicas voltadas para saúde devem ter caráter preventivo, primando pela prevenção de enfermidades e que adote medidas para garantir o acesso igualitário e universal ao Sistema Único de Saúde.

Para Assensi (2013 apud SILVA; SCHULMAN, 2017) para minimizar a judicialização poderá o Estado também solucionar os conflitos acerca da falta do fornecimento do medicamento, por meio de uma atuação extrajudicial.

Nesse caso, o conflito entre o particular e o Estado é discutido juridicamente, sem que haja a judicialização. Nesse sentido, o que o autor propõe é que os conflitos decorrentes da falta de fornecimento de medicamentos sejam discutidos e solucionados usando os métodos adequados de soluções de conflitos, tais como a conciliação e a mediação.

CONCLUSÃO

Os cidadãos por meio da judicialização da saúde encontraram um meio para buscar a efetividade do Direito a Saúde sedimentado na Constituição Federal de 1988. O direito a saúde é destinado a todos os cidadãos e um dever do Estado, que deverá promover, proteger e recuperar a saúde.

Para tanto, por meio do Sistema Único de Saúde, o Estado deve garantir que todos os cidadãos tenha acesso a tratamentos e acima de tudo medicamentos que garantam o mínimo de dignidade para um tratamento eficaz.

Seria leviano dizer que a judicialização da saúde não traga benefícios, pois por meio dela os cidadãos conseguem o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Contudo, não se pode tapar os olhos para os malefícios que a judicialização desenfreada traz, visto que a judicialização atende um indivíduo em detrimento de toda a população, obrigando o Estado fornecer um medicamento de alto custo e comprometendo o fornecimento dos demais medicamentos.

Assim, é forçoso concluir que a judicialização pode ser considerada eficaz, visto que as decisões judiciais obrigam o Estado a fornecer os medicamentos. Mas por outro lado pode ser um malefício como explicado alhures. Desse modo, o certo a se fazer é o Estado focar nas Políticas Públicas voltadas a saúde para que o Direito a Saúde seja concretizado sem que traga maléficos aos demais cidadãos em prol de um único particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios**. In: Nobre MAB, Silva RAD, coordenadores. Brasília: Fórum; 2013.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2021

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm . Acesso em: 15 set. 2021.

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

nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília: 16 jan 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 05 out. 2021

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Nº 3.916, de 30 de Outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 21 out. 2021.

COSTA, Marina Emilio da. **Judicialização da saúde**: os limites da atuação do poder judiciário e a importância do SUS como política pública. 2018. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/7162/1/MECosta.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo**. Revista Saúde Pública. Fev 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102007000100014>. Acesso em: 21 out. 2021.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde**: notas sobre contextos e autores. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.21, n.1, jan.-mar. 2014, p.15-35. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/rcknG9DN4JKxkbGKD9JDSqy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 set. 2021

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Rodrigo Lucas Guedes Moraes dos. **A Judicialização da saúde**: uma análise sobre a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora das listagens oficiais do SUS. 2018. 58 p. TCC (Graduação) - Curso de Direito Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/31470/1/Monografia.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações

Constitucionais. May-Aug 2016. Disponível em:
<https://doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>. Acesso em: 05 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SILVA, Alexandre Barbosa; SCHULMAN, Gabriel. **(Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais**. Rev. Bioét. 25 (2) • May-Aug 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422017252189>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1165959**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/06/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757870908>. Acesso em: 14 nov. 2021.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. **Direito à saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>. Acesso em: 05 out. 2021.