

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO A SAÚDE

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE JUDICIALIZATION OF ACCESS TO HEALTH

Ana Paula da Mata Calegari¹
Priscila Luciene Santos de Lima²
Lourenço de Miranda Freire Neto³

RESUMO

No trabalho proposto, analisa-se o problema da oferta de medicamentos de alto custo e a judicialização da saúde no Brasil, que é ocasionada pela inércia do Estado na garantia constitucional do direito à saúde. Dessa forma, busca-se analisar o fenômeno da judicialização como manifestação do acesso à proteção da saúde. Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica de abordagem qualitativa, cujo método foi o analítico-normativo, com a análise de artigos científicos, notícias, doutrinas e jurisprudências. A partir disso, abordou-se o princípio da igualdade de tratamento, onde a Constituição Federal de 1988 estabelece que todos terão um tratamento igualitário e isonômico quanto ao direito à saúde. Assim, questionou-se as decisões judiciais em ações individuais condenando o Estado a fornecer medicamentos de alto custo em detrimento aos demais cidadãos da população, discutindo a escassez de recursos para atender a essas demandas e o ativismo judicial.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Pós-Doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Professora de Graduação e Pós-Graduação, Gestora Pedagógica e Advogada.

³ Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em regime de co-tutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca - Espanha, com o reconhecimento de tese "sobresaliente cum laude". Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Conselho Editorial da Juruá Editora. Parecerista da Revista Direito Mackenzie e da Revista Internacional de Direito do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação. Professor Associado na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Ao final, entendeu-se que, considerando a previsão Constitucional do direito à saúde como um dever do Estado, que deve efetivá-lo através de políticas públicas, faz-se necessário pensar em ideias para solucionar o impasse, como a implementação do pagamento de impostos por toda a população para aumentar o orçamento disponível no SUS, a negociação direta com a farmacêutica para diminuição dos custos do medicamento e a moderação judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade; Direitos Fundamentais; Ativismo Judicial; Políticas Públicas. fotovoltaica.

ABSTRACT

In the proposed work, the problem of the supply of high-cost medicines and the judicialization of health in Brazil, which is caused by the inertia of the State in the constitutional guarantee of the right to health, is analyzed. In this way, we seek to analyze the phenomenon of judicialization as a manifestation of access to health protection. For the development of the present work, a bibliographical review of a qualitative approach was used as a research methodology, whose method was the analytical-normative one, with the analysis of scientific articles, news, doctrines and jurisprudence. From this, the principle of equal treatment was addressed, where the Federal Constitution of 1988 establishes that everyone will have equal and isonomic treatment regarding the right to health. Thus, judicial decisions in individual actions condemning the State to provide high-cost medicines to the detriment of other citizens of the population are questioned, discussing the scarcity of resources to meet these demands and judicial activism. In the end, it was understood that, considering the Constitutional provision of the right to health as a duty of the State, which must implement it through public policies, it is necessary to think of ideas to solve the impasse, such as the implementation of the payment of imposed by the entire population to increase the budget available in the SUS, direct negotiation with the pharmaceutical company to reduce drug costs and judicial moderation.

KEYWORDS: Effectiveness; Fundamental rights; Judicial Activism; Public policy.

1 INTRODUÇÃO

A Judicialização do direito à saúde, pode ser entendida como um mecanismo legal utilizado pelos cidadãos, que ingressam com ações judiciais contra o Estado para garantir o direito à saúde e o direito a determinados tratamentos ou medicamentos não protegidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Trata-se da abordagem de questões com amplas ramificações sociais e políticas que estão sendo decididas pelo Judiciário e não pelos poderes convencionais, neste caso o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Serão abordados tópicos sob vários aspectos, iniciando-se com o contexto histórico sobre o direito à saúde, delineando suas evoluções até o que se tem hoje como direito à saúde disponibilizado no Brasil e a estruturação do Sistema Único de Saúde – SUS. Em seguida, serão enfatizados os direitos fundamentais focando no campo constitucional e infraconstitucional, abordando a atuação do Poder Judiciário ao longo dos anos, o direito a saúde no Brasil e suas significativas mudanças para que enfim seja possível apurar a possibilidade de se concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Será abordado o custo do medicamento no Brasil e o impacto financeiro que gera na receita pública, com uma análise comparativa feita a partir de pesquisas no banco de dados da Justiça Federal da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Região.

Destarte, tratará acerca dos custos para a implementação da política pública, onde será feita uma análise do princípio da reserva do possível em detrimento da escassez de recursos públicos no Brasil. Neste sentido, se discutirá a escassez de recursos para atender as demandas individuais, especificamente para tratamentos de alto custo e verificada a possibilidade de alocação de recursos e escolhas orçamentárias.

Por fim, serão abordadas possíveis sugestões para a solução dos impasses apontados neste estudo, com a implementação de medidas modificativas que beneficiariam a todos os envolvidos e principalmente, aos pacientes de doenças raras e seus familiares, ao Poder Judiciário que passaria a incumbir-se de suas verdadeiras funções, ao Estado para que gerencie os recursos destinados a saúde de forma equilibrada e igualitária e a população em geral, que receberia assistência à saúde como prevista na Constituição de maneira igualitária e universal.

2 O DIREITO A SAÚDE NO BRASIL – O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O direito a saúde no Brasil é resultante da forte pressão dos movimentos sociais e civis da década de 80, que também inspiraram um capítulo inteiro à saúde na Carta Magna, prevendo que este direito fosse universal, igualitário, gratuito e acessível. Neste sentido, criou-se a Lei 8.080/90, conhecida como “Lei Orgânica da Saúde” que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

O Sistema Único de Saúde começou como uma organização social que por meio da chamada “Reforma Sanitária”, reuniu profissionais de saúde, sindicatos, assalariados e ativos comunitários para fornecer ferramentas e prestar atendimento de qualidade às comunidades. Portanto, o complexo de saúde não é reflexo de um determinado governo ou partido, mas uma conquista social, pois até sua criação, o atendimento médico era direcionado apenas aos mais favorecidos economicamente. Assim, a inclusão do direito à saúde como direito social básico, disposto no artigo 6º do texto constitucional, foi fruto da luta dos movimentos sociais entre os anos de 1976 e 1988.

Flávia Silva de Oliveira (2015), ensina que a revolta supracitada tinha como principal objetivo a modificação da gestão da saúde contributiva, concentrada e atrelada ao Ministério da Previdência. Ainda, merece destaque a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada entre 17 e 21 de março de 1986, apresentou o debate para a criação do SUS e o direito do cidadão, contando com mais de quatro mil participantes e 135 grupos de trabalhos.

Em referência às lições trazidas por Flavia Silva Oliveira (2015, p. 81):

Nessa Conferência, realizada em 1986, discutiu-se um novo modelo de saúde para o Brasil, que refletiu na Constituição Federal de 1988. A saúde passou a figurar como um direito fundamental dos cidadãos e um dever do Estado, que deve assegurar atendimento universal e igualitário.

Nesse sentido, o SUS é concebido a partir da premissa de que todos têm direito à saúde, mesmo que não sejam filiados à previdência social, dependem da filantropia, e se encontram em situações de insuficiência econômica ou mesmo de recursos econômicos insuficientes. O real significado reside na unidade e na democracia, sem qualquer distinção ou privilégio, todos são iguais.

No entanto, a compreensão do SUS varia de vários pontos de vista. Para os profissionais de saúde, em geral, este é um sistema de remuneração muito baixa, para a sociedade, pode ser descrito como um sistema ineficiente com longos tempos de espera, já do ponto de vista de um administrador público, o SUS não tem recursos necessários para atender com eficiência e dignidade o elevado número de demandas. E por fim, “para quem possui recursos, o SUS é visto como um serviço disponível para os que não possuem condições para arcar com um plano de saúde privado” (OLIVEIRA, 2015, p. 83).

Nos termos do artigo 198, §1º da CF/88, o SUS tem por objetivo atender às necessidades sociais e promover o bem-estar social, para o qual exercerá verbas previstas no art. O artigo 195 estipula que a previdência social será financiada direta ou indiretamente por toda a população por meio de recursos orçamentários dos governos federal, estadual, distrital e municipal, observada a legislação (Brasil, 1988).

Dessa forma, por meio da ação e dos serviços públicos, os governos federal, estadual e municipal devem atender às necessidades de saúde dos indivíduos de forma holística, pois não há hierarquia entre eles, mas funções e capacidades, com divisão de trabalho responsável pela ação no campo da saúde e do serviço, respondendo solidariamente.

Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, e por regulamentar o SUS, é reconhecida como Lei do SUS. Assim, de acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2006, p. 197), pode-se afirmar que “o SUS consiste em uma série de ações e serviços públicos de saúde, realizados de forma cooperativa por órgãos federais, estaduais e municipais, e até mesmo a iniciativa privada, mas de forma complementar.

Entre os princípios, importante destacar a unicidade, que determina que o SUS é um sistema unificado que proíbe os entes federativos de obter um sistema público de saúde exclusivo. Assim, os serviços e ações de saúde estão subordinados a um único sistema, com uma única diretriz e apenas um programa, ainda que descentralizado em cada nível de governo, ou seja, nacional, estadual e municipal.

No entanto, apesar de sua singularidade, o SUS é regional, ou seja, consegue adequar seus serviços e ações de acordo com o local de atuação. Daí a descentralização do sistema, com

repartição regional da atribuição dos entes federativos, de modo que a responsabilidade pelas ações e serviços na área da saúde recaia sobre os estados, especialmente os municípios, enquanto o papel da União é complementar e auxiliar.

A hierarquia dos serviços de saúde, por sua vez, divide a rede em níveis de complexidade, a saber: básico, médio e avançado, de modo que o acesso aos serviços acima vai do mais simples ao mais complexo, com exceção das emergências.

A Lei Orgânica da Saúde estabelece a finalidade do SUS em seu artigo 5º. Veja-se:

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.

Portanto, o objetivo do SUS resume-se em verificar e divulgar condições e determinantes de saúde, reduzindo assim o risco de doenças e outros ônus. Ainda, os indivíduos terão acesso universal e igualitário. A área da saúde deve contar com políticas públicas que visem dar, nos campos social e econômico, o cumprimento do disposto no artigo 1º, § 1º. O artigo 2º da Lei, promove a prevenção, proteção e recuperação da saúde, em conjunto com a implementação de ações assistenciais e preventivas.

O dispositivo legal também engloba a execução de assistência holística de tratamento incluindo a disponibilização de medicamentos; ações e serviços de saúde pública contratados ou conveniados com o SUS e serviços privados, que serão conduzidos de acordo com as diretrizes estabelecidas no art. Artigo 198 da Constituição Federal.

A saúde é uma condição necessária para a proteção da vida humana, vinculada à dignidade, e como é de grande relevância, o próprio texto constitucional estabelece um contexto organizacional para garantir o direito à saúde por meio da institucionalização do SUS.

Em setembro de 2021 o SUS completou 31 anos, em comento à data, o Ministério da Saúde esclareceu que se trata do único sistema de saúde pública do mundo que atende mais de

190 milhões de pessoas - 80% delas que dependem, exclusivamente, dos serviços públicos para qualquer atendimento de saúde. Apesar da quantidade expressiva, é garantido que todos podem usar o SUS, gratuitamente, porque seus princípios são a integralidade, a igualdade e a universalidade. Neste sentido, pode-se afirmar que 100% dos brasileiros desfruta, desfrutou ou desfrutará dos serviços do sistema, que é essencial para a população. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Assim, tendo em vista a situação-problema discutida no presente trabalho, mostra-se que o SUS é a via de acesso à saúde para milhões de brasileiros, que por diversas vezes enfrentam a falta de medicamentos essenciais para tratar a sua enfermidade, como o caso dos pacientes que possuem AME, em razão da escassez de recursos públicos.

2.1. O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Define-se direitos fundamentais como um conjunto de normas jurídicas que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e a limitações do poder, ambos amparados na estrutura constitucional dos Estados democráticos de direito e, por sua relevância valorativa, são legitimados em todo o ordenamento jurídico nacional. A doutrina de Alexandre de Moraes (2013, p. 21) estabelece o conceito de direitos fundamentais da seguinte forma:

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

Os direitos sociais são compreendidos das conquistas dos movimentos populares, reconhecidos mundialmente e no âmbito constitucional. Eles exigem ação positiva do poder público e do Estado para alcançar a igualdade social para os menos favorecidos. Desta vez, fica clara a relevância desses direitos, visto que o desenvolvimento de benefícios positivos visa atingir os setores mais vulneráveis da sociedade. Os direitos sociais tendem a promover o bem-estar social e econômico e a melhoria da qualidade de vida das pessoas, especialmente as mais vulneráveis, para fazer as correções necessárias à distribuição desigual de riqueza e renda.

Portanto, pode-se verificar que os direitos sociais são importantes para o bem-estar social, pois protegem as pessoas de experiências adversas e lhes permitem viver uma vida digna. Esses direitos incluem o direito ao trabalho, educação, saúde, proteção social etc. Garantir que as pessoas tenham acesso a esses direitos fundamentais é, portanto, essencial para uma sociedade justa e coesa.

No entanto, é importante destacar que, na prática, nem todas as pessoas têm direitos sociais garantidos de forma igualitária. Muitas pessoas não têm acesso a esses direitos porque não têm condições financeiras ou porque vivem em lugares onde esses direitos não existem. Por essa razão, é importante trabalhar para garantir a igualdade de acesso aos direitos sociais para todos.

Moraes conceituou os direitos fundamentais no sentido material como privilégios e instituições consolidadas pelo ordenamento jurídico pátrio para garantir efetiva dignidade, liberdade e igual convivência de todos os indivíduos, tendo como principal objetivo o respeito à dignidade humana contra a vontade do Estado e a determinação de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade (MORAES, 2013). Nesse diapasão, José Afonso da Silva (2012, p. 160) afirma:

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de equalização por via dos direitos sociais e da universalização de prestação sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização 15 destas prestações, constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.

No contexto histórico do Brasil, é possível observar que o direito à saúde pública se interliga como um todo. Isto pois a saúde pública brasileira tem suas origens nos tempos coloniais, quando a saúde era vista como um bem particular e os governantes coloniais eram responsáveis apenas pela saúde dos seus cidadãos. Apenas no início das reformas sanitárias com a vinda do século XIX, que a saúde pública no Brasil começou a se desenvolver sistematicamente.

Neste contexto, o Estado passou a se responsabilizar pela saúde da população, que passou a ser vista como um bem público. Durante o período da ditadura militar, o progresso foi interrompido, retornando apenas a partir da década de 1980, com o estabelecimento do Sistema Único de Saúde.

O surgimento da CF/88 empoderou a sociedade civil e provocou uma notável revolução ao dispor em seu texto sobre direitos fundamentais como saúde, assistência social, dentre outros, porque em um país democrático de direito, o objetivo dos direitos fundamentais é a melhoria de vida e do bem-estar social na sociedade.

Os artigos 196 a 200 dispõem acerca do direito à saúde em nível constitucional, estabelecendo os seguintes fundamentos para sua realização: a saúde é direito de todo indivíduo e dever do Estado, garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem o fornecimento de tratamentos para a diminuição de enfermidades e a oportunidade de acessar de forma universal e igualitária às ações e serviços de promoção, proteção e reabilitação.

A defesa do princípio da dignidade humana é uma vitória do movimento popular, que garantiu a efetivação do direito fundamental como um direito social reconhecido internacionalmente, possibilitando a todos a concretização das políticas públicas.

Neste sentido, José Murilo de Carvalho (2013, p. 20) destacou que a Assembleia Constituinte trabalhou por mais de um ano na redação da Constituição, com amplas consultas a especialistas e setores organizados e representativos da sociedade até que finalmente, em 1988, foi ocorreu a promulgação de um documento longo e detalhado em que a garantia dos direitos civis era uma questão central.

Conforme pesquisa realizada por Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 194), com relação ao direito à saúde, mesmo que este não esteja consagrado na CF/88, o papel da provisão estará direcionado ao Estado, por se tratar de um direito do indivíduo e dever fundamental imposto. Portanto, segundo a autora, pode-se verificar que o direito à saúde é um ramo do direito básico à vida. No mesmo sentido, Sarlet (2011, p. 61):

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o

direito a um tratamento condigno de acordo com a situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

Sarlet afirmou em seu livro *Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* que o direito à saúde é indispensável, quer o texto constitucional o declare ou não, pois será um direito humano essencial à vida. Dessa forma, é possível apontar a situação econômica de todos, pois teoricamente todos têm direito à saúde, mas os indivíduos mais necessitados devem primeiro se beneficiar do poder público, pois não podem arcar com o tratamento pelo setor de saúde privado (SARLET, 2011).

Por sua vez, Figueiredo (2007, p. 65) ensina que somente devem ser titulares de direitos econômicos, sociais e culturais os indivíduos necessitados, e não aqueles que não se expressam. Portanto, vale ressaltar que o art.6º prevê o direito à saúde juntamente com outros direitos sociais básicos que têm como finalidade o bem-estar e a justiça social de todos os cidadãos. Vejamos:

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.

Assim, pode-se inferir que o texto Constitucional de 1988 suscitou preocupações centradas nos direitos sociais fundamentais, nos quais o direito à saúde recebeu maior ênfase, que é obrigação estatal de estabelecer condições mínimas para os indivíduos.

Portanto, os direitos sociais básicos dos indivíduos são os direitos garantidos para toda a sociedade, direitos esses originários da natureza humana, são universais e invioláveis. A CF/88 protege os direitos sociais supracitados em seu rol de garantias básicas no art.º 5. Sobre a temática, Paulo Bonavides (2006, p. 594) ensina que:

A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes

concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

O panorama da saúde no Brasil mudou significativamente desde a década de 1970, e o debate sobre a crise sanitária do país se intensificou, reunindo profissionais de diferentes áreas, teorias, instituições e políticas para analisá-la, além da participação da população. A Reforma Sanitária é vista como referência para consolidar o uso universal da saúde pública, considerando questões de relevância para a organização da sociedade (BONAVIDES, 2006).

Esse cenário da organização política, econômica e social do país é também palco de diferentes movimentos, como o Movimento Popular da Saúde e o Movimento de Saúde da Zona Leste de São Paulo, que mesmo com suas diferentes origens e características, têm em comum o plano conjunto baseado na ampliação de direitos de uma sociedade democrática (FIGUEIREDO, 2007).

Para alcançar o bem-estar e a justiça social, o direito à saúde foi incorporado ao texto da Constituição de 1988.

Por conseguinte, o artigo 196 da CF/88 estabelece a saúde como direito de todas as pessoas e obrigação do Estado, o que é muito relevante no que diz respeito aos princípios do direito à vida e à dignidade da pessoa humana:

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.

Dessarte, a saudação da saúde como direito social fundamental estabelece a responsabilidade do Estado em gerar benefícios aos cidadãos por meio de políticas públicas, sociais e econômicas voltadas para a efetivação, promoção e recuperação da saúde, responsabilidade que deve garantir que mesmo que não haja cura para a doença, deve-se garantir uma melhor qualidade de vida aos indivíduos, tornando o tratamento viável e acessível a todos.

Após longa luta e mobilização, a reivindicação pelo direito à saúde pública foi legalmente garantida através da promulgação da Constituição de 1988, legalizando a saúde

como um direito universal. No entanto, sua implementação continua sendo um desafio, agravado principalmente pela crise socioeconômica.

Embora a Constituição preveja o direito à saúde, este nem sempre vigora na realidade do povo brasileiro. Foram identificadas várias fragilidades que dificultam o acesso aos serviços de saúde e a eficácia da prestação de serviços. Um dos principais problemas é a falta de estrutura. O SUS é o maior sistema público de saúde do mundo, mas vem enfrentando superlotação e falta de médicos e equipamentos.

Além disso, as desigualdades regionais são outro obstáculo para a efetivação do direito à saúde, pois grande parte do financiamento do SUS está concentrado nas grandes cidades, tornando mais instável a estrutura das pequenas e médias cidades. Outro problema é a falta de políticas públicas eficazes. Apesar de o SUS ter sido criado como um sistema universal e justo, a realidade é bem diferente. Ainda há muita burocracia e os recursos são muitas vezes mal redistribuídos.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CUSTO DOS DIREITOS - IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL X ESCASSEZ DE RECURSOS

Inicialmente, é importante ressaltar o significado do termo judicialização. Trata-se da abordagem de questões com amplas ramificações sociais e políticas que estão sendo decididas pelo judiciário e não pelos poderes convencionais, neste caso o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

A judicialização da saúde pode ser entendida como um mecanismo legal utilizado pelos cidadãos, que ingressam com ações judiciais contra o Estado para garantir o direito à saúde e o direito a determinados tratamentos ou medicamentos não protegidos pelo SUS.

De acordo com a Constituição Federal, o direito à saúde é um direito social e uma obrigação nacional, e sua efetivação depende da formulação e implementação de políticas públicas de saúde. Seu objetivo é melhorar as condições de vida das pessoas e equilibrar as desigualdades. Para cumprir essas disposições legais, as políticas de saúde devem ser

implementadas coletivamente. Segundo Simões (2005, p.107):

A judicialização da saúde no Brasil, dentre todas as suas consequências, conseguiu trazer o tema do efetivo cumprimento do direito fundamental à saúde para o centro do debate nas instituições gestoras das políticas públicas de saúde. Adicionalmente, a judicialização exigiu ainda respostas imediatas frente às demandas que se apresentam em um volume cada vez mais crescente [...]

Atualmente, são cada vez mais comuns as demandas judiciais para que o Estado, o Município ou a União Federal financie suas obrigações de garantir o direito à saúde, essas ações incluem inúmeras solicitações de tratamento e medicamentos, a maioria não coberta pelo SUS.

A concessão judicial de um tratamento a pacientes que não passaram ou não foram avaliados pelo SUS pode trazer uma série de riscos, como: erro de diagnóstico, risco de fraude contra o setor público, indicação de tratamento de alto custo inadequado ou não incorporado ao SUS, favorecimento de pacientes que poderiam arcar com os seus tratamentos em detrimento dos menos favorecidos economicamente, dentre outros.

Por essa razão, os tribunais passaram a exigir que junto ao protocolo das ações, esteja a prescrição médica do SUS e comprovação de solicitações administrativas anteriores. A exigência do pedido administrativo prévio foi amplamente citada na decisão do Recurso Especial (RE) 566471/2020 do STF, que também menciona a exigência de prescrição médica do SUS. Veja-se:

Voto Min. Edson Fachin

1. Demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública. Justificativa: Os pedidos ajuizados para que o Poder Judiciário forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário previamente ouvir o gestor público antes de apreciar os pedidos de liminar. Essa requisição tem por escopo reafirmar a importância do prévio requerimento administrativo para o fornecimento de

medicamento, sendo possível o ajuizamento de ação judicial apenas após a decisão administrativa (ou omissão desta em dar uma resposta fundamentada em tempo razoável) [...]

2. Preferencial prescrição por médico ligado à rede pública. Justificativa: Essa diretriz possui dupla justificação legal, ligada ao dever imposto pelo regime jurídico desses profissionais (Lei 9.787/99 – Art. 3º): Em primeiro lugar, os profissionais da saúde do sistema único de saúde conhecem os protocolos do sistema e somente devem descartá-los justificadamente; ou seja: a preferência da prescrição é sempre pelos protocolos adotados e incorporados na rede pública e, somente após o descarte dessa possibilidade é que – justificadamente – optarão por medicamentos/tratamentos etc. não incorporados para o caso concreto. Assim, a prescrição de medicamento não incorporado realizada pelo médico do SUS conta com presunção de que a sua escolha já se deu com critérios de exclusão em relação aos incorporados. Em suma: as ações que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de medicamentos ou tratamentos, devem ser instruídas com prescrição de médico em exercício no Sistema Único de Saúde, ressalvadas as hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, em que o médico indique os motivos da imprestabilidade ou ineficácia das opções terapêuticas dispensadas na rede pública.

Voto Min. Gilmar Mendes

Nos casos excepcionais, também como já manifestado na STA [Suspensão de Tutela Antecipada] 175, entendo que é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças – peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde –, privilegiando, na medida do possível, as políticas públicas existentes e o acionamento prévio da Administração Pública, via pedido administrativo.

Voto Min. Luís Roberto Barroso

Em regra, o ajuizamento da ação somente pode se dar após a decisão administrativa denegatória ou quando verificada uma irrazoável demora para proferir a decisão, sob pena de inverter a lógica de funcionamento do próprio sistema de saúde 12. O Judiciário não pode se transformar na porta principal de entrada das demandas por medicamentos. A solicitação administrativa é essencial para fins de organização do SUS, além de evitar que a máquina judicial seja movida sem necessidade. Com o pedido, a Administração consegue identificar (e possivelmente sanar) eventuais desabastecimentos, aprimorar aspectos logísticos

envolvidos na dispensação e produzir fundamentos para a negativa de fornecimento que poderão até mesmo facilitar a instrução de futura demanda judicial.

Portanto, diante das solicitações de pacientes que falham nos serviços públicos de saúde, é preciso insistir que o tratamento não deve ser fornecido mesmo com pedido liminar, sem que o SUS tenha uma avaliação do paciente. O sistema de saúde deve ter a possibilidade de contestar os laudos médicos apresentados pelos pacientes; atender os serviços públicos em igualdade de condições com os demais usuários; propor alternativas de tratamento; considerar a concessão do tratamento especial solicitado; ou especificar, neste caso específico, as razões de recusa do fornecimento.

Diante de um caso concreto, é necessário analisar dois requisitos: provar insuficiência econômica e falta de recursos públicos para verificar qual direito deve prevalecer.

Não há dúvida de que o direito à saúde está contido no conceito de um mínimo existencial, e este é limitado pelo judiciário reservando ações possíveis. Neste sentido, manifestou-se a Ministro Celso de Mello, Relator no julgamento do Agravo Regimental nº 639.337:

- A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por ilicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição

do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (...)’ (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

Surge o embate entre o direito social garantido no texto constitucional versus decisões extravagantes ou emocionais que forçam o governo a arcar com o custo irracional de tratamentos que, por muitas vezes, causam um déficit direto aos cofres públicos.

No Brasil, apesar do Constituinte prever direitos e garantias clássicas no texto constitucional, estes estão sob um contexto utópico, visto que o custo impossibilita a aplicação e efetivação do disposto na norma. Sob outra ótica, é possível concluir que o legislador montou um sistema de proteção social, para que, a medida em que o país avançasse, contribuísse de forma gradativa e progressiva com os direitos sociais.

Todavia, diante da escassez de recursos mostrada pela realidade econômica recessiva, subentende-se que não há a possibilidade de o país garantir a efetivação de todas as políticas públicas.

Sendo essencial que aconteça o reequilíbrio da alocação de recursos escassos, medida que pode reduzir o alcance ou a velocidade da implementação de algumas proteções de direitos sociais, o que é conducente à sustentabilidade da proteção social. As instituições e outros mandatos dos estados democráticos de direito definem os aspectos operacionais que compõem os poderes, especialmente o Poder Judiciário, que controla essas medidas.

Como defendem Holmes e Sunstein, os direitos nada mais são do que serviços públicos prestados pelo governo em troca de impostos e, portanto, só existem quando seus custos orçamentários podem ser divulgados. Portanto, a especificidade de certas garantias passa

inevitavelmente, sobre questões de financiamento e distribuição de renda.

Todavia, uma escolha trágica que resulte na redução dos direitos sociais ou na desaceleração da implementação deve ser vista como medida extrema, pois não há outra forma de coordenar os programas sociais, como os orçamentos do Estado, razão pela qual a transparência governamental e o debate democrático são essenciais em qualquer modelo contemporâneo de civilização, e os direitos sociais são uma prioridade. Avaliações completas e públicas devem preservar os serviços mínimos e essenciais para alcançar a natureza humana e a vida social, mesmo no contexto de direitos sociais onerosos (por exemplo, saúde básica, educação básica e assistência social aos economicamente desfavorecidos).

Para tomar essas medidas extremas, o Estado deve propor projetos para se adequar a realidade. Neste sentido, Nabais discorre:

[...] é cada vez mais evidente que o problema da actual dimensão do estado apenas se pode solucionar (ou atenuar) através da moderação do intervencionismo estadual, moderação que implicará, quer o recuo na assunção das modernas tarefas sociais (realização dos direitos económicos, sociais e culturais), quer mesmo o abandono parcial de algumas tarefas tradicionais. Com efeito a crise do actual estado, diagnosticada e explicada sob as mais diversas teorias, passa sobretudo pela redefinição do papel e das funções do estado, não com a pretensão de o fazer regredir ao estado mínimo do liberalismo oitocentista, mas para o compatibilizar com os princípios da liberdade dos indivíduos e da operacionalidade do sistema económico, procurando evitar que o estado fiscal se agigante ao ponto de não ser senão um invólucro de um estado em substância dono (absoluto) da economia e da sociedade pela via (pretensamente) fiscal.

Devido aos déficits sociais históricos do Brasil (dos quais a desigualdade social é um exemplo eloquente), os projetos a se propor não são simples, embora necessários, e devem preceder outras estratégias, como por meio do aumento da arrecadação de tributos para superar a escassez de recursos no que diz respeito à progressiva efetivação desses direitos sociais e à sustentabilidade dos programas sociais (por exemplo, a crise do sistema previdenciário do próprio servidor público, antes do corte dos benefícios, deve ser confrontado com o sistema como impostos aumentam o ônus do beneficiário).

A máquina estatal é extremamente custosa. Deve-se, portanto, aplicar a norma de forma consciente, cuidadosa e harmonizada ao contexto da atual economia da nação.

Nesse contexto, cabe ao direito: primeiro, para manter seu papel clássico de controlador e organizador da sociedade; segundo, para transformar seu papel de guardião, ou seja, quando proporciona à sociedade a busca da proteção de seus objetivos e objetivos, exercitando-a de forma a utilizar as riquezas escassas de forma racional, eficiente e equilibrada. Dadas as realidades dos custos dos direitos sociais, a análise também deve se concentrar em quem deve decidir a distribuição desses valores e com quais diretrizes devem fazer essas escolhas de acordo, reconhecendo que, segundo Coase (1960, p.36):

[...] ao se escolher entre arranjos sociais, em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, nós temos de ter em mente que a mudança no sistema existente, a qual conduzirá ao aperfeiçoamento em algumas decisões, pode muito bem levar à pioria em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (se seria o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos considerar o efeito total.

Desse modo, nessa realidade de crise do Estado, tendo em vista a quantidade de cidadãos que ingressam diariamente com ações judiciais requerendo que seja concedida tutela para fornecimento de medicamentos, deve-se desconsiderar uma hipótese utópica, os recursos devem ser alocados de maneira equilibrada, caso contrário, os direitos (custos) são distribuídos arbitrariamente entre os pacientes.

Os direitos sociais devem ser entendidos e coerentes com a manutenção geral do sistema (especialmente sua sustentabilidade), por meio do desenvolvimento de políticas públicas em bases democráticas, com entrega proporcional dos interesses nacionais, razão pela qual é necessário manter a carta de competência das autoridades públicas.

O papel do judiciário em um estado constitucional democrático é interpretar a constituição e as leis, defender os direitos e garantir o respeito ao ordenamento. Em muitos casos, os magistrados terão um papel na construção do significado normativo da lei,

especialmente quando houver problemas com a aplicação de conceitos e princípios jurídicos incertos. Equilibrar direitos fundamentais e princípios constitucionais inseridos no processo de conflito tem sido necessário em inúmeros outros casos em que o judiciário é obrigado a fazer concessões mútuas ou fazer escolhas entre as normas.

Assim, se uma ordem pública ou qualquer decisão sobre a matéria for determinada especificamente pela constituição ou por lei válida, a ação administrativa correspondente poderá estar sujeita ao controle judicial como parte da aplicação natural da lei pelo magistrado.

Além dos pressupostos acima, a atividade judiciária deve ser minimalista e, mais importante, esforços devem ser feitos para respeitar o leque de escolhas legislativas e executivas feitas pelos órgãos competentes na matéria.

Na ausência de uma lei ou ação administrativa, o judiciário deve agir, e na hipótese de descumprimento dos preceitos legais, os magistrados também devem intervir. No entanto, se existem leis e atos administrativos que fazem cumprir a Constituição e são frequentemente aplicados, qualquer intervenção judicial deve ser marcada com autocontenção.

A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial que é celebrada como importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência.

Acerca da jurisprudência brasileira, há de se criticar a aplicação das normas constitucionais, afirmadas na forma processual. O artigo 196 da Constituição Federal esclarece que o direito à saúde será garantido por meio de políticas sociais e econômicas. Independentemente da mediação legislativa, a possibilidade de o judiciário fazer valer o direito à saúde encontra um obstáculo na positivação do artigo supracitado.

Destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Ainda segundo o Ministro:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos

postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178-SE, datado de 05/03/2015, em que se abordava um tema de repercussão geral, o STF, por meio do Ministro Relator Presidente Luiz Fux, reafirmou a solidariedade entre os entes federativos no que se refere às ações e serviços de saúde. Fixando a seguinte tese:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (STF - ED RE: 855178 SE - SERGIPE 0005840- 11.2009.4.05.8500, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-090 16-04- 2020)

Em relação ao fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, defendendo a conquista de melhorias na qualidade de vida e sobrevida dos pacientes, a Suprema Corte vem manifestando seu entendimento no sentido de resguardar os direitos dos pacientes. Confira-se:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar. 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 (...) (RE 271.286-AGR).

Outro aspecto é a inadequação de se encarar a questão como mera interpretação das normas constitucionais. Se a prerrogativa de aplicar direta e imediatamente as regras que afirmam o direito à saúde é atribuída ao judiciário, será uma questão sistêmica. Na verdade, a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos em saúde é delegar a capacidade de decisão nessa área ao poder executivo, que tem uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades que precisam ser atendidas. Esta será a escolha do componente original ao determinar que o direito à saúde seja garantido por meio de políticas sociais e econômicas.

Uma das maiores críticas, sem dúvidas, está no setor financeiro, em razão da "reserva do possível", já abordada no subcapítulo anterior. Isto pois, os recursos públicos serão insuficientes para atender às necessidades da sociedade, obrigando o Estado a sempre tomar decisões difíceis. Investir recursos em um setor sempre significa não os investir em outros

setores. Na verdade, os orçamentos são muitas vezes inferiores às necessidades sociais para realizar os direitos individuais ou sociais.

Recentemente, o sistema público de saúde vem disponibilizando aos cidadãos planos de cuidados abrangentes, nos quais, além da medicação, os pacientes recebem todo o tratamento necessário para a melhora da doença que os acomete. Com isso, o valor captado de outros pacientes que dependem de recursos públicos é redistribuído em favor de litigantes individuais que obtêm essas decisões favoráveis. Consequentemente, o Poder Executivo se vê privado de exercer a sua capacidade de planejamento, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada decisão pode atender às necessidades imediatas daquele que pleiteia a concessão do fármaco, mas em geral, dificulta a otimização das possibilidades do Estado na promoção da saúde pública.

A política de saúde pública deve seguir diretrizes para reduzir as desigualdades econômicas e sociais. No entanto, quando o judiciário desempenha um papel de liderança na implementação dessas políticas, ele privilegia aqueles que têm acesso à justiça. Possibilitando que, muitas vezes, consigam o medicamento que pleiteiam de maneira mais rápida e eficaz do que aqueles que requerem solicitam ajuda por meio da administração pública.

Por fim, há a crítica técnica de que o poder judiciário não possui expertise para formular a política de saúde, pois não pode avaliar se um medicamento é eficaz na promoção da saúde e da vida, mesmo guiado por laudos técnicos, sua visão jamais poderia rivalizar com a da administração pública. O magistrado é um ator social que apenas observa casos específicos, micro judiciais e não macro judiciais, e sua gestão é mais influenciada pela administração pública.

Do resultado dos estudos, observa-se que há pouco uso dos instrumentos oficiais da política pública de saúde nas decisões judiciais, o que permite concluir que existe um grande distanciamento entre a política pública formulada e o Poder Judiciário.

No presente contexto, faz-se referência a denominada teoria da deferência judicial aos órgãos reguladores (Doutrina Chevron com origem no Direito Administrativo Norte-Americano) a referida teoria defende que as decisões judiciais, quando proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica – precisam ser

respeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais, incluindo o Poder Judiciário, com fundamento nos princípios da separação dos poderes e da legalidade.

A doutrina mencionada se utiliza de suas etapas: na primeira, o Tribunal de revisão deve decidir se o Congresso se expressou diretamente sobre a temática sob julgamento; em outras palavras, deve decidir se a norma é ou não ambígua; não havendo ambiguidade, as agências devem cumprir os objetivos da lei. No entanto, se a lei é omissa ou ambígua, o Tribunal deve recorrer a segunda etapa, que deverá avaliar se a interpretação da lei pelo órgão regulador é razoável, ou seja, se a solução oferecida é produto de uma interpretação adequada do dispositivo. O Supremo Tribunal Federal fez referência à Teoria no acórdão da ADI 4874:

Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council)." (ADI nº4874, Relatora: Ministra Rosa Weber, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/02/2018, Publicação em 01/02/2019

Corroborando à jurisprudência supracitada, o artigo 20 e seguintes do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 com a redação incluída pela Lei nº13.655/2018 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, positiva a necessidade de se considerar as consequências práticas das decisões judiciais. Veja-se:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da

invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Isto posto, demonstrada a importância e imprescindibilidade da análise técnica adequada atinente às questões, caso ocorra a concessão do referido tratamento por via judicial, deverão ser expostas de maneira explícita as razões pelas quais não ocorreu a observância das políticas públicas de saúde antes do ingresso na via judicial.

4 ESTRATÉGIAS DE ACESSO A SAÚDE POR OUTROS MEIOS – ALOCAÇÃO DE RECURSOS E MODERAÇÃO JUDICIAL

Têm-se um exemplo de proteção dos direitos sociais, um tema que compele aos poderes constituídos a implementar programas normativos na prossecução dos interesses sociais, ou seja, a transformar os textos legais na realidade cotidiana dos detentores de privilégios. Em primeiro lugar, é importante lembrar que uma das formas de proteger

efetivamente os direitos sociais ou promover tal proteção é aumentar o vínculo entre direitos sociais e democracia participativa, como ensina Botelho (2015, p.357).

Portanto, a legitimidade dessa proteção está consubstanciada nas regras de competência estipuladas na Constituição, que refletem, em primeiro lugar, o exercício do poder legislativo. Com exceção das disposições constitucionais imediatas, as disposições constitucionais que tratam dos direitos sociais só são aplicáveis se forem acompanhadas de decisões legislativas que levem à aplicação prática de previsões legais na vida dos seus titulares. Em segundo lugar, o Poder Executivo também é constitucionalmente capaz de proteger esses direitos, considerando que a administração pública, após exigências legislativas específicas, deve promover a criação/realização de benefícios reais e materiais destinados a facilitar o acesso dos indivíduos aos bens protegidos pelos direitos sociais.

É, portanto, prerrogativa constitucional dos órgãos legislativo e executivo a adoção de políticas voltadas para a implementação prática dos direitos sociais, especialmente diante da escassez de recursos, o que cria o valor de uma necessidade implacável de escolhas orçamentárias para alocação. Nesse ambiente, surgiram múltiplos conflitos de interesse e reclamações, muitas que, inclusive, foram judicializadas.

No entanto, segundo Touraine, a democracia não se define pela separação de poderes, mas pela natureza do vínculo entre sociedade civil, sociedade política e Estado. Não há democracia se a influência é exercida de cima para baixo. Portanto, a atuação do judiciário deve respeitar sua competência, caso contrário a distribuição do poder será realizada de forma extremamente cara, descumprida e antidemocrática. Como bem define *Sunstein*:

A alocação de certos papéis tem uma importante função de permitir que os resultados sejam alcançados sem forçar os tribunais a tomar decisões sobre questões fundamentais. Essas questões são resolvidas por referência à competência institucional, não por seus méritos.

A discricionariedade do poder político está sujeita ao controle judicial no caso de vícios formais e, em casos excepcionais, se o mérito da escolha violar objetiva, explícita ou manifestamente os limites da discricionariedade impostos pelo ordenamento jurídico.

Na chamada área cinzenta, o controle judicial deve respeitar as escolhas dos detentores de capacidade normativa ou ser punido por violar a separação de poderes.

Em termos de valor econômico, toda forma de alocação de um recurso escasso incorre em custos de transação para sua alocação, e quanto mais incertas forem as possibilidades de decisão e quanto mais individualizados forem os destinatários, maiores serão os custos envolvidos. Portanto, a forma de efetivação dos direitos sociais que pode demandar mais recursos é a via judicial, e as políticas públicas podem ser distorcidas e desequilibradas.

Além disso, o tratamento não seria equivalente, pois em casos individuais as decisões tomadas teriam valor apenas para o impulsionador da ação, o que prejudicaria a população, e porque o custo do acesso à justiça em si é alto, o que impede que famílias de renda baixa busquem os mesmos benefícios. No entanto, dado que o judiciário não está sujeito ao sufrágio direto, universal, igualitário e periódico como os poderes legislativo e executivo, é possível verificar que tal tomada de decisão ocorre em um ambiente antidemocrático. Da mesma forma, o judiciário não é necessariamente melhor do que legisladores e administradores públicos para decidir questões de gestão técnica (mesmo por meio da capacitação dos profissionais e das informações disponíveis), razão pela qual os intérpretes judiciais devem respeitar as regras e as escolhas feitas poder político.

Dworkin (2002, p.215), oposto ao ativismo judicial, destaca a moderação judicial no contexto da *common law*, cujos fundamentos são úteis para o sistema jurídico brasileiro:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. [...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível.

No entanto, se for necessário que o Estado controle ou fiscalize determinados setores socioeconômicos, ou mesmo parametrize diversos aspectos da vida privada, essas medidas devem ser tomadas por um corpo de poder democraticamente baseado e constituído por regras constitucionais de competência. - pelos deputados e delegações eleitorais que recebem o sufrágio universal que agem em seu nome, especialmente quando confrontados com escolhas que envolvem como e quando distribuir as escassas receitas públicas, em tempos de crise (curto prazo ou estrutural), para melhor servir o desenho do Estado Democrático de Direito.

Portanto, em circunstâncias favoráveis, devido à existência de um aumento de "receita" (alta carga tributária para custear o sistema), e uma inadequação de "mercado" (altos custos de transação na distribuição de renda devido à execução judicial), é necessário promover uma verdadeira mudança institucional, com atuação limitada do judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que o direito à saúde é universal, deve este ser garantido sem qualquer meio que o dificulte, amparado pelo texto constitucional e concretizado por meio de políticas públicas que implementem princípios fundamentais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, crises econômicas e estruturais podem levar a decisões difíceis ou trágicas sobre políticas públicas, ainda mais em países com déficits históricos como o Brasil, pois os direitos correspondem aos custos de um possível enfraquecimento dos orçamentos públicos.

O contexto atual é impositivo e restritivo, fazendo com que os textos normativos dos direitos sociais devessem ser reeditados pelos poderes legislativo e executivo, equilibrando suas contas públicas e promovendo mudanças, ainda que diminuam direitos sociais ou diminuam o ritmo de implementação progressiva dos compromissos governamentais à democracia.

Em consideração aos dilemas morais da ética deontológica e a ética teleológica, do ponto de vista da dispensação de medicamentos pelo SUS, a melhor solução é encontrar um meio-termo para a efetivação do direito à saúde.

Os direitos previstos na Carta Magna devem ser interpretados como ideais, cujo a implementação está em andamento, em consonância com a previsão orçamentária da nação,

para que não ocorra o retrocesso social e se mantenha o respeito pelas prestações essenciais, como: saúde básica, educação básica e assistência social à população economicamente miserável.

O judiciário deve respeitar as duras escolhas do poder político dentro da discricionariedade estabelecida pelo ordenamento jurídico. Razão pela qual o controle por parte do poder judiciário deve ser exercido apenas em caso de violação da norma, pois além de não ter legitimidade democrática em termos de mandato e autoridade constitucional, sua escolha não é necessariamente a mais qualificada, como restou devidamente demonstrado.

Deste modo, conclui-se que, o acesso universal a medicamentos pelo setor público ainda é um grande desafio, que deve ser enfrentado diariamente para que haja a promoção efetiva da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Bruna. **Quanto Custa Uma Vida?** Publicado em 2 de dezembro de 2020. Edição: Bárbara Paludeti. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/reportagens-especiais/medicamentos-que-custam-milhoes-de-reais/>. Acesso em: 01 out. 2022.

AMORIM, Poliana Torres de. **Medicamentos de alto custo e a judicialização da saúde.** Centro Universitário UNIFACIG. Manhuaçu, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana** no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva:**

Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise**: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL, Decreto Lei nº4.657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASI, **Lei nº 14.154 de 26 de maio de 2021**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para aperfeiçoar o Programa Nacional de Triagem Neonatal (PNTN), por meio do estabelecimento de rol mínimo de doenças a serem rastreadas pelo teste do pezinho; e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.154-de-26-de-maio-de-2021-322209993>. Acesso em: 06 out. 2022.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

COASE, Ronald. **O Problema do Custo Social**. Tradução de Francisco Alves e Renato Caovilla. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JUSTIÇA, Conselho Nacional. **ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 06 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2013.

NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** Revista de Direito Mackenzie, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30. 2002.

NORTH, Douglass Cecil. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico.**

Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. POSNER, Richard A. Problemas de Filosofia

OLIVEIRA, Flávia Silva de. **Controle social no sistema único de saúde SUS: aspectos constitucionais e legais dos Conselhos de Saúde.** 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/4402/3318>. Acesso em: 07 out. 2022.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; NETO, Lourenço de Miranda Freire. **Direitos Sociais em Tempos de Crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial.** 2020. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9833/114115296>. Acesso em 04 out.2022.

ROVER, J. A. et al. **Direitos sociais, políticas públicas e seguridade e direito agrário e ambiental.** Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista da Defensoria Pública, São Paulo, n.1. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**

na **Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 271286 AgR RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 24/11/2000. Jurisprudência STF, 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em: 01 out. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO D E DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 45 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Dj: 29/04/2004. STF, 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%CDTICAS%20>. Acesso em: 01 out. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4874 DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicação: 01/02/2019. Jurisprudência STF, 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397310/false>. Acesso em: 01 out. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 855178 ED SE**. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicação: 16/04/2020. Jurisprudência STF, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 01 out. 2022.