
O DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

CAMILO STANGHERLIM FERRARESI

Mestre em Direito Constitucional, especialista em Educação

Advogado, professor e coordenador do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru

JONATAS MICHEL BORGES EVANGELISTA

Acadêmico do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

1 INTRODUÇÃO

Diante da evidente necessidade humana em consagrar o progresso de seus direitos sociais, bem como a proteção de garantias em sociedade, os legisladores constituintes, representando a vontade do povo e as normas de seu Estado, cuidaram de eleger quais os dentre direitos existentes são fundamentais da pessoa humana.

Comum à todas as sociedades, por ser intrínseco a vida digna humana, está o Direito à Saúde. Seu exercício e proteção é o alicerce e a finalidade deste trabalho.

A análise do direito a saúde prosseguirá a luz de suas previsões legais que mais diretamente refletiram no direito brasileiro. Bem como sob algumas das ferramentas à disposição do Poder Executivo para efetivação do Direito a Saúde, com foco principal do estudo na efetiva participação do Poder Judiciário neste processo e os resultados deste fenômeno, doutrinariamente conhecido por Judicialização do Direito a Saúde no Brasil.

A saúde no Brasil tornou-se algo caro, burocrático, longe da necessidade do povo e confuso aos olhos do Poder Executivo. Ao Poder Judiciário coube, portanto, o papel de receber da população sua real situação de vida fora de planos ideais importados, e em resposta

às várias negativas do Poder Executivo, conceder ao cidadão o atendimento de seus anseios como a lei assim o garante.

Necessário faz-se enxergar os diferentes atores que, por suas limitações físicas, temporais ou ambientais sofrem limitações em seu direito pela rede pública de saúde, quais sejam, I. Os que buscam a rede pública de saúde e recebem um não em resposta. Deixam de receber o atendimento e em sua humilde ignorância, morrem na deriva do desprezo público, ou permanecem subsistindo, ao arrepio do Princípio Constitucional da Dignidade Humana. II. Os que buscam a rede pública de saúde e recebem o mesmo não, mas cientes de seus direitos, buscam no Poder Judiciário o atendimento à suas demandas. III. Os que recebem atendimento na rede pública, porém, a técnica utilizada revela-se insuficiente ou até mesmo, desatualizada em relação às tecnologias mais recentes, então estes buscam o Judiciário por sua complementação. IV. Da mesma forma os assegurados por planos de saúde que na ausência de cobertura, buscam no Judiciário sua ampliação, ressalta-se desde já que os planos de saúde são considerados pela Constituição Federal como complementares, permanecendo a responsabilidade do Estado perante a saúde destes cidadãos. V. Por fim temos o cidadão para com seu próximo, responsável por exaurir o caráter solidário do direito à saúde, mas que acomodado às suas indignações, assiste o quadro pintar-se trágico, permanece escolhendo mal e vive lutando com a estagnação e a constante derrota pública brasileira da corrupção.

2 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Sobre o direito a saúde e sua proteção pelo Estado, preconiza Bolzan ao afirmar que:

[...] o direito à saúde é um resguardo, um seguro que o cidadão possui, de acessar os meios judiciais e administrativos em caso de indevida não ação estatal na prestação sanitária, fazendo com que se obedeça ao caráter dirigente e vinculado de nossa Constituição, bem como sejam respeitados os ideais do Estado Democrático de Direito por ele estabelecido. (BOLZAN apud VIAL, 2017. p. 203)

Diretamente relacionado aos direitos fundamentais por sua natureza jurídica, o Direito a Saúde é reconhecidamente o maior balizador do padrão de dignidade da vida de um povo, e bem crucial para seu progresso, como sabiamente define Zanobini quanto ao alcance do direito à saúde na sociedade, a saúde é:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. (ZANOBINI apud, CRETELLA JR, p. 4331, 1998)

Observa-se neste trabalho o direito brasileiro com ênfase no Direito Social à Saúde, qual o papel do Estado para garanti-lo e na falta ou omissão deste, qual a participação do Poder Judiciário para efetivá-lo e conceder a tutela Constitucional ao cidadão, na lição de Souza, “Da constatação de que os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos verdadeiramente fundamentais surge uma intrigante discussão em torno da possibilidade de efetivação desses direitos através do Poder Judiciário. [...]” (MARMELSTEINS apud SOUZA, 2010, p. 74).

Faz-se necessário, portanto, verificar o papel do Poder Público diante de todo o contingente de obrigações em garantir o acesso digno, universal e igualitário à saúde bem como do Poder Judiciário, ante estas negativas de tutela à prerrogativas inerentes à existência humana.

2.1 Breve contexto da proteção internacional à saúde

De notório impacto social a Segunda Guerra Mundial marcou o século XX e deixou marcas na história de irrepreensível repúdio, a dignidade humana fora descartada com objetivo genocida, e o mundo se estarreceu diante do horror instaurado, mas grandes momentos históricos são complexos, e a humanidade que sempre mostrou se apta a crescer em seus valores diante de grandes catástrofes, desta vez não se portou diferente. O apelo mundial por medidas protetivas aos direitos humanos viera enfim a ter seu espaço no cenário pós-guerra e desta união humana de proporções internacionais, em 24 de outubro de 1945, na cidade de São Francisco (Califórnia – Estados Unidos), fora fundada a ONU (Organização das Nações Unidas), instituição de nobre missão, tão claramente expressa em seu preambulo constitutivo:

Nós, os povos das nações Unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla (ONU, 1945).

A humanidade havia dado o primeiro passo de uma longa caminhada rumo a um modelo ideal de condição do ser humano, longe da realidade do 16 momento histórico, mas menos inalcançável que antes. Este processo de transformação social que se estende até os dias de hoje, efetivou-se mais objetivamente em 1948, com a Declaração Universal de Direitos humanos, que tratou de forma de forma restritiva a saúde, com vital importância à proteção a vida, reconhecendo pela primeira vez na história, a saúde como parte do rol dos direitos humanos, e o acesso a fármacos como ação a ser positivada pelo Estado.

Editado em período posterior, o protocolo adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de São Salvador (1966) que viria a ser adotado apenas em 1988 pela Organização dos Estados

Americanos (OEA), previu de forma mais abrangente o direito a saúde, transmitindo em seu texto a necessidade de expansão de horizontes e a quebra de paradigmas sociais, visando a objetivação do Estado como coluna vertebral desta garantia. Sua maior contribuição histórica advém do reconhecimento do direito à prevenção de doenças e de alcance social por parte do Poder Público, adotando neste sentido o Estado, medidas de caráter preventivo e de reconhecimento da desigualdade e pobreza de seus membros, para garantir o direito à qualidade de vida e tratamento igualitário à sua população.

2.2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Entre os textos constitucionais desde a Constituição do Império (1824) até a Constituição de 1988, dois momentos merecem maior atenção por influenciarem diretamente no reconhecimento do direito à vida e por consequência subjetivamente ao direito à saúde como o conhecemos hoje em território brasileiro.

Primeiro a Constituição de 1934, que elegeu o direito à vida de forma antes ignorada. Influenciada por fatos políticos como a Constituição Mexicana de 1917, que foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos, juntamente a Constituição Alemã de Weimar de 1919, que inaugurou o constitucionalismo social, entre outros fatos. Como explica Paulo Bonavides:

Com a Constituição de 1934 chega-se a fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação de rumos para o constitucionalismo brasileiro. (BONAVIDES, 2007, p. 366)

Em segundo momento a Constituição de 1946, que pela primeira vez consagrou a “inviolabilidade dos direitos concernentes a vida”.

Trazendo para o momento presente da República, a Constituição Federal de 1988, merece reconhecimento por consagrar por todo seu texto elementos garantidores da vida e liberdades, não apenas com caráter declaratório, mas também já definindo diretrizes objetivas de obtenção de resultados práticos dotados de fomento, controle e de administração estatal, sem as quais o direito a saúde não seria de possível efetivação. Ante os demais existentes nos concerne elencar os três artigos merecedores de maior destaque por sua objetividade e consonância com a evolução sistemática do direito à saúde, sendo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

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.

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)

Por fim cabe destacar os artigos que com caráter instituidor consagraram a política pública adotada pelo Brasil para a obtenção de resultados diante do anseio e necessidade social por melhorias na área saúde e o dever do Estado em atendê-las, o SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS, que definiu, portanto, que todas as ações e serviços de saúde integrariam uma rede organizada e hierarquizada, formando um sistema único abrangendo, municípios, estados membros, Distrito Federal e a União, de forma comum a todos os entes federativos.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes. I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

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

Trata-se de uma cooperação exigida constitucionalmente, com parâmetros de aplicabilidade territorial mutua. Significa dizer que é indisponível a estes dispor livremente sobre como executar a política de saúde, determinando diretrizes nacionais, que deverão ser prestadas no âmbito do Sistema Único de Saúde

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDORES DA SAÚDE

Podemos dizer quanto aos direitos fundamentais que sua evolução e reconhecimento decorre da história da humanidade, sempre tido como divisor de águas, fatores sociais que se estabeleceram de forma subsequente no tempo, mas com reservas, a própria evolução intelectual humana, ante sua própria condição. Como nas palavras de Camilo Stangherlim Ferraresi, quanto a ascensão dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais surgiram e se fortaleceram a partir da evolução da sociedade e de eventos históricos que culminaram com o reconhecimento de direitos, os quais classificaremos em primeira, segunda e terceira gerações de direitos fundamentais. [...] Observa-se que a evolução dos direitos fundamentais está diretamente ligada a reivindicações e conquistas das sociedades em suas respectivas épocas, classificando-se, dessa forma, em gerações ou dimensões de direitos fundamentais. (FERRARESI, 2010, p. 19)

Em outros termos, quando no momento histórico, se efetivaram determinados direitos fundamentais, o Estado que os reconhece, jamais se permite retroagir à condição anterior menos favorável à sua população. Suas diretrizes são indisponíveis até mesmo por parte do agente recebedor destes direitos, ou seja, são direitos impossíveis de serem abstraídos, abandonados, independente da vontade de seu titular. Eis o caráter solidário dos direitos fundamentais, unindo o tema nas palavras de Sandra Vial:

Entender a saúde na perspectiva de direito fundamental envolve luta contínua para a consolidação deste direito como um bem comum, como aquilo que deve perpassar toda a sociedade, fundado na solidariedade, na fraternidade e no compartilhar, significa ver o outro como um outro eu. (VIAL, 2017. p.188)

Trata-se da “responsabilidade compartilhada” qual a sociedade deve engajar-se, sendo o papel principal do Estado “preservar as liberdades fundamentais para eliminar, progressivamente, as desigualdades” (VIAL, 2017, p. 194).

3.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Esta análise adotará a expressão Dimensão de Direitos Fundamentais ao tratar da evolução dos direitos fundamentais. Esta escolha deu-se pela abrangência do conteúdo em tela, visando assim, seu aspecto progressivo, e não apenas temporal. Tornar-se necessária a clara compreensão da inexistência de hierarquia entre estas dimensões de direitos fundamentais, ocupando, portanto, as mesmas colocações de normas jurídicas constitucionais ou infraconstitucionais, paralelamente, nunca sobrepondo se.

3.1.1 Primeira dimensão dos direitos fundamentais

São os direitos individuais, civis e políticos. Também chamados de direitos civis clássicos. Representam a autodeterminação humana, sua posição de titular da vida que exerce em face da atuação do Estado, “trata-se de um direito subjetivo que garante ao ser humano a não intromissão estatal em sua liberdade pessoal” (FERRARESI, 2010, p.21).

Objeto, portanto, de um não fazer estatal, de respeito a condição individual humana e sua responsabilidade sobre si próprio, vinculados à “segurança e à resistência às diversas formas de opressão” 24 (WOLKMER, 2003, p.7). São exemplos o direito à vida, a liberdade, à prosperidade, e como completa Ferraresi são a base do Estado Liberal de Direito:

Os direitos fundamentais de primeira geração são direitos individuais de proteção do indivíduo em relação a atividade estatal. Tem um cunho especial de defesa do indivíduo e uma característica singular de abstenção do Estado, em detrimento do poder estatal para proteção individual. É importante salientarmos que sua característica é a negatividade estatal, são obrigações de não fazer por parte do Estado, em benefício na liberdade individual. São inspirados em uma lógica fundada na garantia e constituem a declaração jurídica básica do Estado Liberal. (FERRARESI, 2010, p.21)

Em contrapartida ao reconhecimento pelo Estado da condição imperiosa do ser humano sobre sua existência, nasce a necessidade de proporcionar a este mesmo ser humano as condições que lhe garantam o exercício de suas liberdades individuais, sob este escopo, nascem os direitos de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, qual integra o direito em loco, a saúde.

3.1.2 Segunda dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que determinam ao Estado ser **dever-fazer em face da sociedade**, “com alcance positivo” quais sejam em exemplo o já citado direito a saúde, à cultura, educação, etc. São os direitos econômicos e suas “principais fontes legais institucionalizadas estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil” (WOLKMER, 2003, p. 9)

Nos traz o constitucionalista José Afonso da Silva quando conceitua os direitos sociais:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA apud PACHÚ, 2015 p.29)

Por esta razão, os direitos assim reconhecidos possuem traços que os distinguem das demais categorias de direitos, por outro lado, características de identificação.

Tendo estudado primeira e segunda dimensão dos direitos fundamentais, Direitos Individuais e Sociais respectivamente, que tratam diretamente da individualidade do ser humano e do papel do Estado diante desta prerrogativa, chegamos à terceira geração dos

direitos fundamentais, os chamados Direito de Fraternidade e Solidariedade, também chamados de “Direito Metaindividuais”. (WOLKMER, 2003, p. 9)

3.1.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais

São os direitos de terceira dimensão os direitos que orbitam em outra esfera da vida humana, sob a ótica do indivíduo parte da humanidade como um todo. Relacionado fora dos padrões característicos de uma determinada coletividade, o ser humano considerado dentro e fora de suas relações humanas. São direitos transindividuais, ou seja, passíveis de vários titulares, mas não pertencentes a nenhum deles em específico. (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 13). Ultrapassam os limites corpóreos e nas palavras de Ferraresi “transcende ao indivíduo, o individual, e converge para uma geração de direitos relacionados a 26 essência do ser humano, à razão de existir [...] e acobertam toda a humanidade” e traz novas considerações a respeito do ser humano e seus padrões de dignidade (FERRARESI, 2010, p. 26). Neste sentido leciona Pietro de Jesus Lora Álarcon a respeito desta nova óptica:

Parece-nos que, como acontece cada vez que se identifica um sistema jurídico, a aparição deste terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de processos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas a cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou a vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo o que se desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas. (ALARCÓN, 2004, p. 81)

São exemplos os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente seguro, à comunicação, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, bem como os próprios direitos dos Consumidores.

Exemplos práticos da aplicação dos direitos de terceira dimensão na evolução da legislação brasileira são a “Lei de Ação Civil Pública (nº. 7.347/85), na Constituição brasileira

de 1988 (direitos não-expressos ou atípicos, art. 5º, § 2º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8078, de 11-9-1990)”. (WOLKMER, 2003, p. 12)

3.1.4 Novas dimensões de direitos fundamentais

Partindo de o pressuposto do ser humano como ser evolutivo, é impossível considerar uma estagnação ante o reconhecimento de seus direitos. É neste sentido que a doutrina vem discutindo a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. Ainda não pacificada, a corrente defendida por Paulo Bonavides considera estes direitos à luta **pela participação democrática, “decorrentes da globalização política”**. (BONAVIDES apud, FERRARESI, 2010, p. 28). De outro lado Norberto Bobbio considera tratar-se dos direitos de engenharia genética, advindos de avanços científicos sob o patrimônio genético humano e da necessária proteção da humanidade diante destes, determinando que os direitos devem ser protegidos logo que sejam reconhecidos como tal (BOBBIO, 1992, p.6).

Alguns títulos legais podem ensejar o rol dos fundamentos para o reconhecimento dos “novos direitos”, tais como o “Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), lei Brasileira da Biossegurança(n. 8.974), de 5-1- 1995 e Lei de Doação de Órgãos (n. 9.434), de 4-2-1997.” (WOLKMER, 2003, p.14) Levanta-se ainda pela doutrina, a existência de uma “quinta dimensão” de direitos, advindos de tecnologias de computação, do ciberespaço, direitos estes que necessitam de urgente regulamentação, tornando-se, portanto “fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa” (WOLKMER, 2003, p. 15).

Processo natural no entendimento de Bobbio, a evolução dos direitos acontece na medida da evolução da sociedade:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o

progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite 29 novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. (BOBBIO, 1992, p.6)

Concluimos, portanto, sob a relação entre as dimensões de direitos fundamentais que os direitos evoluem a medida que o homem os reconhece, o que não significa, que antes, estes **já não estivessem subjetivamente observados, nascem quando “devem nascer”, de acordo com as ânsias da população e ao longo da história são efetivados.**

3.2 Do direito à vida

O direito a vida como o conhecemos hoje é resultado de evoluções histórico-sociais **que se desdobraram no tempo, desde Aristóteles, na antiga Grécia, quando este aludiu que “ É preciso, pois, que o melhor governo seja aquele que possua uma Constituição tal que todo cidadão possa ser virtuoso e viver feliz” até o Constitucionalismo moderno como modelo de Estado de Direito atual, reconhecido pela primeira vez na história na Carta Magna Libertatum de 1215, que trouxe a tutela da existência do ser humano por parte do Estado (ALARCÓN, 2004, p.61).**

Reconhecido literalmente pela primeira vez em 12 de junho de 1776 pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, o direito à vida, in verbis “o gozo da vida” foi finalmente trazido como direito inato do ser, em outras palavras, não podendo o ser humano enquanto membro social despojar-se ou ser privado deste por qualquer acordo de vontades (ALARCÓN, 2004 p.70).

Universalmente, a Declaração de Direitos Humanos em seu artigo 3º traz que “**Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal**” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), porém, foi apenas em 1988 que este direito integrou o corpo constitucional brasileiro, figurando como direito fundamental uma

clausula pétrea de prestação positiva do Estado no Art. 5º caput da Constituição da República, “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]”(BRASIL, 1988)

Como traz Alarcon o ensinamento de Nicola Abbagnano em seu Dicionário de Filosofia, a vida é “La característica que ciertos fenómenos tienen para producirse o regularse por si mismos o la totalidad de tales fenómenos”, portanto, “a vida é uma característica própria de algo que de autodetermina em suas funções de produção e regulação”. (ABBAGNANO apud ALARCON, 2004, p.26). Nas palavras de Maria Helena Diniz, “A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar [...]”. (DINIZ, apud ARAUJO p. 51).

3.3 Do direito à liberdade

O direito a saúde, e saúde com qualidade, portanto, nasce do próprio texto da lei e das necessidades reais dos seres humanos, inerentes à sua condição, infungível em sua necessidade e alicerce de uma sociedade em evolução. A partir deste pressuposto é possível identificar, qual direito, dentro todos os atingidos pela ausência de saúde, sofre mais cerceamento e de forma mais abrupta, a liberdade. Na citação de Leny Pereira da Silva, subprocuradora do Distrito Federal, “o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção”. Em complemento, permeia o entendimento da abrangência do direito a saúde nas demais liberdades individuais do indivíduo, ao afirmar que:

As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. (SILVA, 2017, p. 13)

Trata-se do literal exercício de vontade do ser, seu poder de manifestar suas ideias, transformar sua realidade. Seu potencial existencial, seu acesso ao mundo. Sua adaptação corpórea das características ímpares de sua alma, definindo seu lugar neste processo evolutivo.

Inexiste liberdade se inexistir a saúde necessária para exercê-la.

O Poder Judiciário, mesmo criticado por sua atuação, tem se levantado e exercido papel importantíssimo nesta situação, pois é através dele que barreiras importantes vêm sendo rompidas, principalmente no acesso ao direito universal a saúde em sua plenitude de aspectos, garantindo a liberdade real ao indivíduo, inclusive de buscar na rede pública os tratamentos mundialmente atualizados, antes reprimidos em solo brasileiro. Em exemplo, o caso da menina Anny Fischer, moradora do Distrito Federal de cinco anos de idade, que foi a primeira **brasileira a obter autorização judicial para importar o “óleo de CBD”, composto capaz de fazer cessar as dezenas de crises convulsivas diárias que a acometiam em razão da Síndrome de CDKL5, doença caracterizada pela perda progressiva das funções neurológicas e motoras.** (MPF, 2017). Em notícia:

O MPF/DF ajuizou ação civil pública em 2014 para permitir o uso medicinal e científico da cannabis no Brasil, com o objetivo de assegurar o direito à saúde de diversos brasileiros que sofrem de doenças graves, incapacitantes e degenerativas cujos sintomas, em muitos casos, podem ser aliviados apenas com o uso de substâncias derivadas da planta. (MPF, 2017)

A Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400 que tramita na 16ª Vara Federal, tem por objetivo tornar efetivo nacionalmente o já reconhecido internacionalmente uso e **benefícios da utilização do CBD, “com o propósito de assegurar o direito à saúde a pessoas que sofrem de doenças graves, incapacitantes e degenerativas.”.** (MPF, 2017) Paço enorme para que a substância futuramente figure o atendimento pela rede pública e beneficie milhares de usuários do sistema.

3.4 Do direito à igualdade

Ao se objetivar a tutela estatal, todos devem ser tratados de forma igualitária, trata-se da observância ao direito à Igualdade. Tendo a saúde como fruto de várias associações e condições da vida humana (sociais, econômicas, ambientais e da presença da tutela estatal) que promovem a qualidade de vida do indivíduo, nas palavras de Lenir, “uma ação coletiva, uma responsabilidade estatal e social” (SANTOS, 2010, p.18) não cabe apenas ao Estado sua proteção, mas sim a toda sociedade, reciprocamente.

Ao Estado, entretanto, cabe analisar o quadro como um todo e efetivar soluções lógicas para o problema de maneira equânime. Assumindo para si a responsabilidade que lhe é conferida e outorgada pelo povo, mediando o encontro de diferentes necessidades com um único fim, o de promover o devido respeito ao princípio igualdade, ocasionando assim o acesso à saúde com igualdade e compromisso.

Igualdade também se define pelo direito de todos os cidadãos buscarem pelo exercício de seus direitos na mesma medida de importância e força. Não obstante sua relevância jurídica, este direito traz a crítica de maior indagação sobre a atividade do Poder Judiciário diante da tutela da saúde.

Admite-se que, quando as sentenças judiciais possibilitam a concessão de medicamentos e tratamentos médicos aos jurisdicionados que as buscam, estas garantias conquistadas seguiriam em detrimento dos demais cidadãos que do mesmo direito necessitam e não o alcançam, já que dependem exclusivamente dos serviços públicos. A justificativa é de que os recursos financeiros do Estado são escassos. Não sendo o bastante para sanar a via de acesso convencional e a 39 judicial a medicamentos e tratamentos. Grande perigo reside neste pensamento, pois divide-se e outorga-se a responsabilidade a quem dela não deve participar, o cidadão. É dever do estado propiciar a saúde e na ausência desta tutela, é direito do cidadão pleitear por ela. O estado deve estar apto a atender ambas realidades, já que a segunda existe apenas por sua ineficiência em garantir a primeira. Quer dizer, a ausência de resposta pública

em âmbito de saúde, longe está de ser resultado de rombos advindos da atividade do Judiciário, menos ainda, de responsabilidade do cidadão que dele se socorre, mas sim, resultado de anos de má gestão pública e de ferramentas sociais há muito corrompidas.

4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fontes atemporais de direitos, da qual se originam os primórdios constitucionais, os Princípios Constitucionais garantem que as diretrizes umbilicais de formação do Estado se mantenham precisas diante da evolução dos demais direitos, em outras palavras, os direitos evoluem, mas sua essência permanece protegida.

Considerado como o princípio de maior relevância axiológica do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana tem um único pré-requisito para sua existência, nascer/ser humano. É uma prerrogativa inseparável do indivíduo, que garante o respeito a sua existência e a sua determinação diante desta, tornando-o parte do Estado e da comunidade onde vive. A dignidade da pessoa humana também é reconhecida como a fonte da qual emanam todos os direitos fundamentais, entre eles a vida e a liberdade, sem a qual estes inexistem, não por sua disponibilidade, mas sim por sua impossível aplicabilidade. Sendo ela o objetivo vértice de toda atividade do Estado. Em outros termos de nada nos servem os direitos sem que estes possam ser realmente aplicados à vida humana, em seu aspecto prático, a dignidade da pessoa humana é a ponte entre as leis e suas determinações e a realidade humana, física e psicológica.

Como ensina Pietro Alarcón:

[...] A dignidade da pessoa humana surge como uma essência do ser, mas, também, na prática, emana de conjunto de condições externas, fruto dos humanos necessários para atingir o desenvolvimento na seara social. Por isso, levando em conta o homem como sujeito econômico-social, a dignidade pressupõe condições de existência mínimas, condizentes com a manutenção da vida em toda sua potencialidade. (ALARCON, 2004, p. 53)

Como leciona Pedro Lenza, a respeito da intrínseca relação entre a o direito a saúde e a vida humana digna, “O direito à vida, de forma genérica prevista no art. 5º caput, da Constituição Federal, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.” (LENZA, 2006, p. 530).

5 DIREITO SANITÁRIO BRASILEIRO

Trazido pela Constituição Federal de 1988, o direito a Saúde, dotado de toda abrangência de alcance trazida pelo Direito Sanitário, recebe adjetivos de realidade e neste escopo inicia-se um trabalho com a devida clareza do conceito saúde e de suas implicações fáticas em território nacional. Na conceituação do Dicionário de Termos Médicos e Saúde, o termo saúde representa o “estado sanitário de uma comunidade ou população onde estão asseguradas as melhores condições de desenvolvimento pessoal e coletivo e um eficiente controle ou prevenção de doenças” (REY apud VIAL, 2017. p. 197).

Ramo do direito dotado de interdisciplinaridade, ou seja, o conhecimento científico aplicado no Direito Sanitário é extraído do meio físico em que a saúde é buscada, não apenas das ciências jurídicas existentes (que por vezes mostrou-se insuficiente), analisando seus vários determinantes sociais, psicológicos e econômicos. Trata-se de “uma ciência pura e aplicada” que objetiva ampliar a visão do mundo e sociedade”, buscando uma atuação contemporânea e efetiva no que tange a saúde (VIAL, 2017. p. 194).

Sobre este assunto Sandra Mara Campos Alves em seu artigo sobre o Direito Sanitário ao CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde) afirma que “A interdisciplinaridade surge como alternativa ao saber compartimentalizado, sendo o direito sanitário um exemplo positivo dessa necessária interação e diálogo entre campos de conhecimento distintos”. (ALVES, 2015, p. 5)

Segundo Dallari:

O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado (DALLARI, 2002 p.48, apud ALVES, 2005 p.4)

Para este entendimento prático do direito à saúde através do estudo do Direito Sanitário observemos que novos termos passam a definir o conceito de saúde. Antes, o conceito da Organização Mundial da Saúde – (OMS) era finalístico, a saúde era definida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”. Esta definição se mantém, mas quando se trata do termo saúde atualmente temos outros indicativos e aspectos subjetivos, particulares a cada indivíduo, que recebem notoriedade. Trazendo-se assim, através do estudo destas novas ânsias sociais a diversidade necessária para uma evolução de direito que acompanhe o ritmo da evolução social. Em exemplo do termo “qualidade de vida”, este ganhou a atenção da OMS, e após estudos profundos criou uma expressão específica QVRS “Health Related Quality of Life” e de modo geral apresenta-se “relacionada à dignidade humana, estilo de vida, aspirações, direito essencial”. (VIAL, 2017, p.201)

Em exemplo de estudos voltados ao direito sanitário é a criação pioneira pelo Brasil da Comissão Nacional Sobre Determinantes Sociais da Saúde – CNDSS, em 2006 que tem por estudo e criação de novas possibilidades para reduzir o déficit na saúde brasileira. Compete, portanto, ao Direito Sanitário compreender as aspirações humanas, suas características intrínsecas e as evolutivas, obtendo através destes estudos novas tutelas pretendidas pela população.

5.1 Políticas públicas no Brasil

Característica implícita da elaboração e posterior efetivação dos direitos constitucionais, o estudo da aplicabilidade do direito no mundo fático garante seu progresso contínuo, permite as devidas correções e adaptações da norma ao mundo dos fatos, permitindo por sua vez que a norma alcance seu real objetivo. Para a efetivação dos Direitos Sociais, o Estado conta com a elaboração de Políticas Públicas, que são nas definições complementares de Maria Paula Dallari Bucci, “programas de ação governamental que resultam de um processo, ou conjunto de processos, juridicamente regulado como o objetivo de orientar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas para realização dos objetivos relevantes e politicamente determinados”, e ainda “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de 46 processos juridicamente regulados, visando adequar fins e meios.”(BUCCI, 2008, p. 251 apud JORGE, 2015, p. 317 e 217).

Especificamente no âmbito do Direito à Saúde, seu reconhecimento constitucional, como um Direito Social, permeia o dever do Estado à sua implementação, que por sua vez ocorre através da Política Pública de Saúde, instituído pela Lei nº 8.090/90, o Sistema Único de Saúde, mais conhecido como o S.U.S. As Políticas Públicas, portanto, integram a totalidade de mecanismos, instituições, prestações positivas e negativas do Estado, que visam a fruição de Direitos existentes de caráter indisponíveis, mas que por razões práticas sofrem restrições. Nas palavras de Sandra Vial, “pode ser definida como um programa de ação governamental, ou seja, um conjunto de medidas coordenadas, com objetivo maior de movimentar a máquina estatal para concretizar um direito, no saco em tela, a saúde”. (VIAL, 2017, p. 205)

5.2 SUS: o Sistema Único de Saúde

Instituído pela Constituição Federal de 1988, o SUS representa ou ao menos deveria representar ao Brasil a garantia de acesso e proteção do direito à saúde, bem como sua

manutenção em seu aspecto público. Suas diretrizes e parâmetros de financiamento estão dispostas na Seção II da Constituição federal que trata da Saúde e da atuação do Estado diante deste direito. Trata-se da Política Pública que integraliza harmoniosamente a atuação de diversas instituições de direito público existentes no Brasil, como o Ministério da Saúde, as secretarias estaduais e municipais da saúde, as agências reguladoras, autarquias hospitalares, fundações entre outras. (AITH, 2010, p.201). Sua criação, como explicam Lima e Pinto, implicou no compartilhamento das responsabilidades relativas à sua gestão 47 quando daquelas relativas ao seu funcionamento entre os gestores federativos. (LIMA; PINTO, p. 1049 2003, apud RACHID, p. 349 2015). Em suas atribuições, lhe incumbiu o constituinte na redução de riscos de doenças e agravos à saúde em seu caráter preventivo e também definiu seu caráter corretivo garantindo o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde no Brasil. Além das previsões constitucionais já estudadas o SUS tem seus objetivos mais claramente dispostos na Lei Orgânica da Saúde (LOS) Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Vinculado diretamente ao Princípio da Integralidade, o SUS deve, portanto, ter o atendimento mais amplo quanto possível e sua cobertura a mais abrangente da mesma forma. Trata-se da incidência direta dos princípios da precaução e da prevenção, umbilicalmente ligados às noções de segurança (SARLET e FILCHTINER apud LESSA, 2017. p.2). Trazendo para a dimensão continental do Brasil, o atendimento total de demandas torna-se um ideal inatingível, fomentando uma opinião pública descrente quanto a atuação do Estado diante de suas pretensões, porém, a existência de dificuldades é sabida de ofício e não deve ser escopo para inoperância e inércia do Poder Público, pelo contrário, é pela existência de dificuldades e desigualdades sociais que o Poder Público recebe poderes do povo.

Como concluiu o Ministro Celso de Mello “considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado)

devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa” (BRASIL, 2004) significa dizer que cabe ao Estado comprovar sua carência financeira para atender a demanda e cabe à população, provar sua necessidade.

Esta tese, defende que o atendimento Integral fere o Princípio da Reserva do Possível, no qual o Estado, atado pelas limitações de seu orçamento, reserva-se o direito de negar sua disponibilidade de atendimento, visando garantir que os demais setores não sejam prejudicados por um desvio ou ausência de balanço orçamentário, ou seja, o direito a saúde não é absoluto, o atendimento integral diz respeito à responsabilidade do Estado em garantir, nos limites possíveis o acesso aos medicamentos e tratamentos. Entretanto, vale dizer que neste pensamento reside o arripio para a efetivação dos direitos sociais no Brasil já que, importado de modelo constitucional Alemão, sem que sobre ela fossem editados estudos aprofundados, a tese da Reserva do Possível aplicada em solo brasileiro é uma ilusão e nas palavras de Felipe Dutra Asensi, permitiu-se **levianamente sua “introdução ingênua no imaginário daqueles que trabalham com o direito, especialmente na sua interface com as políticas públicas”, pois, devido a atributos e condicionantes históricos, existe entre a Alemanha e o Brasil um lapso significativo em âmbito social e longe está a justa interpretação da Reserva do Possível em cenário nacional, sendo questionável inclusive seu caráter principiológico já que este não encontra receptividade na realidade brasileira (ASENSI, 2017).**

Inaceitável é, portanto, quando de um país em que sua população é aleijada por políticas sociais ineficazes e atada por anos de corrupção e desvios orçamentários, eximir-se seu Poder Público de suas responsabilidades, alegando que existem limites à obtenção, por via judicial, de direitos sociais fundamentais negados aos cidadãos pelos órgãos de tutela convencionais. Não se pode observar o direito em um ideal platônico e ignorar seus reflexos no mundo real. Vale dizer que, sabiamente na prática, o argumento da Reserva do Possível é sempre rejeitado quando invocado pelo Poder Público em ações de tutela de saúde, pela

ausência de comprovação de sua carência econômico-financeira. Corroborando o entendimento, quanto a faciosidade deste argumento conclui Ingo Wolfgang Sarlet:

[...]O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a 'reserva do possível' (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. [...] a assim designada reserva do possível 'não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob reserva dos cofres cheios equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica'. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem governa – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!), da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.(SARLET, 2007, p. 378 a 381)

Em realidade, mais que provada está a outrora necessidade da população, bem como a condição financeira do Estado que lhe é condicionada pelos impostos arrecadados. O povo não pede de graça, pede apenas o que já está pago. Além da integralidade, outros dois princípios constitucionais estruturam o Sistema Único de Saúde no Brasil, são eles a Universalidade e a Equidade.

O acesso universal à saúde traduz-se na possibilidade de TODOS sem exceção, obterem através do SUS os tratamentos e medicamentos de que necessitam, esta importante característica adveio com a Constituição Federal de 1988, que trouxe uma nova visão para a saúde pública e o dever do Estado diante desta. Antes, o atendimento era destinado apenas aos contribuintes do antigo sistema previdenciário (INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social), ou seja, o trabalhador formal contribuinte. (LIMBERGER, p. 228)

Em relação ao Princípio da Equidade, este muito se aproxima da Integralidade na proposta objetivada pelo legislador e de grande debate é sua aplicabilidade nas reformas dos

sistemas de saúde ocidentais. Derivado do Latim *aequitas*, de *aequus* (igual, equitativo), no dicionário da língua portuguesa *equidade* significa igualdade, retidão na maneira de agir, reconhecimento dos direitos de cada um, justiça reta e natural, ou seja, equidade refere-se aos serviços e bens segundo as necessidades do caso concreto, significa dizer que o Estado reconhece as desigualdades existentes entre as pessoas e os grupos sociais, muitas delas injustas, e que devem ser reparadas ao máximo.

5.3 ANS: Agencia Nacional de Saúde Suplementar

Mesmo o Estado tendo outorgado a Poder Público as garantias voltadas a manutenção, proteção, e efetivação do direito à Saúde, a Constituição federal permite a participação da iniciativa privada na atuação do SUS, sempre, porém em caráter complementar, conforme disposição em lei. A iniciativa privada poderá, portanto, participar da atuação do Sistema Único de Saúde, no entanto, em caráter complementar, por disposição expressa da Constituição federal Art. 199:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 1988)

A partir da regulamentação constitucional, quanto a atuação do setor privado na saúde pública, coube ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e o controle desta prestação. (FABRETTI, 2017, p. 439). Neste cenário, foi instituída a ANS, Agencia Nacional de Saúde Suplementar, pela Lei. Nº 9.961 sancionada em 28 de janeiro de 2000, como autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, com competência para “regular, normatizar, controlar e fiscalizar os planos e seguros de saúde privados”. (FABRETTI, 2017, p. 439)

Tratando-se da iniciativa privada, podemos falar de mercado extremamente lucrativo, principalmente no Brasil. De acordo com Dados obtidos a Agência Nacional de Saúde – ANS, em relação a um estudo efetuado até março do ano de 2015, as operadoras de planos de saúde arrecadaram mais de 127 Bilhões de reais, reflexo dos 50 milhões de brasileiros segurados (FABRETTI, 2015, p. 435).

Sobre a atuação privada não saúde brasileira surgem duas problemáticas que nos demandam igual atenção e refletem diretamente na judicialização da saúde no Brasil, vejamos apenas seus pontos práticos. A primeira delas, refere-se à representatividade existente na potencialização do volume de ações no Poder Judiciário, tratando especificamente dos contratos privados entre as operadoras de planos de saúde e seus contratantes, uma relação caracterizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) como de consumo, mas também constitucional por envolver direitos indisponíveis do ser humano. As lides tratam das coberturas do plano de saúde, uma vez que adoentados, os pacientes exigem judicialmente das financiadoras que permaneçam oferecendo o tratamento, mesmo que estejam fora da cobertura de seu plano contratado entre outras questões abordadas no capítulo tema. Dando ensejo a segunda problemática, a saúde, quando considerada um bem de consumo, está a ser considerada um produto de mercado, ao alcance dos mais abastados em desfavor dos mais humildes, é o cenário criado pelas companhias privadas pelos exorbitantes preços de seus medicamentos, insumos e tratamentos.

Com importante clareza, Diego Hermínio Stefanutto Falavinha, aponta que:

a saúde não deveria ser tratada como um bem de mercado, mas como um direito de cada ser humano capaz de compor um complexo número de fatores relativo ao seu bem-estar físico, mental e social [...]. Entretanto, essa perspectiva não se amolda perfeitamente na sociedade capitalista contemporânea, que busca transformar ‘tudo’ em uma lógica de produção e de Direito. A saúde de ‘direito’ passa a ‘bem de mercado’ e é negociada cotidianamente, na maioria das vezes, ignorando a subjetividade humana e estabelecendo parâmetros mercadológicos de lucro como sua finalidade. (FALAVINHA, MARCHETTO, 2017, p. 124)

Diante desta imposição financeira, da impossibilidade econômica e do quadro clínico emergencial ou de tratamentos de longos períodos, o cidadão se volta ao Estado, via Judiciário, solicitando seu socorro constitucional.

5.4 PNM: Política Nacional de Medicamentos

Considerada umas das principais ferramentas da Política de Saúde no Brasil, a Política Nacional de Medicamentos, é programa do governo responsável pela gestão e dispensação de medicamentos em âmbito Federal. Aprovada pela Portaria. MS nº 3.916 de 30 de outubro de 1998, traz sua principal contribuição à evolução do acesso à saúde na adoção e revisão periódica e permanente da RENAME, Relação de Medicamentos Essenciais, relação esta que na lição de Maria Paula Dallari Bucci, “**exerce um caráter de racionalização, atuando como vetor de organização da produção e provisão de medicamentos, ao mesmo tempo em que institucionaliza, em termos, o compromisso de disponibilidade e fornecimento**”. Os primeiros registros das listas essenciais datam em 1964, acatando a recomendação da OMS de 1978, quando foi publicada a primeira lista modelo da entidade. (BUCCI, 2017, p. 45).

No Brasil, a elaboração foi fomentada entre outros, pelo índice que já se dava crescente de processos judiciais, solicitando uma diversidade na mesma proporção crescente de medicamentos e insumos. Era preciso, portanto, criar um mecanismo que permitisse ao Estado reger a disponibilidade de medicamentos que lhe cabiam outorgar bem como acompanhar as evoluções científicas mundiais.

Dado notório de sua importância reconhecida, as listas da RENAME importam em um dos eixos estratégicos da PNAF – Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Aprovada pela Resolução nº 338 do Conselho Nacional de Saúde, de 6 de maio de 2004), que figura componente importantíssimo da Política Nacional de Saúde. A PNAF se auto define de maneira completa como:

um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população. (MS, 2014, p.7 apud JORGE, 2015 471-472)

Aprovada pela Resolução nº 338 do Conselho Nacional de Saúde, de 6 de maio de 2004 a PNAF, em sua “Diretriz n. VII reafirma a importância de a 56 RENAME ser “atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica”. (BUCCI, 2015, p. 48)

Estas impostas atualizações iniciaram-se descuidadas, mas no ano seguinte foram retomadas com a instauração da Comissão Técnica Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Comare), que assumiu a responsabilidade pelas atualizações que se deram de 2006 a 2011. (BUCCI, 2015, p. 49) Neste ano, um novo impulso legislativo foi direcionado a RENAME, pela edição de várias normas infra legais, que entre outras, revalorizam o papel da RENAME como instrumento de organização política”. Entre as maiores contribuições do período, estão a criação da CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação Tecnológica no SUS – regulamentada pelo Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011 a partir de então responsável pela avaliação de tecnologias em saúde (BUCCI, 2015, p. 52).

5.5 O caos no Sistema Único de Saúde

Grande se tornou a preocupação em torno das soluções e ações necessárias para recuperação e melhoria do Sistema Único de Saúde brasileiro, o SUS, política pública que visa atender de forma efetiva a população. Inúmeros são os problemas, trataremos de alguns que caracterizam os maiores impactos na rede.

Em caráter finalístico o número de usuários que procuram os serviços do SUS, de forma integral, ou seja, contam com o SUS como sua única fonte de obtenção de serviços de saúde cresce à medida que a população torna se mais carente, situação agravada pela crise econômica mundial e interna, somado aos usuários de planos suplementares particulares de saúde, quando reconhecem custo elevado de seus tratamentos, medicamentos e insumos, recorrem à saúde pública e ao SUS para solicitá-los. Neste aspecto o gráfico a seguir aponta o cenário do Brasil em 2013, ano da última pesquisa encomendada ao IBGE e evidencia a tamanha demanda ao SUS. Na época 72,1% da população em procura de atendimento destinava-se ao SUS de forma única ou complementar, nos números do IBGE, 145,9 milhões dos 202,4 milhões de brasileiros daquele ano. (IBGE, 2013)



(IBGE, 2013)

Como nos traz a legenda do gráfico acima, A Região Sul, Sudeste e Centro-Oeste do Brasil, apresentam as maiores proporções de usuários de plano de saúde e ainda sim nenhuma delas ultrapassa o percentual de 37% de usuários, evidenciando o imenso contingente que cabe a gestão do SUS:

Em 2013, 27,9% da população tinha algum plano de saúde (médico ou odontológico). As Regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste apresentaram as maiores proporções (36,9%, 32,8% e 30,4%, respectivamente) e as Regiões Norte e Nordeste, as menores (13,3% e 15,5%, respectivamente). A Região Sudeste registrou percentual quase três vezes maior que o verificado na Região Norte. Na

área urbana (31,7%), o percentual de pessoas cobertas por plano de saúde era cerca de cinco vezes superior ao observado na área rural (6,2%). (IBGE, 2013)

Os problemas, porém, responsáveis pelo caos no Sistema Único de Saúde estão longes de resumir-se a questões financeiras e práticas quanto ao volume de atendimentos necessários. Outros fatores também atentam diretamente o avanço do acesso ao direito à saúde no Brasil. Tal como a promulgação da Lei nº 13.097/2015 que entre outras providências, autoriza a abertura ao capital estrangeiro para investimentos em saúde no Brasil, a presença de seguradoras transnacionais de saúde no mercado brasileiro, a privatização dos serviços do SUS bem como as propostas de obrigatoriedade da disponibilização de seguros-saúde pelos empregadores pela PEC 451 são exemplos deste cenário. (BRIDRIKOW, 2016, p.2)

Figurando outros polos negativos, os cortes em investimentos e destinação inadequada dos recursos públicos ocupam o pódio dos problemas atuais. A conta entre gastos e investimentos não fecha. Em agravante, a EC 95 de 15 de dezembro de 2016 - Emenda Constitucional que visa o congelamento dos gastos públicos por 20 anos, desvinculando o aumento de gastos do crescimento percentual do PIB nacional, e estabelecendo um teto de gastos em diversas áreas de suma importância e de investimentos primários para o país como educação e saúde.

Apenas em relação à saúde, com a aprovação da emenda deixarão de ser gastos, em saúde R\$ 417 bilhões de acordo com o Conselho Nacional de Saúde, além de reflexos indiretos que os cortes trarão, já que várias áreas de investimentos sociais tem a saúde como balizador principal. (CNS, 2016) Calcula-se que em 20 anos haverá grande aumento na demanda de recursos financeiros, dados do IBGE estimam que a população brasileira terá crescido 9% e dobrará o número de idosos, e mesmo assim, com a aprovação da emenda os gastos estarão congelados aos percentuais definidos, sem aumento real de investimentos, o resultado será uma aplicação per capita menor em saúde. Setores primários sendo prejudicados pela crise fiscal, busca-se gerar receita através de cortes a longo prazo em prejuízo da população menos

abastada e 59 que destes serviços sociais mais necessitam, enquanto outras soluções que atingem os mais ricos permanecem a ser ignoradas.

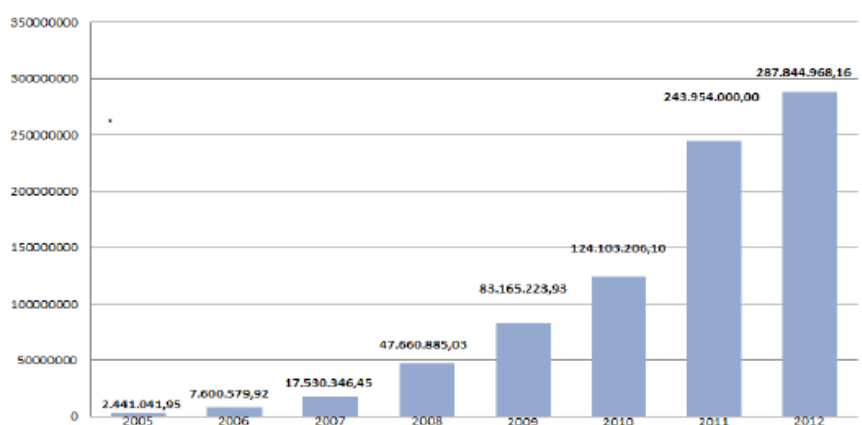
6 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Quando o SUS, em resposta ao pedido do cidadão, não se mostra suficiente, bem como, quando o tratamento e/ou medicamento buscado, não pertencem às listas da RENAME ou listas de dispensação especial do serviço de saúde. Consternado por sua moléstia, o cidadão aciona a máquina judiciária, buscando o exercício pleno de seu direito de peticionar ao judiciário sua insatisfação e de proteger seus direitos fundamentais e constitucionais, ou seja, quando a resposta do Poder Público à população é negativa, estes, como cidadãos que são. Dotados do direito de acesso a saúde, vem buscar do Poder Judiciário, a tutela de seus pedidos.

De grande discussão doutrinária e jurisprudencial, o fenômeno da Judicialização do Direito a Saúde no Brasil tem recebido atenção em proporções e importância antes desconhecidas. Sejam por seus reflexos nos cofres públicos ou nos entraves criados ao Poder Judiciário pelo volume exorbitante de ações, o fato é que hoje, o Poder Judiciário brasileiro concentra milhares de ações voltadas à concessão de tutelas antecipadas e de urgência, nos mais distintos e peculiares casos relacionados à saúde, e o Executivo permanece sem encontrar uma gestão adequada que contemple tanto o âmbito da saúde coletiva como a individual, e ainda sim, tenha condições de atender ao apelo específico do judiciário, atende-se, portanto, em caráter imediato às reivindicações particulares sem que soluções para minimizar o montante de demandas e a saúde pública no geral sejam aplicadas, condicionando o sistema à crise que se encontra crescente, sem vislumbrar uma luz no fim do túnel.

Em análise, o gráfico abaixo aponta ao crescimento exponencial em reais do montante despendido pelo Ministério da Saúde, com a compra de medicamentos, insumos e equipamentos deferidos em ações judiciais. Cabe esclarecer que os números referem se aos

gastos com a aquisição do medicamento ou insumo pleiteado, excluindo-se os ônus de compra e entrega de medicamentos “(tais com publicação em Diário Oficial, pagamento de transportadora 70 para entrega de medicação em domicílio, pagamento de seguro para transporte do medicamento, e quando for o caso, custos com a importação)” (AGU, 2013)



(AGU, 2013)

Demonstrando o gráfico um crescimento de 11.691% traz consigo um reflexo claro do atendimento ineficiente e ineficaz ofertado pelo Poder Executivo, bem como o aumento de instrução por parte da população e a globalização, tornando avanços científicos de conhecimento mundial e os direitos cada vez mais conhecidos.

6.1 A judicialização em números

Um questionamento a respeito do aspecto econômico-financeiro trazido pela judicialização ronda os operadores do direito relacionados à Política de Saúde no Brasil, qual seja: Existem limites financeiros para gastos da Administração Pública no sentido de garantir o direito à saúde? A resposta é aparentemente óbvia, mas como veremos a seguir, a permanente ignorância desta análise, em face da Política Nacional de Saúde, que visa o atendimento de TODOS os cidadãos igualmente, trouxe armadilhas no trato do Poder Executivo com consequências orçamentárias negativas e de quase impossível reversibilidade.

Necessário estabelecer que, o ponto de partida destas análises, englobam tratamentos e medicamentos periódicos, de alto custo, tecnologias de ponta, que hoje, pelo processo de globalização e o ínfimo interesse da indústria farmacêutica chegam rapidamente ao conhecimento mundial, mas não somente estas. As solicitações vão desde fraldas geriátricas à pilhas para controle remoto, ou seja, toda o aparato reconhecido pelo cidadão como necessário a manutenção de sua saúde e indisponível na rede pública, é por este hoje **demandado ao Poder Judiciário. Vejamos os números do conhecido “custo do direito”** neste cenário judicial. (RASCOVSCK, 2015, p. 304)

Conforme apontado por Fernando Mussa Abujamra Aith, dados do conselho Nacional de Justiça apontavam que em junho de 2014 existiam assombrosas 392 mil ações judiciais de saúde no país. (AITH, 2015, 126)

Em março de 2015, os números apontados pelo Jornal Folha de São Paulo, referente aos gastos com tratamentos determinados por decisões judiciais era de R\$ 871 milhões de reais, o recorde para o setor, que propiciaria um gasto de 2,3 bilhões de reais em um quinquênio. (MONTEIRO, 2015, p. 508)

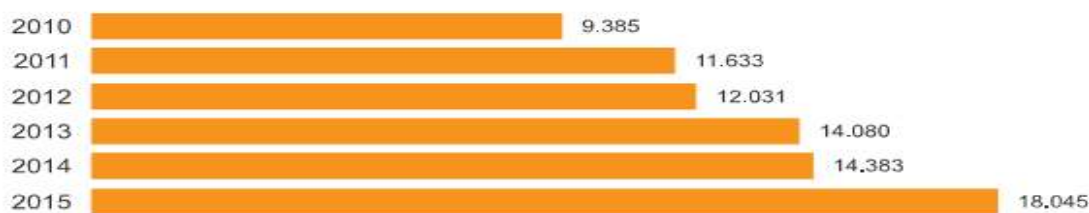
A grande dificuldade encontrada para a aferição concreta dos “custos da judicialização” pelo Poder Judiciário é a falta de demonstração do impacto financeiro das ações pelo Poder Executivo; uma ambiguidade já que todas suas fundamentações são efetuadas sobre este impacto que a posteriori não são comprovados. (BRAGA, 2015, p.387)

Trazendo ao momento atual, é necessário o entendimento da dimensão do problema, que têm se agravado no tempo, à medida que a procura pelo judiciário para satisfação de tutelas de saúde, tomou maior publicidade em âmbito nacional.

Em notícia sobre a judicialização da saúde e a preocupação do STF diante de seu crescimento, a Folha UOL publicou uma reportagem qual demonstra, em números, a ampliação da questão no estado de São Paulo dos anos de 2010 a 2015, como demonstrado no gráfico a seguir, o problema elevou-se 92% em volume mas 1.233% em custos no período:

AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO

Condenações do Estado de SP em processos na área da saúde



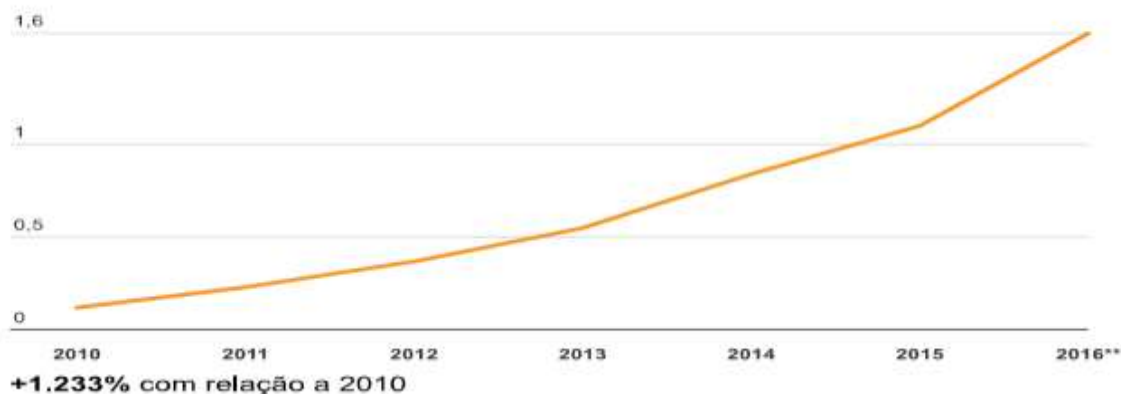
+92% com relação a 2010

Fonte: Secretaria Estadual de Saúde de SP
Confira mais infográficos da [Folha](#)

(FOLHA UOL, 2016)

CUSTOS DA JUDICIALIZAÇÃO

Gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais, em R\$ bilhões*



(FOLHA UOL, 2016)


Como demonstrado, no período relativo entre 2010 e 2015 os gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais chegou a 1.6 Bilhões de Reais. Números do Portal da Saúde do MS apontam que até agosto de 2016, incríveis R\$ 730,6 milhões haviam sido desembolsados pelo Poder Público, apenas naquele ano. (PORTAL DA SAÚDE, 2016)

O CNJ, Conselho Nacional de Justiça, através de seu Relatório Justiça em Números apontou que os gastos totais do Poder Judiciário no ano de 2016 foram de R\$ 84,8 bilhões – 1,4% do Produto Interno bruto (PIB) daquele ano. (CNJ, 2017) Uma nova e atualizada lista de medicamentos de alto custo, que geram representativo desfalque no orçamento público e

inesperada redução orçamentária foi disponibilizada pela plataforma de notícias on-line UOL, com base em dados 73 coletados do Ministério da Saúde, nela constam os 10 fármacos que segundo a pesquisa, representam sozinho, um gasto anual de R\$ 1 Bilhão. (UOL, 2017)

10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS



	Nome comercial	Gasto anual	Indicação
1º	Procysby	R\$ 6,06 milhões 	tratamento da cistinose nefropática (doença renal rara e genética)
2º	Translana	R\$ 45,4 milhões 	distrofia muscular de Duchenne
3º	Pirfenex	R\$ 170,5 mil 	fibrose pulmonar idiopática
4º	Naglazyme	R\$ 127,1 milhões 	terapia de reposição enzimática para doença rara e hereditária
5º	Vimizim	R\$ 94 milhões 	mucopolissacaridose tipo IVA
6º	Mimpara	R\$ 455 mil 	hiperparatiroidismo secundário em pacientes com doença grave no rim
7º	Soliris	R\$ 613 milhões 	HPN*, que é uma forma rara de anemia; e SHUA**
8º	Zytiga	R\$ 1,3 milhão 	câncer de próstata avançado ou com metástase
9º	Replagal	R\$ 70,5 milhão 	doença de Fabry, distúrbio hereditário
10º	Gabapentina	R\$ 21,7 mil 	dor crônica

(UOL, 2017)

Veiculando a voz popular, a defensora pública do estado do Rio de Janeiro, Thaisa Guerreiro em declaração à referida pesquisa afirmou que “essas ações judiciais refletem uma necessidade de saúde que é legítima. E os entes federativos deveriam se preparar para atender o que não está incorporado ao SUS”. (UOL, 2017).

6.2 A atividade judicial no âmbito da saúde

Os processos relacionados a tutelas de saúde ganharam notoriedade no Brasil na década de 1990, com as ações requerendo medicamentos de alto custo e tratamentos aos portadores do vírus da imunodeficiência humana o HIV, sendo que parte significativa destas

ações foi impetrada por organizações governamentais, que resultaram em uma jurisprudência favorável à responsabilização do Poder Público, por meio de seus entes federados no cumprimento das tutelas de saúde.

Destaca-se a decisão proferida no Agravo regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, caso em que o Município de Porto Alegre foi condenado, solidariamente com o Estado do Rio Grande DO Sul, à obrigação de fornecer, gratuitamente, os medicamentos necessários para o tratamento da Aids a paciente destituído de recursos financeiros. Em grifo no acórdão, o então Relator Ministro Celso de Mello aponta a prerrogativa que cabe ao **Estado, na prerrogativa jurídica indisponível de “Formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o cesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar”**. A votação finalizou-se por unanime. (GOTTI, 2015, p.183)

Frente a esta intensa demanda “o governo formulou políticas relacionadas ao tratamento universal de doenças relacionadas ao HIV/AIDS e a gratuidade do coquetel antirretroviral”, que tomou cunho legal com a promulgação da Lei nº 9.313/96, que garante a gratuidade a toda medicação para o tratamento aos portadores de HIV (JORGE, 2015, p. 316).

De volta à ótica presente, a Judicialização da Saúde no Brasil ganhou vulto e foi de grande publicidade nacional em junho de 2015, quando da notícia da descoberta da intensa busca pela “pílula do Câncer” em face da Universidade de São Paulo - USP. A pílula do câncer como ficou conhecida, estava sendo distribuída em caráter de testes e pesquisas por um docente da universidade e pelo caráter acadêmico da atuação, inexistia regulamentação interna na universidade quanto à distribuição da pílula. Como nos traz Maria Paula Dallari Bucci, “entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, a USP recebeu cerca de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substancia fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer”. (BUCCI, 2015, p. 31). Este cenário levou o fenômeno da Judicialização ao “paroxismo”, ou seja, ao “auge, o mais alto grau de uma sensação, de um sentimento”, assim

reconhecido por Dallari Bucci, ao mencionar que a Judicialização, nesta proporção, tornou-se uma “doença institucional”, afirmando ainda que a “ampliação das ações judiciais para a prestação de direito à saúde [...] assumiu características epidêmicas”. (BUCCI, 2015, p. 33-34). O governo Federal, e o Poder legislativo, então pressionados pelo apelo popular em 13 de Abril de 2016, através do chefe do Poder Executivo, a presidenta Dilma Rousseff, sancionou a Lei. Nº 13.269, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Logo após sua promulgação, a “Lei da vergonha” teve sua constitucionalidade imediatamente questionada pela AMB – Associação Medica Brasileira junto ao STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501. (MARTOS, 2015, p. 168). Os questionamentos da entidade giram em torno da liberação da substancia antes da conclusão dos testes que comprovem sua eficácia e efeitos colaterais, criando assim afronta grave ao Princípio da Dignidade Humana e da Vida. O assunto permanece aguardando apreciação da mais alta corte do país.

Em prosseguimento, temos o caso do menor Marlon Galdino dos Santos, portador da Síndrome de Hunter (mucopolissacaridose), no Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.043356-3 do TRF da 1ª Região, que demonstra a sensibilidade do Poder Judiciário ante a questão da saúde pública, desde que os meios para seu alcance não permeiem novas moléstias. (STF, 2009). O então indeferimento da Suspensão de Tutela Antecipa – a STA 198/MG - proferida pelo então ministro Gilmar Mendes, permitiu que o medicamento Elaprase (Idulsulfase) de alto custo (aproximadamente R\$ 2.600.000,00 por ano) permanecesse disponível ao menor. Em sua decisão, o ministro Gilmar Mendes apontou que as decisões envolvendo a saúde em um país de proporções continentais como o Brasil sempre envolverão “escolhas trágicas” “que remete aos limites de alocação de recursos 82 orçamentários para garantir o direito individual à saúde em detrimento de políticas igualitárias e universais de saúde” (GOTTI, 2015, p. 189)

6.3 Causas de efeito à judicialização

A luz do Poder Executivo, algumas das razões apontadas pela doutrina como causas da excessiva judicialização do direito a saúde no Brasil são: A tácita desconsideração pelo Poder Judiciário das normas infra legais, portarias, decretos e demais instrumentos da política pública nacional. A rejeição sistemática das defesas do Estado pelos Julgadores pelo desgaste das teses jurídicas (Rejeição das defesas pela não análise dos méritos das causas, rejeição sistemática das defesas do Estado pelos julgadores pelo descredito e desconfiança dos poderes políticos, caracterizada pela inconformidade do Poder Judiciário e da própria sociedade, ante a má gestão do Poder Executivo). A desconfiança no SUS por parte da população em geral, fruto de anos de um serviço prestado precário e deficiente, à disposição da população sobre o custo de altíssimos impostos. A desorganização administrativa do conjunto normativo pelo **Poder Executivo, como visto, cria uma verdadeira “poluição de normas”**. A informação não chega corretamente ao cidadão, que por consequência não alcança o tratamento satisfatório e faz jus do Judiciário para satisfazê-lo.

Outro fator causa à judicialização é advindo do âmbito da Saúde Suplementar, dos planos privados, personificada quando o paciente, acometido por uma moléstia, exige dos planos de saúde que todo o atendimento necessário seja disponibilizado, em respeito ao seu direito a saúde, em detrimento de qualquer cláusula contratual, e mesmo sem ter direito tácito ao tratamento pois por este não pagou. Foi neste cenário, que o STF editou a Sumula 302, visando proteger o consumidor/ cidadão em face de cláusulas abusivas presentes em contratos de adesão, entre outras prevê que “**É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado**”. (FABRETTI, 2015, p. 428). Uma objetiva atuação do Judiciário em prol da vida dos segurados, reconhecendo o direito fundamental em detrimento do mero direito financeiro da parte

7 CONCLUSÃO

Diante do preocupante quadro da judicialização, alternativas vem sendo discutidas pelos Poderes Executivo e Judiciário a fim de encontrar soluções adequadas que recebam da sociedade suas solicitações (que fogem do atendimento da rede convencional em saúde), sem necessariamente transforma-las em lides judiciais, e que do mesmo modo, atinjam sua finalidade de garantir ao cidadão o atendimento de que precisa. Para a melhor compreensão da situação o STF convocou a Audiência Pública (AP) Nº 4, que teve por objeto elaborar estudos e propor medidas de aperfeiçoamento dos procedimentos relacionados à saúde, a prevenção de novos conflitos, bem como a análise das consequências da atividade do Poder Judiciário para a ordem, saúde e economia pública, no diapasão do direito à saúde. (BRITO, 2017, p. 210)

Na audiência foram aprovados enunciados destinados a instruir tanto a população leiga quanto os próprios magistrados e operadores do direito. Mas sobretudo, foi possível constatar em números o que já era de conhecimento geral da sociedade brasileira, ou seja, a problemática da saúde pública brasileira advém principalmente de seu subfinanciamento. (BRITO, 2017, p. 210)

Antonio Carlos Figueiredo Nardi, então presidente do CNSMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) pontuou que no Brasil, no ano de 2009, menos 8% do PIB eram destinados a saúde, refletindo em um investimento per capita de US\$ 700,00, enquanto outros países comparativamente, destinavam 10% de seus PIB, produzindo um investimento per capita entre US\$ 3.000,00 e US\$ 7.500,00, uma discrepância condizente e ao cenário caótico atual. Em 2011, o Brasil permanecia o sétimo menor gasto na área da saúde, apresentando 8,9% do seu PIB destinados a área, envolvendo gastos públicos e privados, dos quais destes, apenas 46% deu-se a participação efetiva do Poder Público, ao descompasso da média de 73% dos demais 41 países comparados pela OCDE (Organização para a Cooperação

e Desenvolvimento Económico). (BRITO, 2017, p. 224-225) Números tão claros que demonstram um evidente descaso do Poder Público em face de sua população.

Entre as alternativas discutidas em âmbito nacional para a redução do fenômeno, uma delas merece maior destaque por seus comprovados índices de redução da judicialização do direito à saúde, tornando mais célere o acesso do cidadão ao seu direito, fora da trincheira burocrática do judiciário - O CIRADS - Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demanda da Saúde, no Estado do Rio Grande do Norte. Implantado em 22 de julho de 2009, através do Acordo de Cooperação Técnica composto pela Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte (DPU), Procuradoria da União do Estado do Rio Grande do Norte, Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, Procuradoria Geral do Município de Natal, Secretaria do Estado da Saúde Pública, Secretaria Municipal de Saúde de Natal, e além destes, auxiliares técnicos (farmacêuticos, juristas, psicólogos, e mais servidores da saúde.) (RACHID, 2017, p. 354). Como leciona Raquel Rachid, o objetivo do comitê é atuar fomentando a discussão entre os atores responsáveis pelo direito a saúde, dentro das situações fáticas existentes, bem como atuar:

Fornecendo medicamentos ou tratamentos previstos na lista do SUS àqueles que procuram o auxílio das Defensorias Públicas, por não terem sido atendidos quanto a suas necessidades. Propõe-se, ainda, a promover conciliações judiciais e sugestões de melhora do SUS, e em alguns casos as análises chegam a indicar alternativas ao pedido do médico, quando esse não é amparado previsões do Sistema Único de Saúde. (RACHID, 2017, p. 354)

O modelo pioneiro do CIRADS comprovou uma eficiência de 50% de casos solucionados de todos analisados até então. Na conclusão de Rachid, “revela que é possível uma solução extrajudicial eficiente que valoriza a política adotada e não prejudica a gestão do sistema nem sua universalização” (RACHID, 2017, p. 354- 355) Indicado na AP nº 4 pelo Ministro da Saúde como “referencial a ser adotado para a propagação da alternativa a judicialização em escala nacional”, o CIRADS recebeu menção honrosa da VII Edição do

Prêmio Innovare 2010, conferindo a este, maior visibilidade, a fim de ser transportado para outros estados da federação. (RACHID, 2017, p. 353). Atualmente, dois estados copiaram o modelo do comitê, quais sejam Estado do Sergipe em 2010 e o Estado do Pará, em 2014. (RACHID, 2017, p. 360). Por fomentar a autocomposição extrajudicial de conflitos, o CIRADS ao receber o cidadão advindo da Defensoria Pública e instruí-lo quanto a melhor alternativa a obtenção de seus direitos, resulta em uma efetiva composição administrativa de soluções de conflito bem como a tácita redução de litígios voltados a saúde, não sendo sobretudo, vetada sua atuação consultiva junto às ações judiciais em curso, pelo contrário, atua o comitê, quando requisitado, à auxiliar o magistrado na decisão mais justa quanto possível da lide. (RACHID, 2017, p. 359). Arrematando este entendimento, a definição da Advocacia Geral da União, na qual o CIRADS viabiliza a solução administrativa dos conflitos da saúde, nos casos concretos em que:

o assistido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não tenha recebido o devido atendimento pelo referido sistema, a fim de identificar tanto os casos em que o pleito pode ser atendido administrativamente, evitando a sua judicialização, quanto aqueles em que se pode conciliar em ações judiciais já em curso, nas hipóteses em que o tratamento de saúde (fornecimento de medicamentos, insumos, materiais e serviços de saúde) esteja previsto no âmbito do SUS e não tenha sido prestado, bem como naquelas hipóteses em que, por algum motivo, o médico tenha indicado tratamento diverso dos que são oferecidos pelo SUS. Constitui objetivo do CIRADS, também, a apresentação de propostas, perante as autoridades competentes, tendentes ao aperfeiçoamento do SUS. (AGU, 2009)

Conclui-se, portanto, que tratando da saúde no Brasil, o cenário permanece sombrio. Afinal, a saúde é recebida como um direito de todos brasileiros e que deve ser garantida pelo Estado em atuação direta do Poder Executivo, através dos órgãos responsáveis do Ministério da Saúde e da Política Pública de saúde Nacional, o SUS. Porém, a intenção do legislador não encontra assento na realidade nacional, pelo contrário, a saúde no Brasil aparenta retrocesso e a judicialização deste direito se mostra o caminho mais célere para obtê-lo. A máquina

Judiciária então é acionada e como visto, tem determinado que as tutelas de saúde sejam atendidas, trabalhando em pró da população, em crítica direta a atuação do Poder Executivo.

O aumento do volume de ações demonstra sobretudo o grau de insuficiência em que a gestão de saúde atual se fixa, e a insatisfação pública com este serviço. Por outro lado, as decisões dos tribunais demonstram uma maior sensibilização do judiciário ante as necessidades da população, trazendo o caráter humanitário do direito à tona. Neste sentido, a judicialização longe está de ser a causa do caos instaurado na rede pública de saúde, pelo contrário, é apenas a “ponta do iceberg”. (MONTEIRO, 2017, p. 490)

No escopo da saúde, o tão sonhado “Welfare State” (JORGE, 2017, p. 459) modelo estrutural de nossa sociedade, em que o Estado é assistencial e garante padrões mínimos de atendimento demonstra-se esquecido, ao passo que questões financeiras entram em curso. De um lado, o Poder Público declara sua (nunca comprovada) indisponibilidade de recursos financeiros, sob o argumento falacioso da reserva do possível, visando desviar-se de sua responsabilidade outrora outorgada e de plano aceita. De outro, a indústria farmacêutica e das seguradoras de saúde que visam unicamente seus exorbitantes lucros em detrimento da vida da população.

Ambos, Poder Executivo, indústria farmacêutica e seguradoras de planos de saúde, não fossem as determinações legais conferindo tutela aos jurisdicionados, deixariam a sociedade ao ermo de suas moléstias. A população socorre-se da justiça pois já se encontram desamparada de suas outras ferramentas. A decisão do poder judiciário, nestes moldes, não pode ser diferente, pois caracteriza o fim de uma jornada, que definirá os rumos da vida do cidadão. Decidir-se-á, pois em favor da vida.

Alternativas como o CIRADS, demonstra-se uma opção viável à redução da judicialização do direito à saúde, bem como muito importante é a busca constante pelos poderes instituídos de melhorias e adequações do sistema às novas realidades e necessidades da população, mas não nos esqueçamos de que, enquanto as resultantes da equação estiverem

sendo objetivadas, esquecendo-se de suas condicionantes, teremos sempre um jogo em desfavor de qualquer sociedade, em outras palavras, busca-se corrigir e diminuir as consequências da falha pública, e especificamente em âmbito de saúde, na corrida contra o tempo, procura-se devolver a dignidade antes negada ao cidadão.

Ideal, entretanto, é que o planejamento financeiro de investimentos dos recursos seja tomado, em coparticipação dos diferentes poderes responsáveis por garantir direitos a população, para que estas corridas não sejam mais necessárias, para que o cidadão obtenha sem a necessidade de litígios, os mínimos existenciais garantidos pela Constituição Federal, em retorno lógico à seus “Césares impostos”, pagos tão precisamente em dia. Enquanto morre, resta ao povo a luta por seus direitos, por sua saúde e pelo fim da corrupção em solo brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGU. Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na saúde pública. 2014. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa--o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017

AITH, Fernando. Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010.

ALVES, Sandra Mara Campos. A Formação Em Direito Sanitário: Um Diálogo Possível A Partir Da Interdisciplinaridade. 1ª Ed. Conselho Nacional De Secretários De Saúde – Conass, 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_2B.pdf>. Acesso em 25 set. 2017

ARAUJO, Daniela G. De; CARON, Fernando França; DONADI, Elaine Perpetua; Dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Disponível em: <<http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/5.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

ASENSI, Felipe Dutra. Princípios do Direito. Reserva do Possível e Senso Comum. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reserva-do-possivel-e-senso-comum/11435>>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus; 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação. Análise da jurisprudência de TRF 3ª Região. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. – São Paulo: Saraiva 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 jun. 2017.

BRASIL, STF. Pet: 1246 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/01/1997, Data de Publicação: DJ 13/02/1997. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRIDRIKOW, Rubens *et all*. Direito à saúde: O Sistema Único de Saúde está em risco? Disponível em< <http://www.scielo.br/pdf/icse/v20n56/1807-5762-icse-20-56-0261.pdf>> Acesso em: 25 set. 2017

BRITO, Patrícia Ribeiro. Judicialização da Saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da Audiência Pública da saúde. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> . Acesso em 16 abr. 2017

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017

CNS. Conselho Nacional de Saúde. CNS articula mobilização contra a PEC dos gastos em todos os municípios do país. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/11nov11_CNS_ARTICULA_MOBILIZACAO_CONTRA_PEC_GASTOS_MUNICIPIOS.html>. Acesso em: 11 nov. 2017

CRETELLA JUNIOR, José. Comentários a Constituição Brasileira de 1988. 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1998.

FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar. A Judicialização da saúde suplementar. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; MARCHETTO, Patrícia Borba. A Crise Entre Saúde E Poder Judiciário No Brasil Através Da Judicialização De Demandas: Apresentação De Outros Atores Responsáveis e a Necessidade De Um Pensamento Bioético. Disponível em: <<http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/07-A-crise-entre-sau%CC%81de-e-Poder-Diego-Falavinha-e-Patri%CC%81cia-Marchetto.pdf>> Acesso em 25 set. 2017

FERRARESI, Camilo Stangherlim. O direito ao lazer da pessoa portadora de necessidades especiais na Constituição Federal. São Paulo: Porto de Ideias, 2010.

FOLHA UOL. Entenda a judicialização da saúde e debate do STF sobre acesso a remédios. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml>>. Acesso em: 25 set. 2017.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

IBGE. Instituto brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013/>>. Acesso em 25 set. 2017.

JORGE, Igor Rafael de. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LESSA, Josiane de Sousa. Judicialização do direito à saúde fere o princípio da equidade. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/josiane_lessa_2014_2.pdf>. Acesso em 22 maio. 2017

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2395.pdf>. Acesso em 22 maio. 2017

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. Patrimônio Genético Humano e sua Proteção na Constituição federal de 1988. São Paulo: Editora Método, 2004.

MARTOS, Ana Carolina Varandas. O caso da fosfoetanolamina sintética. Judicialização com risco a saúde. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade. 3 Ed. 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MONTEIRO, Artur Péricles Lima. Um horizonte mais amplo para o direito à saúde: ação governamental em escala e processo administrativo para formulação de Protocolos Clínicos. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. – São Paulo: Saraiva 2017.

MPF. Justiça reitera decisão que libera tratamento com THC no Brasil. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/justica-reitera-decisao-que-libera-tratamento-com-thc-no-brasil>> . Acesso em 15 de outubro de 2017.

ONU. “**Sistema de saúde público brasileiro é referência internacional**, diz Banco **Mundial**”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/sistema-de-saude-publica-brasileiro-e-referencia-internacional-diz-banco-mundial/>>. Acesso em 03 jun. 2017.

PACHU, Clésia Oliveira; SALES, Juliana Maria Araújo de. Direitos sociais: o artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade. [Livro eletrônico] 21 ed. Campina Grande/PB: EDUEPB 2015.

PORTAL DA SAUDE. Ações judiciais impactam em até R\$ 7 bilhões no SUS, diz ministro. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-aco-es-judiciais-no-sus>>. Acesso em: 25 set. 2017.

RACHID, Raquel Requena. Alternativa a judicialização do direito à saúde: a experiência do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads) no Rio Grande do Norte. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva, 2017.

RASCOVSKI, Luiz. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e sua atuação na área da saúde. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo/ coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva 2017.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, Lenir. Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Leny Pereira da. Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 13 de outubro de 2017.

SOUZA, André Evangelista de. [et al] Direito da Saúde no Brasil. Organizadora: Lenir Santos. – Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

UOL. Gastos com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS e de quase R\$ 1 bi. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>> Acesso em: 25 set. 2017

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” direito** no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.