A judicialização do direito à saúde: a possível obrigatoriedade do estado quanto ao fornecimento de medicamentos não listados pelo sistema único de saúde

The judicialization of the right to health: the possible obligation of the state to provide medications not listed by the unified health system

Ivanildo de Oliveira Farias[1]
Jucivânia Pereira de Souza[2]
José Francisco de Sousa[3]
Jucileide Pereira de Souza[4]
Miguel Aguila Toledo[5]

RESUMO
O presente artigo objetiva uma discussão acerca da judicialização do direito à saúde e a esfera obrigacional do estado quanto ao fornecimento (ou não) de medicamentos não listados pelo SUS. Nesse sentido, busca-se discutir quais os impactos ou benefícios sociais ocasionados pela judicialização do direito à saúde. O método de abordagem utilizado é o dedutivo. No tocante aos métodos de procedimento o estudo fora realizado mediante levantamento bibliográfico, sendo incluídos livros e artigos publicados em Bancos de dados na internet e biblioteca física, cujo método objetiva traçar uma análise sobre o conhecimento já construído em pesquisas anteriores sobre o tema da presente pesquisa. Como resultados, a análise dos trabalhos serviu como base para a construção de uma linha do tempo, adaptando o contexto geral da judicialização no Brasil, e a trajetória desse fenômeno que se modificou ao longo do tempo em consonância com o surgimento de novas problemáticas e formas de lidar que se desenvolveram, servindo como material de apoio no que tange a discussão acerca das consequências positivas e negativas de tal medida, envolvendo a possível obrigatoriedade do estado em fornecer medicamentos não listados pelo SUS.

Palavras-Chave: Judicialização da Saúde; Direito à Saúde; Medicamentos.

ABSTRACT
The present work aims to discuss the judicialization of the right to health and the state's mandatory sphere regarding the supply (or not) of medicines not listed by the SUS. In this sense, we seek to discuss the impacts or social benefits caused by the judicialization of the right to health. As for the approach method(s), an integrative literature review was used, which aims to collect research results on the proposed topic and thus deepen and analyze its conclusions. Regarding procedural methods, the study was carried out through a bibliographical survey, including books and articles published in Internet databases and physical libraries, whose method aims to outline an analysis of the knowledge already built in previous research on the topic of this research. As a result, the analysis of the works served as a basis for the construction of a timeline, adapting the general context of judicialization in Brazil, and the trajectory of this phenomenon, which changed over time in line with the emergence of new problems and forms. to deal with that were developed, serving as support material regarding the discussion about the positive and negative consequences of such a measure, involving the possible obligation of the state to provide medicines not listed by the SUS.

Keywords: Judicialization of Health; Right to Health; Medicines.

[1] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos. Patos-PB. E-mail:jucivania.psouza@gmail.com
[2] Bacharel em Fisioterapia pelo Centro Universitário de Patos. Patos-PB
[3] Licenciatura Plena em Pedagogia pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Patos-PB
[4] Bacharel em Psicologia pelo Centro Universitário de Patos. Patos-PB
[5] Médico. Coordenador do Curso de Medicina no Centro Universitário de Patos. Patos-PB.

INTRODUÇÃO

O Estado Liberal trouxe a primeira dimensão dos direitos fundamentais, delimitada pela autonomia individual e pela não intervenção estatal. Contudo, tais direitos se tornaram insuficientes para a garantia e efetivação do verdadeiro objetivo: a busca por uma verdadeira igualdade, tendo em vista que a garantia de liberdades individuais, quais sejam os direitos civis e políticos, serviram como mecanismo de opressão da burguesia sobre os trabalhadores.

Com isso, ainda na busca de uma igualdade material entre os indivíduos, o Estado Liberal forneceu mecanismos ao Estado Social, surgindo com ele a segunda dimensão dos direitos fundamentais, sendo, portanto, os direitos sociais, o direito à saúde, que, por sua vez, está diretamente ligado ao direito à vida.

Dallari (2009) afirma que tanto a noção de Direito quanto a noção de Saúde sofreram transformações a partir do conceito de Estado de Bem-Estar Social do século XIX, incluindo situações complexas pelas quais a construção do direito à saúde passaria pela percepção do ambiente em que este mesmo direito se insere.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o conceito de saúde, a mais abrangente delas, é a que está disposta no preâmbulo da sua Constituição, datada de 22 de julho de 1946, a qual conceitua saúde como: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção”. (OMS, 1946)

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

Assim, observa-se que o direito à saúde é considerado um direito social, tanto na esfera material haja vista ser imprescindível para a dignidade da pessoa humana, quanto formal, previsto na Constituição Federal de 1988 disposto no Título II, Capítulo II, o qual é denominado de “dos direitos sociais”. Com isso, o direito à saúde está inserido no rol de direitos que compreendem os valores básicos e as decisões axiológicas da sociedade.

De acordo com Pivetta (2013, p. 51):

> O que se deve entender é que o fato de os direitos sociais terem sido dispostos de maneira aberta não foi mera atividade leniente do constituinte de 87/88, mas sim uma opção juridicamente fundamentável, tendo em vista que a natureza desses direitos pressupõe uma redação mais flexível, para que possam ser aplicados ainda que sob a influência de fatores dificultantes. O direito à saúde, nesse quesito, encontra-se cercado de inúmeras imprevisibilidades, tais quais os avanços tecnológicos que acarretam em tratamentos mais modernos e eficientes e o surgimento de epidemias que reclamam respostas velozes da Administração Pública.

O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. (SILVA, 2005)

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

Conforme salienta Duarte (2011):

> (…) Deve-se ver que o direito à saúde consiste numa segunda dimensão ou num desdobramento do direito fundamental à vida, que o contempla e o amplia. Desta forma, o direito fundamental à saúde possui uma área de coincidência com o direito individual à vida; portanto, o direito à vida encontra-se inserido no direito à saúde, sendo este último, porém, mais amplo que o primeiro.

O direito à saúde é amplo, intrinsicamente ligado ao direito à vida. Assim, em algumas situações, a proteção da saúde se confundirá com a tutela da vida humana; em outras palavras, a proteção da saúde garante uma saudável qualidade de vida, sem comprometer a existência humana.

Ademais, permite-se uma diferenciação entre as demandas de saúde de primeira necessidade e as demandas de saúde de segunda necessidade. As primeiras relacionam-se a todas as demandas sem conexão direta com a preservação da vida humana. As segundas representam todas as demandas de saúde que estão diretamente ligadas ao direito à vida, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de uso contínuo pelo Sistemas único de saúde - SUS, a garantia de condições sanitárias adequadas etc.

De acordo com Silva, são direitos de igualdade as prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao passo que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, consequentemente, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2005)

Os direitos sociais são aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada

pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais. (MAGALHÃES, 2008)

No art. 196, CF/88, encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui estamos diante de um Estado Interventor, e, também, diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde- e jamais da inércia- e conectando-se, essencialmente, à ideia de um direito social da saúde. (SCHWARTZ, 2001)

Além disso deve ser garantido os direitos diante dos princípios Doutrinários e Organizativos do Sistema Único de Saúde, sendo um núcleo comum que concentra os doutrinários: Universalidade, Integralidade e Equidade; e como forma de operacionalização os princípios organizativos: Regionalização e Hierarquização, Descentralização e Comando Único e Participação Popular (Conselho Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, 2018).

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

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde. (ORDACGY, 2017)

Dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde. (FRANCO, 2017)

Decerto, os gastos em saúde pública merecem ser mais bem repensados pelo Estado, devendo-se tratá-los como um investimento. Ordinariamente, a ausência de investimentos em saúde conduz à majoração dos recursos destinados à previdência e à assistência social, cabendo ao Estado, como dever finalístico de sua atuação e consoante o princípio constitucional da eficiência, zelar pela melhor destinação dos recursos públicos disponíveis. Nesse contexto, a Judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde venha a ser efetivado (de

acordo com os parâmetros constitucionais), seja através da salvaguarda direta do bem pretendido pelo cidadão enfermo, seja obrigando, ao menos de forma indireta, o Poder Executivo a ser mais eficiente na condução de suas políticas públicas. (FRANCO, 2017)

Se o Estado, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, eventualmente falha na consecução dos objetivos sociais, certamente não é por falta de atores públicos capacitados que efetivamente almejam o bem comum e que ajam com verdadeiro espírito público. Assim, ultrapassados os casos pontuais, a exacerbação do fenômeno que hoje se vê em sede de concessão de medicamentos apenas implicará uma mudança no local em que se forma a fila de cidadãos à busca de atendimento a suas vontades ou necessidades. O Poder Judiciário simplesmente não poderá alterar, por si, a realidade social que produz as demandas e, em consequência, receberá um julgamento desfavorável decorrente da falha de resultado daquilo que se dispôs a fazer. (CAÚLA, 2010)

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (Supremo Tribunal Federal. STF, STA 175 – AgR/CE, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgado em 17.03.2010.)

A decisão judicial, além de procurar cercar-se dos apontamentos técnicos relativos à referida esfera de atuação do poder executivo, deverá atentar ainda à repercussão de sua decisão no âmbito próprio da Administração Pública. Com isto, o Juiz assumirá, às claras, os ônus decorrentes de sua posição ativista, ao se aprofundar na percepção dos efeitos de sua conduta decisória. (CIARLINI, 2008)

Ademais, afirma Cappelletti (1999) que os direitos fundamentais devem ser sempre levados em conta pelos administradores e legisladores e, se isso não ocorrer, cabe a intervenção dos juízes a fim de evitar o extermínio desses direitos, ainda que contrariem cálculos e ações já realizados, e ainda os juízes corram o risco de, agindo assim, assumir uma posição contra majoritária. A criatividade judicial, todavia, não pode ser ilimitada nem arbitrária.

Assim, destaque-se que o direito natural e a tradição podem servir de auxílio para o juiz quando este fundamentar sua convicção, tornando a fundamentação de sua sentença mais relacionada com as necessidades sociais, contudo sempre no sentido de promover a preservação de direitos fundamentais.

Apesar do reconhecido papel da judicialização na garantia do direito, possibilitando o aumento de acesso a bens e serviços de saúde, seus desdobramentos podem promover

consequências negativas para a gestão em saúde. Para o SUS, a judicialização leva a impactos importantes, tanto para o acesso às políticas públicas quanto para seu financiamento, visto que o deferimento de pedidos de prestação de serviços de saúde, incluindo medicamentos e insumos, pode desestruturar o planejamento e as políticas de saúde e privilegiar interesses individuais em detrimento do coletivo (LEITÃO, 2014).

Na esfera privada, as principais consequências são a alteração das relações contratuais entre clientes, operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde (INSPER, 2019).

Assim, para aqueles que defendem uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões políticas do Estado, principalmente no que tange à saúde, a narrativa se consubstancia em que esta atuação se faz necessária para o resguardo de princípios fundamentais e proteção do Estado Democrático de Direito, de modo a concretizar uma verdadeira igualdade social.

Por sua vez, antagonicamente ao argumento de que a ingerência judicial violaria o processo democrático brasileiro, Lopes Júnior, citado por Freire Júnior (2005), aduz:

> A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático a Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Nesse contexto, observa-se que não merece guarida a alegação de que a interferência judicial violaria o princípio da separação de poderes, sobretudo ante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição o qual preconiza que diante de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito não pode ser negada uma prestação jurisdicional.

Ainda no que tange a narrativa da separação dos poderes, a doutrina reconhece que os Poderes exercem funções típicas, mas também, atípicas. Desta forma, com essa previsão, é a própria dinâmica da separação dos poderes que atribui legitimidade para a atuação do Judiciário na fiscalização das ações estatais.

Ademais, de acordo com as normas-princípios consagradoras de direitos fundamentais sociais, baseadas pelo pós-positivismo, robustece a imprescindibilidade de uma atuação harmônica entre os poderes em benefício do povo.

De acordo com Mastrod *et al* (2017):

> O aumento progressivo das demandas judiciais clamando por concessão de atenção à saúde traduz também mais um movimento social: aquele em que o Judiciário deixa de ser um órgão inacessível à grande maioria da população e se torna a via expressa de acesso do cidadão ao Poder Público. A credibilidade outorgada ao Judiciário como

> o “protetor” das garantias fundamentais traz sem dúvida um novo momento político, em que muitos paradigmas precisam ser repensados, especialmente no que tange à questão da limitação do direito à saúde.

Se isso por um lado é positivo, por outro é perigoso: sobrecarrega o Judiciário com uma responsabilidade que está longe de ser só sua. Por isso, cremos que seja necessária a construção de um novo espaço de diálogo entre os diversos Poderes e seus diferentes níveis, a fim de se conseguir equacionar o dilema da necessidade versus possibilidade técnica. (MASTROD *et al*. 2017)

Nesse interim, a efetivação dos direitos sociais supera qualquer óbice normativo baseado no princípio da separação dos poderes, haja vista que a efetivação do direito à saúde garante a sobrevivência humana, de modo a cuidar para que o direito à vida também seja tutelado.

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos positivos e direitos negativos, de acordo com a prestação ou não de ações advindas do próprio Estado.

Os direitos negativos, geram para o Estado um dever de abstenção, não devendo este, intervir, atuando apenas como garantidor ou protetor desses mesmos ante a sua violação. Em contrapartida, os direitos que apresentam uma eficácia positiva, como os direitos sociais, geram ao poder público uma obrigação de fazer, de ação ou intervenção, exigindo uma atuação efetiva para garantir seu exercício.

Assim, tem-se que no que tange aos direitos sociais, a Administração Pública assume uma posição de garantidora, de protetora, bem como de mecanismos de realização. Por sua vez, sendo um direito social, o direito à saúde, pode ser classificado como um direito fundamental positivo, possuindo o Estado, o dever de garantir ao indivíduo a sua plena realização, promovendo mecanismos de proteção contra violações, fornecendo adequado serviço de saúde pública, medicamentos, atendimento por profissionais capacitados, adequado serviço de saneamento básico etc.

Com isso, observa-se que o ponto central da judicialização da saúde é, de certa maneira, a discussão acerca do dever do Estado quanto ao fornecimento de medicamentos – de alto custo ou não incorporados ao SUS – a portador de doença grave que não possui condições financeiras para sua aquisição. Neste sentido,

> De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos

> cofres públicos." [...] A partir disso, a ‘reserva do possível’ (Der Vorbehaltdes Moglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 33).

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. (SARLET, 2008)

Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social e alguém que efetivamente não faça jus o benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador. (SARLET, 2008)

Luís Roberto Barroso destaca que o Poder Judiciário só deve determinar o fornecimento de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; deve-se optar por medicamentos que já estejam nas listas oficiais do SUS; deve-se optar por substâncias disponíveis no Brasil, medicamento genérico, de menor custo; e por fim deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. (BARROSO, 2008)

No que tange à solidariedade passiva dos entes federados quanto ao dever de assistência à saúde, apresenta-se, no STJ, o TEMA 799 STJ, posteriormente cancelado em virtude do reconhecimento da natureza constitucional da matéria e, finalmente, no STF, a repercussão geral no TEMA 793 STF, conforme segue:

> TEMA 799 STJ: Discussão: solidariedade passiva de União, Estados e Municípios, para figurar no pólo passivo de demanda concernente ao fornecimento de medicamentos. (REsp 1.144.382-AL) – Observação: Afetação cancelada em razão da natureza constitucional da matéria.
> TEMA: 793 STF: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Relator: MIN. LUIZ FUX - Leading Case: (RE 855.178-SE) – Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados.

Nesse contexto, a tese firmada reconhece a solidariedade dos entes federados nas políticas prestacionais na área da saúde pública, estabelecendo que a execução das ações e serviços de saúde é responsabilidade dos Municípios e Estados também. Contudo, o financiamento da medicação deve envolver os três entes, em consonância com o nível de complexidade do tratamento que o indivíduo estiver submetido.

MÉTODOS

Quanto ao método de abordagem a pesquisa utilizou-se de uma revisão integrativa da literatura, que tem como finalidade recolher resultados de pesquisas do tema proposto e assim aprofundar e analisar suas conclusões.

No tocante aos métodos de procedimento o estudo foi realizado mediante levantamento bibliográfico, sendo incluídos livros e artigos publicados em Bancos de dados na internet e biblioteca física, cujo método objetiva traçar uma análise sobre o conhecimento já construído em pesquisas anteriores sobre o tema da presente pesquisa.

Assim, o presente trabalho objetivou investigar os limites da concretização do direito à saúde, discutir acerca de como a judicialização do direito à saúde pode promover consequências sociais (positivas e negativas), em âmbito público e privado, bem como discutir sobre a possibilidade do Estado em fornecer medicamentos que não constam nas listas oficiais do SUS.

No primeiro capítulo tratou-se em abordar da saúde como direito fundamental, em sua visão universal e correlacionada com o direito à vida. No segundo capítulo, foi tratado dos aspectos sócio-históricos do processo de judicialização da saúde, algumas considerações sobre a evolução dos direitos fundamentais atrelada a teoria das gerações de direitos de Karl Vasak. No terceiro e último capítulo, fora abordado sobre a discussão acerca da possibilidade da obrigação do estado no fornecimento de medicamentos fora das listas oficiais do SUS, correlacionando-o ao princípio da reserva do possível, apresentando, ainda, jurisprudência acerca da concessão de medicamentos não constantes nas listagens oficiais da Assistência Farmacêutica do sistema público de saúde.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O presente artigo versa sobre a discussão acerca da judicialização do direito à saúde e a esfera obrigacional do estado quanto ao fornecimento (ou não) de medicamentos não listados

pelo SUS. Nesse sentido, busca-se discutir quais os impactos ou benefícios sociais ocasionados pela judicialização do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, garante, a inviolabilidade do direito à vida, devendo esta ser compreendida em seu aspecto objetivo, que significa o direito de estar e continuar vivo, e em seu aspecto subjetivo, ou seja, viver com dignidade.

Com o objetivo de dar efetividade aos direitos anteriormente referidos, a CF, em seu artigo 196, preconiza um instrumento jurídico amplo, ao impor expressamente ao Estado o dever impostergável de propiciar a todos os cidadãos o acesso universal do direito à saúde, como corolário do direito à vida. Nesse sentido, observa-se que quando o Judiciário tutela o direito à saúde através da sua função jurisdicional, invade a esfera administrativa, que em regra, é de competência dos Poderes Executivo ou Legislativo, e que seus desdobramentos podem promover consequências negativas para a gestão em saúde, em âmbito público (SUS) trazendo graves consequências ao orçamento público, e privado, o que dificulta ainda mais a concretização desse direito.

A saúde passou a ser considerada um direito inerente à condição humana a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Desde aquele momento, países de todo mundo começaram a inserir o direito à saúde em suas constituições e em suas políticas de proteção social e de segurança humana. O Brasil é um dos cerca de cem países em que a Constituição considera saúde um direito, seja ele universal ou não (GAURI, 2008)

Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. (SILVA, 2005)

O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. (SILVA, 2005)

Está descrito na regulamentação pelo Poder Executivo Federal da Lei nº 8.080, por meio do Decreto 7.508, de 2011, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME compreende a seleção de medicamentos para atendimento de doenças e agravos, sendo o Ministério da saúde o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas no âmbito nacional, levando em consideração as Pactuações Intergestores Tripartite.

O Estado, O Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em concordância com a RENAME, responsabilizando os entes pelo financiamento diante das pactuações, podendo ser ampliado o acesso de acordo com as questões de saúde pública de forma justificada (BRASIL, 2011).

O termo judicialização surgiu na Itália em 1992, durante um seminário no Centro de Estudos do Poder Judiciário da Bolonha. Em 1995, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder publicaram o livro *The Global Expansion of Judicial Power*, que consagrou o termo judicialização. (NUNES, 2014)

No âmbito da saúde, Mapelli Júnior (2017) conceitua a judicialização como um incremento gradual e significativo de ações judiciais para a obtenção, por meio do Poder Judiciário, de medicamentos, insumos e outros produtos de interesse da saúde.

Assim, pode-se dizer que, nas hipóteses em que o Estado ocupa o polo passivo da relação jurídica, a judicialização na garantia do direito à saúde tem sido apontada como positivo ou negativo. Nesse sentido, a judicialização seria benéfica por estabelecer mecanismos para garantia do direito à saúde e induzir evolução na resposta do Estado. Em contrapartida, lançaria tratamento desigual entre os cidadãos, em um país considerado em alto estágio no que tange as desigualdades socioeconômicas e iniquidades em saúde em relação a população.

Apesar do reconhecido papel da judicialização na garantia do direito, possibilitando o aumento de acesso a bens e serviços de saúde, seus desdobramentos podem promover consequências negativas para a gestão em saúde (LEITÃO, 2014).

Para o SUS, a judicialização leva a impactos importantes, tanto para o acesso às políticas públicas quanto para seu financiamento, visto que o deferimento de pedidos de prestação de serviços de saúde, incluindo medicamentos e insumos, pode desestruturar o planejamento e as políticas de saúde e privilegiar interesses individuais em detrimento do coletivo (Leitão, 2014).

Na esfera privada, as principais consequências são a alteração das relações contratuais entre clientes, operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde (INSPER, 2019).

Desse modo, ante a relevância social do tema, o presente artigo justifica-se na repercussão jurídica sobre o tema, cujas ações judiciais no âmbito da saúde ganharam importância nas últimas décadas em razão do aumento significativo dos casos e de seus impactos, especialmente para o Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse sentido, a presente pesquisa visa contribuir com a identificação dos princípios e normas jurídicas, bem como das competências e habilidades que devem ser pontuadas pelos magistrados, para fins de garantia de respostas judiciárias que promovam a redução da judicialização e para um cumprimento

mais eficaz do direito constitucional à saúde no Brasil, tomando por base os limites das suas competências, bem como o dever do Estado.

CONCLUSÃO

A judicialização da saúde é uma temática complexa, que tem se vinculado a diferentes propósitos e realidades, estabelecendo com que o setor da saúde seja um verdadeiro dilema, haja vista que a discussão enquanto solução ou problema não é tarefa simples. Garantir direitos, assegurar financiamento suficiente e adequados.

A única base que vemos nas decisões judiciais para o fornecimento de uma determinada medicação, não é baseado em estudos, aprovação de medicamentos pelos órgãos de regulamentação para o uso e comercialização, não sendo visto os impactos causados no financiamento do Sistema Único de Saúde ou Saúde do Usuário, sendo apenas utilizado prescrição medicamentosa para determinação do fornecimento da medicação judicializada. Existe uma dificuldade de os órgãos públicos manter ordinariamente a aquisição e distribuição de medicamentos listados pelo SUS, devido ao sub financiamento da Saúde e falta de diálogo do poder judiciário e Ministério Público com gestores e órgãos competentes da saúde diante de conhecimentos técnicos e impactos no financiamento.

Essa discussão polarizada traz à baila uma disputa no que tange ao conceito de valor da saúde, bem como a compreensão da saúde enquanto mercadoria e oportunidade de fazer negócios, que se contradiz com à representação da saúde enquanto direito universal, sendo um valor fundamental da sociedade, que não deve ser ofertado simplesmente segundo as regras de mercado.

Sendo assim, em que pese os reflexos negativos da judicialização da saúde, cujo principal fundamento de parte dos magistrados é a de que ela desconsidera os limites econômicos, de modo a violar o princípio da reserva do possível e promovendo desorganização e dificuldades no planejamento dos serviços de saúde públicos e privados, também há de se ressaltar os pontos positivos. Nesse sentido, seus reflexos positivos se consubstanciam quando há a viabilização de alternativas terapêuticas que sejam benéficas e que não estavam disponíveis no SUS; ou até mesmo quando as ações judiciais influenciam a Administração Pública a englobar novas tecnologias nos protocolos e diretrizes terapêuticas visando evoluir e promover maiores opções terapêuticas; ou para obrigar o gestor cumprir o que já está incorporado e já faz parte das listas de ofertas do SUS, que é o que também ocorre bastante.

Diante do exposto, observa-se que a discussão acerca da judicialização no Brasil, quanto a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos e tratamentos fora da listagem oficial do SUS, demonstra um dilema entre vários caminhos a seguir, inviabilizando a possibilidade de escolha de apenas uma via para lidar com as questões provenientes da judicialização, sendo, portanto, um fenômeno complexo.

Como anteriormente mencionado, a judicialização para assegurar tais direitos possuem pontos positivos e negativos; ela é solução, mas também é problema. Trata-se de um fenômeno bastante discutido, mas que também apresenta lacunas.

Sendo assim, tem-se a possibilidade de novos estudos a serem feitos, trazendo análises que amenizem a discussão sobre os caminhos futuros da judicialização em saúde no Brasil, evidenciando os aspectos favoráveis para a população com o fornecimento dos medicamentos não listados, de modo a fazer com que a administração pública possa evoluir em termos científicos no que tange a própria evolução da solução para doenças, em prol de uma melhor oferta de serviços à população.

Diante das determinações dos pedidos judiciais pode se penetrar em iniquidades no Sistema Público de Saúde, pois acaba favorecendo aqueles que tem conhecimento e acesso ao poder judiciário em detrimento aos que não possuem conhecimento e acesso ao podendo judiciário, transgredindo os princípios do SUS.

Em que pese a existência de divergências e lacunas tanto na administração, quanto no legislativo, referentes aos aspectos jurídicos e econômicos, além de dúvidas quanto aos papéis dos gestores nas três esferas de governo, a maior pergunta em aberto, e que para a qual não conseguimos encontrar estudos robustos na literatura, seja a que se refere a quais sejam os reais efeitos dos processos judiciais sobre o tempo e a qualidade da vida dos usuários.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Marluce Maria Araújo; JESUS, Washington Luiz Abreu de. **Acesso aos serviços de saúde**: abordagens, conceitos, políticas e modelo de análise. Rio de Janeiro: Ciência & Saúde Coletiva, v. 17, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto**. Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf . Acesso em: 08/10/23.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946.** Disponível em:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3oMundial>. Acesso em: 11/03/23

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08/10/23.

BRASIL. **Lei nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde –SUS. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 29 jun. 2011. Acesso em: 08/10/23.

CAÚLA, César**. Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição**: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro: **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 73-107.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar**. Brasília: [s.n.], 2008. 288 p. Disponível em http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tdebusca/arquivo.php?codArquivo=38d14. Acesso em : 11/03/23.

CONSELHO ESTADUAL DE SAÚDE DO RIO DE JANEIRO. O SUS e a efetivação do Direito Humano à Saúde. Acesso em: 02/11/2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil.** Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 9, 2009. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128. Acesso em: 01/11/2023

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde**, 2011.

FERRAZ OLM, VIEIRA FS. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados. 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0011-52582009000100007. Acesso em: 08/10/23.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil.** Jus Navigandi 2012. Disponível em : Judicialização do direito à saúde - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em: 18/04/23.

FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. **Ministério da Saúde vai disponibilizar software para controlar ações judiciais em saúde**. Disponível em: < http://portalfns.saude.gov.br/ultimas-noticias/1677-ministerio-da-saude-vaidisponibilizar-software-para-controlar-acoes-judiciais-em-saude>. Acesso em: 28/08/23.

FOGAÇA AR. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde**: mínimo existencial versus reserva do possível. Curitiba, PR: Juruá; 2021.

GAURI V, Brinks DM. **Courting Social Justice judicial enforcement of social and economic rights in the developing World**. Cambridge University Press. Julho 2008.

INSPER (Instituto de Ensino e Pesquisa). **Judicialização da saúde no brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Conselho Nacional De Justiça, 2019.

JORGE EA. **Financiamento setorial do SUS e a questão da municipalização da saúde. In: Ministério da Saúde (BR), Coordenação de Informação, Educação e Comunicação.** Incentivo à participação popular e controle social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde. Brasília, 1998. Disponível em: https://bit.ly/3s1vBnZ. Acesso em 08/10/23.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e a Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado". Sérgio A. Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITÃO LCA, *et al*. **Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento.** Revista de Salud Publica, 2014.

MACHADO FRS, DAIN S. **Direito e saúde**: contribuições para o estudo da judiciaização. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier; 2012.

MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008.

MAPELLI, Júnior R. **Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública.** São Paulo: Atheneu, 2017.
MARMELSTEIN, George**. Curso de direitos fundamentais**. Editora Atlas, São Paulo, 2008.

MASTRODI, Josué*, et al*. **O problema da judicialização da saúde no brasil: sugestão de novos rumos**. São Paulo: Quaestio Iuris, 2017.

MOURA, Adriana Galvão. **A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania**. In Constituição e Construção da Cidadania. Leme: JH Mizuno, 2005.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. **Sistema Único de Saúde - SUS**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008.

NUNES, Junior AT**. A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE do STF sobre a verticalização das coligações e fidelidade partidária**. Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política. 2014.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al***. Judicialização da saúde**: para onde caminham as produções científicas?. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 39, 2015.

ORDACGY, André da S**. A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão.** 2007.

PAULA CEA, BITTAR CML**. Judicialização da saúde e seus reflexos na gestão do sistema único de saúde (SUS).** Rev Dir Hum Efet; Brasília, 2017. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1866. Acesso em: 08/10/23.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2013.
RIBEIRO, Danielle Sachetto. **O direito à saúde em tempos neoliberais**: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos?. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG.

SARLET, Ingo Wolfgang**. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. 2ª Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

SARLET, Ingo W.;FIGUEIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, 2008. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 11/03/23.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre. Reimp**., Berlim, Neukoeln, 1954.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

SIERRA, Vânia Morales. **A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça**. Revista Katálysis. Florianópolis, v. 14, 2011.

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

SOUZA, Isabela. **Direitos humanos: conheça as três gerações**. Politize, 2017. Disponível em: < Direitos humanos: conheça as três gerações! | Politize!> Acesso em 29/08/2023.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1354059, 07015014420218070000**, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 7/7/2021, publicado no DJE: 21/7/2021.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1338049, 00335625220158070018**, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Quarta Turma Cível, data de julgamento: 12/5/2021, publicado no PJe: 22/6/2021.

STF**. Teses de Repercussão geral**. 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp. Acesso em: 08/10/23.

TRF2**. Judicialização da saúde no STF**. Comitê de saúde CNJ-RJ. 2020. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-sauderj/judicializacao/stf/. Acesso em: 08/10/23.

VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2010.