

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO SOB UM CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO

LUCAS DOS REIS BARCELLOS¹; MARCELO NUNES APOLINÁRIO²

¹*Lucas dos Reis Barcellos 1 – lucas10_barcellos@hotmail.com*

²*Marcelo Nunes Apolinário – marcelo_apolinario@hotmail.com*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a efetivação do direito fundamental à saúde, sob a égide dos direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição Federal de 1988, frisando a questão da judicialização e seus desdobramentos no plano fático e teórico.

A partir de uma breve análise histórica da construção do pensamento jusnaturalista, do qual adveio a teorização acerca dos direitos fundamentais do homem, do conceito da dignidade da pessoa humana, inclusive sob influência do Cristianismo, observa-se que a saúde adquiriu status de direito fundamental tutelado com prioridade pelos ordenamentos jurídicos de diversas nações ao redor do mundo a partir do século XX (SARLET, 1998).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a saúde passou a ser tratada, no Brasil, como direito fundamental e universalizado à população, sendo ampliado o acesso a tratamentos médico-hospitalares e fármacos fornecidos pela rede pública, por meio de políticas públicas estatais (art. 6º, CF). A criação do Sistema Único de Saúde foi o principal marco regulamentador, o qual gerou a base organizacional para a efetivação do direito à saúde (Lei nº 8.080/90).

Na prática, o Sistema atua sob diretrizes terapêuticas, criadas por especialistas de diversas áreas da medicina, com o fim de definir e decidir acerca de inclusão de tratamentos médicos, fármacos e procedimentos hospitalares no âmbito público, visando o máximo aproveitamento das políticas públicas, e com o auxílio da “medicina baseada em evidências”.

A elaboração orçamentária vem a ser um fator elementar para a efetivação do direito à saúde. Segundo TCU, gastos do Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais passaram de R\$ 70 milhões em 2008 para mais de R\$ 1 bilhão em 2015. Há um crescente número de demandas judiciais de medicamentos e insumos para tratamentos de saúde no Brasil.

A problemática que aqui surge diz respeito a orçamento *versus* demandas judiciais. Neste embate, passa a ser imprevisível o gasto público anual futuro, para fins de planejamento, uma vez que o número de processos judiciais em que se postulam tratamentos e medicações cresce constantemente.

O fenômeno da judicialização da saúde decorre, de forma natural, da garantia constitucional assegurada. Por outro lado, pressupõe a ineficácia do sistema por via administrativa, uma vez que, para entrar com uma ação, é necessária a existência de um litígio (BARROSO, 2012). No caso da saúde, é necessário que o atendimento tenha sido negado administrativamente, e isto é um sinal de que o sistema público não funcionou e não cumpriu o seu papel devidamente, em determinado caso concreto.

Postular medicamentos por via judicial é uma maneira de adquirir tratamentos, e é dominante na jurisprudência que, se está determinado fármaco disponível nas

listas do SUS, terá direito o cidadão ao seu recebimento (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1112762 RS 2008/0241527-0); TJ-RS - Apelação e Reexame Necessário REEX 70053378220 RS).

A questão torna-se controvertida quando o pedido objeto da ação judicial constitui medicamento que não consta nas listas do SUS. Tal controvérsia acerca da existência ou não do direito ao recebimento destes fármacos está pendente de julgamento pelo STJ, sendo este o objeto de discussão do Tema Repetitivo nº 106/STJ.

2. METODOLOGIA

Este trabalho foi desenvolvido por meio do método indutivo, através da análise de doutrinas, artigos, legislação e jurisprudências referentes ao tema abordado.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Nesse contexto, de garantia constitucional, inevitável que a saúde fosse objeto de processos judiciais. Nos dias atuais a judicialização da saúde faz parte da realidade brasileira. Segundo o Ministro da Saúde Ricardo Barros, o gasto da saúde com demandas judiciais chegou a 8 bilhões de reais em 2016. Estimou, também, que a previsão de gastos com a saúde em decorrência da judicialização em 2017 alcançará, até o final do ano, a marca dos 10 bilhões.

Nesse sentido, a chamada reserva do possível (SARLET, 2008), construção teórica baseada no limite orçamentário utilizado para atingimento do maior número de demandas possível, deve ser observada, na medida em que o orçamento é elaborado, e gastos excedentes que advém das demandas judiciais da atualidade, de postulações de fármacos fora do âmbito administrativo, oneram o Erário Público referente à saúde.

Constitui um grande desafio a ponderação realizada no âmbito jurídico, nos processos, nos quais os entes estatais (Municípios, Estados e União), responsáveis solidariamente pela efetivação do direito em tela (RE 855.178 RG, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *DJE* de 16-3-2015, Tema 793, STF), alegam, em suas fundamentações em defesa do patrimônio público, a reserva do possível. Todavia, há entendimento majoritário firmado pelo STF no sentido de que a reserva do possível não pode, por si só, servir como fundamento em defesa ao não fornecimento de determinada medicação comprovadamente necessária à manutenção da saúde de um indivíduo (“reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”, STA 223 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-4-2008, P, *DJE* de 9-4-2014).

Não se pode esperar que as pessoas que necessitam de auxílio médico imediato aguardem demasiadamente e injustamente, por vezes, quando em busca por seus tratamentos nos postos de saúde e hospitais da rede pública. Os litígios iniciam-se em decorrência de prestações não atendidas, e não devem ser via ordinária para a busca de tratamentos, uma vez que devem ser respeitadas as diretrizes terapêuticas e as filas do sistema, de acordo com as especificações de cada caso concreto.

Desta forma, o principal sopesamento na interpretação jurídica dos magistrados não diz respeito, como se pensa comumente, aos princípios, por um lado, da vida e da saúde, e por outro lado, à salvaguarda do dinheiro público. Os juízes, em verdade, fazem o sopesamento de, por um lado, o direito à vida e à saúde de uns, e do outro lado, a vida e a saúde de outros (BARROSO, 2012). Ou seja, não há que se privilegiar em excesso uns em detrimento de outros. Este é um problema que acaba ocorrendo devido ao próprio acesso à informação em disparidade de condições, observado na população.

O constante aumento das demandas judiciais decorre, em muito, da facilidade disto nos dias atuais, tendo em vista a ampliação e melhoria de órgãos de advocacia pública. Tornou-se fácil e praxe ingressar com um processo em face do Estado *latu sensu* no qual postular-se-á o fornecimento de determinada medicação.

Todavia, se a lógica do sistema se baseia em previsões orçamentárias, e as demandas judiciais são imprevisíveis, tendo em vista o aumento crescente, podem vir a ocorrer, se excessivas as demandas judiciais, onerações severas ao patrimônio público, prejudicando o Sistema.

A título exemplificativo: a doença Hepatite C e seu tratamento. Estima-se que 100.000 brasileiros tenham adquirido tal enfermidade no ano 2016. O medicamento para tratar a enfermidade (SOFOBUVIR) custa em torno de R\$ 200.000,00, e o SUS apenas disponibiliza (PORTARIA N 252, DE 26 DE JANEIRO DE 2017) na hipótese de o indivíduo estar com a doença em grau avançado (grau 3 ou 4). Se assim não fosse, e o Estado tivesse de custear o tratamento para Hepatite C de cada pessoa com a doença em território nacional, o custo disto seria de R\$ 100.000.000.000,00. Em suma, não haveria recursos suficientes para tal, e estaria prejudicado o Sistema para o restante das demandas de saúde.

Outrossim, cabe ressaltar que muitos dos medicamentos postulados em processos não integram as listas do SUS, o que se tornou um desafio para os magistrados. Dadas as divergências quanto a isto, foi instaurado o Tema Repetitivo nº 106 no STJ, o qual pende de julgamento, e versa sobre a obrigatoriedade no fornecimento de medicamentos não contemplados nas listas no SUS pelos entes públicos. Tal decisão adotará novos critérios a serem tomados por base na interpretação para fornecimento de medicações, tendo em vista, dentre outras questões, que há que se ordenar os gastos públicos, não se podendo conceder-se “tudo”, desenfreadamente, sem qualquer tipo de regulamentação, “a todos”, sob pena de não ser possível conceder-se nada a ninguém.

4. CONCLUSÕES

Tendo em vista as demandas judiciais crescentes e os planejamentos orçamentários do Sistema Único de Saúde, devem ser criados critérios, cada vez mais regulamentadores, a fim de permitir que o direito à saúde seja efetivado na maior extensão possível, cumprindo o seu papel constitucional, visando a garantia do mínimo existencial, tendo em vista os recursos escassos.

O Tema Repetitivo nº 106 do STJ surge como uma etapa decisiva das políticas públicas de saúde do país, vez que versará sobre um tema em constante debate nos dias atuais, considerando que há certas enfermidades apenas tratáveis com medicamentos que não estão disponíveis no âmbito do SUS.

Ademais, “não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa matéria” (BARROSO, 2012). Resta-nos frisar que “a dor tem pressa” (ROCHA, 2016).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Mariana, **Luta pela vida, reforço da desigualdade ou gasto desenfreado? A difícil equação da judicialização da saúde**, BBC Brasil, 29 set. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41395630>> Acesso em 02/10/2017.

BARROSO, Luís Roberto, Palestra em **AUDIÊNCIA PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE E DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS**, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>> Acesso em: 30/09/2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04/10/2017.

Lei nº 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 03/10/2017.

PORTRARIA N 252, DE 26 DE JANEIRO DE 2017. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=77&data=30/01/2017&captchafield=firistAccess>> Acesso em: 02/10/2017.

ROCHA, C. L., **Entrevista ao Jornal da Manhã sobre judicialização da Saúde**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yaloKqNq2xg>> Acesso em: 02/10/2017.

Tema Repetitivo nº 106/STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o-contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de-repetitivo> Acesso em: 02/10/2017.

SARLET, I. W., **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, I. W. e FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em 04/10/2017.

ABPH. **O problema da judicialização na Hepatite C**, 2014. Disponível em: <<http://hepatite.org.br/noticias-estudos-e-links/90-o-problema-da-judicializacao-na-hepatite-c>> Acesso em: 15/09/2016.