

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ
LIGIA RISSARDO

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM CASOS DE PROCEDIMENTOS DE
ALTO CUSTO**

CURITIBA
2016

LIGIA RISSARDO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM CASOS DE PROCEDIMENTOS
DE ALTO CUSTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Helena de Souza Rocha

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LIGIA RISSARDO

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM CASOS DE PROCEDIMENTOS DE ALTO CUSTO

Esta monografia foi julgada e aprovado para a obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, ____ de _____ de 2016.

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Coordenador do Núcleo de Monografia

Orientadora: _____
Prof. Helena de Souza Rocha

Examinador 1: _____
Prof.(a).Dr.(a).

Examinador 2: _____
Prof.(a).Dr.(a).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a professora Helena de Souza Rocha, pelo incentivo e apoio na elaboração do presente trabalho.

À minha família, pelo apoio incondicional.

Meu agradecimento especial ao meu companheiro, Luiz Gustavo, pelo suporte e paciência.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho aos meus irmãos Franciela, Ronaldo e à Amanda, minha afilhada. Obrigada por estarem presente em minha vida.

EPÍGRAFE

“Não há nada mais belo e mais legítimo
do que o homem agir bem e
devidamente”.
(Montaigne)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação do direito fundamental à Saúde no Brasil, no que diz respeito à procedimentos de alto custo, com foco nos casos mais recentes pleiteados por meio do judiciário, processo do qual é denominado como Judicialização da Saúde, processo esse que vem crescendo gradativamente. Essas crescentes demandas exigem do Poder Judiciário uma análise global e a observação de caso a caso, uma vez que aqui estamos tratando de procedimentos de alto custo, dos quais geram grande impacto no orçamento público e por vezes a liberação de um procedimento em específico e por de apenas um indivíduo acaba cerceando os direitos dos demais. Sob esta ótica, busca-se analisar como são proferidas as decisões, se elas são baseadas em parâmetros, se esses parâmetros existem, quais são eles. E conseqüentemente procurar entender qual o impacto para o direito coletivo quando um procedimento de alto custo é liberado para o tratamento de um indivíduo.

Palavras-chave: direito à saúde; direitos fundamentais; judicialização; Estado.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	10
2.2	DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.3	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.4	GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.4.1	Os direitos fundamentais da primeira geração.....	13
2.4.2	Os direitos fundamentais da segunda geração.....	14
2.4.3	Os direitos fundamentais da terceira geração.....	14
2.4.4	Os direitos fundamentais da quarta geração.....	15
2.4.5	Os direitos fundamentais da quinta geração.....	16
2.5	DOS DIREITOS SOCIAIS.....	16
2.5.1	Dignidade da pessoa humana.....	18
2.6	DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	18
2.6.1	Do direito à vida.....	18
3	DO DIREITO À SAÚDE.....	20
3.1	Considerações gerais.....	20
3.1.1	A garantia do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional.....	20
3.1.2	O Sistema Único de Saúde e as leis n. 8.080/90 e 8.142/90.....	23
3.2	DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	24
3.3	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	25
3.3.1	Considerações gerais.....	25
3.3.2	Finanças públicas e a judicialização da saúde.....	27
3.3.3	O impacto das demandas judiciais individuais em relação à coletividade.....	29

4	DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	31
4.1	CRITÉRIOS PARA AS DECISÕES JUDICIAIS NAS DEMANDAS DE SAÚDE.....	31
4.2	LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AS DEMANDAS LIGADAS À SAÚDE.....	32
4.2.1	Análise jurisprudencial das demandas na área da saúde no que diz respeito ao alto custo nos Tribunais Regionais Federais.....	33
5	CONCLUSÃO.....	40
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde é um dos elementos que estão garantidos e assegurados pela Constituição Federal de 1988, estando elencado no rol dos direitos fundamentais, todavia, por infundados motivos esse direito por muitas vezes é cerceado, cabendo ao cidadão, que depende da assistência do Estado buscar por meio de ações via Poder Judiciário o direito que já lhe é assegurado constitucionalmente.

Atualmente há significativa e progressiva busca pelo Poder Judiciário para o asseguramento do acesso à saúde.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *caput*, garante dentre outros direitos, a igualdade de todos perante a lei e a inviolabilidade do direito à vida. Juntamente com o artigo 5º, a saúde vem elencada no artigo 6º *caput*, do mesmo diploma normativo, ao apontar os direitos sociais, inclui dentre estes o direito à saúde. Assim sendo, com o objetivo de dar efetividade aos direitos acima referidos, a Carta Magna, no seu artigo 196 e seguintes, assegura que é dever do Estado e direito de todos o acesso igualitário e universal às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, bem como também cabe ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar sua execução.

O presente trabalho busca verificar quais são os efeitos da judicialização da saúde em casos de demandas judiciais envolvendo a liberação de procedimentos de alto custo, destacando ainda aqueles que são liberados para execução fora do Brasil pelo fato de que internamente o País não possui meios, sejam eles físicos, humanos ou tecnológicos para suprir a necessidade em específico.

Propõe-se também evidenciar, por meio da jurisprudência e da doutrina, como o Poder Judiciário vem decidindo quanto a essas demandas, como são fundamentadas as decisões, quais são os critérios, os impactos dessas decisões individuais em relação à coletividade e se existem alternativas à judicialização da saúde em procedimentos de alto custo.

Tem-se ainda como objetivo geral buscar compreender qual é o caminho mais efetivo para garantir o direito constitucional à saúde de forma eficaz, justa e equitativa e em paralelo como objetivo específico entender como funciona a construção da decisão e o processo de liberação dos procedimentos bem como a sua aplicabilidade.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os direitos fundamentais passam a se sedimentar como normas obrigatórias em virtude da evolução histórica por meio de lutas pelas diversas classes sociais frente aos abusos do Estado diante da dignidade da pessoa humana.

Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 136) ao discorrer sobre o histórico dos Direitos Fundamentais, assinala:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Os Direitos Fundamentais estão presentes na Constituição Federal de 1988 em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos. Esses direitos foram divididos em: dos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), dos direitos sociais (Capítulo II), da nacionalidade (Capítulo III), dos direitos políticos (Capítulo IV) e dos partidos políticos (Capítulo V).

Rodrigo César Rebello Pinho (2002, p. 64), destaca:

Dentro da sistemática adotada pela Constituição brasileira, o termo “direitos fundamentais” é gênero, abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos. As Constituições escritas estão vinculadas às declarações de direitos fundamentais. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada após a Revolução Francesa, em 1789, estabelecia que o Estado que não possuísse separação de poderes e um enunciado de direitos individuais não teria uma Constituição.

Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 149):

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, observa-se que os direitos fundamentais sofrem um processo de maturação com o passar do tempo, vão surgindo novas necessidades que devem ser previstas, garantidas e protegidas constitucionalmente.

2.2 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana e cabe ao Estado, além de reconhecê-los proporcionar meios para que sejam garantidos.

Na ótica de Rodrigo César Rebello Pinho (2002, p. 65):

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes.

Para José Afonso da Silva (2009) em decorrência da ampliação e transformação dos direitos fundamentais é difícil definir um conceito sintético e preciso. Para ele essa dificuldade aumenta ainda mais quando se fala nas várias expressões para designar os direitos fundamentais como: direitos naturais; direitos humanos; direitos do homem; direitos individuais; direitos públicos e subjetivos; liberdades fundamentais; liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Mas na opinião dele a expressão direitos fundamentais do homem é a expressão mais adequada, porque referem-se à princípios que resume a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, conforme Silva (2009).

Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 139) diz:

O catálogo de direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se a tarefa de conceituar os direitos fundamentais enfrenta algumas

dificuldades, fixar-lhes características que sejam sempre válidas em todo lugar também é mister complexo, se é que possível.

Entretanto, segundo Gilmar Ferreira Mendes (2014), apesar de difícil caracterização, deve-se indicar características que são associadas aos direitos fundamentais com mais frequência.

Não é raro ouvir que os direitos fundamentais são universais e absolutos. O termo da universalidade deve ser compreendido em termos. Não é exato falar sempre em universalidade, quanto ao polo passivo das relações jurídicas que se enrolam em torno de um direito fundamental. Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais, consoante explicita Mendes (2014).

Nos dizeres de José Afonso da Silva (2009) a Constituição Federal de 1988 foi de suma relevância para os direitos fundamentais ao fixá-los antes mesmo da organização do Estado. Diante disso é relevante conhecer suas características, dentre elas: historicidade; inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; universalidade e limitabilidade.

Quanto à historicidade explica ele que os direitos fundamentais são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos.

São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis, sendo assim, caracteristicamente inalienáveis.

Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis.

Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados, conforme Silva (2009).

2.4 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram surgindo aos poucos, foram evoluindo de acordo com cada época, por isso alguns doutrinadores os dividem em gerações ou dimensões. Hoje podemos afirmar que existem direitos de primeira, segunda e terceira geração, sendo que ainda existem doutrinadores que defendem a existência de direitos de quarta e quinta geração. Vale ressaltar que a divisão de tais direitos em gerações ou dimensões é meramente acadêmica. Parte da doutrina utiliza o termo “geração” e outra parte “dimensão”. Alguns doutrinadores têm dissentido a respeito da terminologia mais correta para se denominar o evento de evolução histórica dos direitos fundamentais, e isto acontece principalmente entre as expressões gerações e dimensões, consoante explica José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior (2012).

2.4.1 Os direitos fundamentais da primeira geração

A primeira geração corresponde aos direitos individuais, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um *não fazer* do Estado, em prol do cidadão. O nacional deixou de ser considerado um mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste. Esses direitos surgiram em decorrência das grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789. Exemplos de direitos individuais: Liberdade de locomoção e inviolabilidade de domicílio e correspondência, de acordo com Pinho (2002).

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 564) o indivíduo é o titular do direito à liberdade, fazendo oposição ao Estado:

Os direitos de primeira geração ou direitos da Liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou tributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Deste modo, os direitos fundamentais de primeira geração são destinados

aos direitos individuais fazendo oposição perante o Estado.

2.4.2 Os direitos fundamentais da segunda geração

Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, que impõe um fazer ao Estado. Visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Esses direitos nasceram em razão de lutas de uma nova classe social, os trabalhadores. Surgiram em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho. As primeiras Constituições a estabelecer a proteção de direitos sociais foram a Mexicana de 1917 e a alemã de Weimar em 1919. Exemplos de direitos sociais: salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário e férias remuneradas, conforme Pinho (2002).

Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intenso na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma Liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc, consoante Mendes (2014).

Deste modo, pode-se observar que nos direitos fundamentais de segunda geração a prestação do Estado passou a ter um papel mais ativo perante a sociedade, contrariamente ao de primeira geração, onde sua característica era a do não fazer.

2.4.3 Os direitos fundamentais da terceira geração

A terceira geração corresponde aos direitos de fraternidade. Ao lado dos tradicionais direitos individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direito. São novos, decorrentes de uma sociedade de massas,

surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção dos direitos individuais. Paulo Bonavides entende que esses direitos têm por destinatário o próprio gênero humano e aponta cinco exemplos de direitos de fraternidade, conforme Pinho (2002).

Eis as palavras de Paulo Bonavides (2006, p. 571):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo e termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Rodrigo César Rebello Pinho (2002) ainda acrescenta aos cinco direitos citados por Paulo Bonavides, a proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública. Ressalta ainda que a atual Constituição brasileira, ao tratar dos interesses difusos e coletivos, foi a primeira a inserir em seu texto a tutela desses novos direitos.

2.4.4 Os direitos fundamentais da quarta geração

Para Paulo Bonavides (2006), um dos defensores dos direitos fundamentais de quarta geração, globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência, consoante delimita Bonavides (2006).

Enfim, os direitos fundamentais de quarta geração concentram a Liberdade dos povos e o futuro da cidadania, sendo assim possível a globalização política.

2.4.5 Os direitos fundamentais da quinta geração

Existem ainda, autores que defendem a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais. Para Paulo Bonavides (2008, p. 91) a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais significativos progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.

Ensina-nos o mestre:

A paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas pétreas da comunhão política. O direito à paz é o direito natural dos povos. Valores, portanto, providos de inviolável força legitimadora, única capaz de construir a sociedade da justiça, que é fim e regra para o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos.

Conforme afirmação de Paulo Bonavides (2008), o direito à paz surgiu na Declaração das Nações Unidas, sobre a preparação das sociedades para viverem em paz, constante na Resolução 33/73, aprovada na 85ª sessão plenária da Assembleia Geral de 15 de dezembro de 1978. Nessa Resolução a Assembleia Geral da ONU decreta que “toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito ao interesse de toda a humanidade”, conforme leciona Paulo Bonavides (2008, p. 83).

2.5 DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são direitos de segunda geração, ou seja, conforme já mencionado anteriormente, são direitos que exigem do Estado uma atuação positiva, com o objetivo de alcançar a isonomia entre os cidadãos.

Assim nos ensina André Ramos Tavares (2015, p. 705):

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2009, p. 287):

Podemos dizer que 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. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Para Asbjorn Eide: "O termo 'direitos sociais', por vezes chamado 'direitos econômicos-sociais', refere-se a direitos cujo objetivo é proteger e avançar no exercício das necessidades humanas básicas e assegurar condições materiais para uma vida com dignidade. O fundamento deste direito encontra-se na Declaração Universal de Direitos Humanos, no art. 22, que enuncia: "toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade", conforme se denota do *website* Passei Direto (2016).

Os direitos sociais possuem diversas espécies agrupadas em algumas categorias, o que nos cabe nesse estudo é em relação à saúde, do qual está agrupado no rol dos direitos sociais da seguridade social, consoante Tavares (2015).

A saúde como direito social está elencada na Carta Magna no artigo 6º;

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

A saúde como direito de todos e dever do Estado, sendo este responsável pela sua aplicabilidade, desenvolvimento de políticas públicas, recomendação da saúde integral, acesso universal e a igualdade para todos.

Assim nos diz o artigo 196 da Constituição Federal de 1988;

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 outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já está consagrado que o Estado possui a obrigação de cumprir vários

mandamentos que dão base à teoria dos direitos sociais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em saúde, a vedação de retrocesso social e o dever de progresso em saúde, de acordo com Schulze (2013).

Tema que será abordado brevemente a seguir.

2.5.1 Dignidade da pessoa humana

Seguindo o mesmo autor supracitado (Schulze, 2013), a dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a proteção aos sujeitos de direitos e encontra assento constitucional nos arts. 1º, 5º, § 3º, art,109, §5º.

A dignidade da pessoa humana é algo difícil de conceituar e precisar, assim nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 363):

[...] uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos da definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizados por sua “ambiguidade e porosidade” assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à opção de dignidade humana. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michel Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

2.6 DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.6.1 Do direito à vida

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, *caput*, assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, sendo esta uma garantia essencial, já que o exercício de qualquer outro direito

pressupõe a existência, ou seja, sem vida não há o que se falar em direitos fundamentais.

Nas palavras de André Ramos Tavares o direito à vida é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado, consoante Tavares (2015).

Para Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 257),

[...] a vida preservada e encarecida pelo constituinte há de ser toda a vida humana. Não é ocioso ressaltar que somente há vida humana em seres humanos; onde não há vida não há mais ser humano – assertiva que se completa com a noção necessária de que onde há ser humano, há vida. O direito à vida cola-se ao ser humano, desde que este surge até o momento da sua morte. Trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar à sua existência mesma.

3 DO DIREITO À SAÚDE

3.1 Considerações gerais

O direito à saúde é um direito de todos, constituindo um dever do Estado a sua efetivação (art. 196 da CF), de acordo com Tavares (2015).

Nas palavras de Júlio César de Sá Rocha (2011), a conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Para a boliviana Ana Maria Maldonado Canedo (2006, p. 105) em seu livro sobre Direitos Humanos e Políticas de Saúde na Bolívia, dentre as obrigações do Estado ela cita a gratuidade do fornecimento do serviço à saúde:

La salud es un bienpreciado y um derecho humano, por tanto el Estado y el gobiernodebencumplir com su responsabilidad de velar por losderechos humanos de sus ciudadanosofreciendoserviciosgratuitos de promoción, prevención, curación y rehabilitación de lasalud, para toda lapoblación, curación y rehabilitación de salud, para toda lapoblaciónsindistinaciónalguna.

José Afonso da Silva (2009, p. 308) ressalta:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

3.1.1 A garantia do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional

A Constituição Federal de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde.

O Ministro Gilmar Mendes (2013, p.643/644), reforça os direitos fundamentais previstos no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, onde ele examina cada um de seus elementos, como “direito de todos” e “dever do Estado” garantido mediante “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos” regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

[...] “direito de todos”: é possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art.196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. 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.

“dever do Estado”: o dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

“garantido mediante políticas sociais e econômicas”: a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés pragmático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

“políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”: tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo art. 198, II, da Constituição.

“políticas que visem ao acesso universal e igualitário”: o constituinte estabeleceu um Sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei n. 8.080/90).

“ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: os problemas de eficácia social do direito fundamental à saúde devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas já existentes do que à falta de legislação específica. Ou seja, o problema não é de inexistência, mas sim de execução. Das políticas públicas pelos entes federados.

O legislador no artigo 197 da Carta Magna, expressamente declara que as ações e serviços de saúde são considerados “de relevância pública”. Essas ações estão dispostas no artigo 200 do mesmo diploma, prevendo e disciplinando atuações nessa seara, conforme Tavares (2015).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 1):

O direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tomando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

Gilmar Ferreira Mendes (2014) ainda reforça que nos termos do texto constitucional, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um Sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade (art. 198).

Vejamos ainda em sentido literal o que dispõe o artigo 200 da Constituição Federal de 1988:

Compete ao Sistema Único de Saúde – SUS, entre outras atribuições:

- I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III – ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde;
- IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Conclui ele que, vê-se além de determinar a instituição de um sistema único e integrado de saúde, o constituinte definiu, de forma ampla, as atribuições. No plano infraconstitucional, o modelo está disciplinado pelas Leis Federais n. 8.142/90 e 8.080/90.

3.1.2 O Sistema Único de Saúde e as leis n. 8.080/90 e 8.142/90

A lei n. 8.080 entrou em vigor no dia 10 de setembro de 1990 e dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

A referida lei trata a saúde de uma forma mais abrangente, aponta para a integralidade dos esforços federativos, tanto no âmbito político como no contexto técnico, mobilizando a sociedade e o Estado para que busquem a construção de várias políticas sociais interligadas e interdependentes, no sentido de alcançar qualidade não apenas em saúde, mas também em moradia, pleno emprego, lazer, educação de qualidade, transporte coletivo adequado, ou em única expressão, organização social e econômica eficiente, e com objetivos definidos. Esses elementos precisam ser efetivados para que se possa garantir saúde.

Conforme menciona o artigo 3º da Lei:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

A lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulou a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Essa lei dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Vigorando em todo o território nacional, para qualquer ação ou serviço de saúde realizado por pessoas ou empresas, conforme leciona Piovesan (2013).

Em 1993 foram criadas as Comissões Intergestores por meio de portarias do Ministério da Saúde, divididas em Comissão Intergestores Tripartite, composta paritariamente por representantes do Ministério da Saúde, da entidade de representação de conjunto dos secretários municipais de saúde; e a Comissão de Intergestores Bipartite, composta paritariamente por representantes da Secretaria Estadual de Saúde e da entidade de representação do conjunto dos secretários de saúde de cada estado, consoante Carlini (2014).

3.2 DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

O cidadão possui direito ao mínimo existencial, ao conjunto de bens indispensáveis para satisfação dos seus direitos fundamentais primários. Trata-se de princípio constitucional implícito que configura o núcleo dos direitos fundamentais.

O conjunto das prestações que envolvem o mínimo existencial pressupõe, portanto, ao menos: renda mínima, saúde, moradia e educação fundamental, conforme Schulze (2013).

Angélica Carlini (2014) diz que, a vida de uma pessoa não se resume ao direito de existir. Ao contrário, exige condições mínimas sem as quais é até difícil separar o homem do animal. Essas condições, evidentemente, se referem à alimentação adequada, a lugar minimamente decente para morar mas, principalmente, ao direito de exercer escolhas a partir do resultado econômico do seu trabalho ou do empreendimento e com essas escolhas modificar as condições de vida para melhor.

Essas opções devem ser fornecidas pelo Estado a partir do uso racional e correto dos recursos públicos, competindo-lhe fornecer saúde, educação, acesso a crédito para aquisição de moradia, formação profissional que permita a inserção no mundo do trabalho e, se o indivíduo se encontra em situação de avultada vulnerabilidade, cabe ao Estado fornecer a alimentação e cuidados necessários para que ele não sucumba, conforme Carlini (2014).

No tocante à reserva do possível foi uma prática jurídica alemã importada e perfeitamente adequada à realidade brasileira a partir da década de 1990, sendo invocada como um limite fático e intransponível diante de uma alegada escassez de recursos, consoante delimitado pela Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

De acordo com o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Violar-se-ia, portanto, o mínimo existencial quando da omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, onde não há espaço de discricionariedade para o gestor público, conforme Fernando Gomes Correia Lima e Viviane Carvalho de Melo (2011).

Ana Paula Barcellos (2011) identifica a expressão reserva do possível como a identificação do fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante

das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.

De acordo com Fernando Borges Mânica (2011), a teoria da reserva do possível, não se refere somente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Isso significa que além de alegar a inviolabilidade da prestação na previsão orçamentária, deve-se comprovar efetivamente essa impossibilidade e verificar o quanto a demanda é razoável, a prática. Assinala ainda que, a reserva do possível deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de um direito social, ou seja, as pretensões devem ser analisadas pelo Poder Judiciário mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade.

A aplicação da reserva do possível parece ser justa e necessária frente às decisões judiciais que não observam e não respeitam a Lei de Responsabilidade Fiscal. Há que se observar um equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível, de acordo com a Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.3.1 Considerações gerais

A judicialização da saúde refere-se à busca do Judiciário como a última alternativa para obtenção do medicamento ou tratamento ora negado pelo SUS, seja por falta de previsão na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), seja por questões orçamentárias. É reflexo de um sistema de saúde deficitário, que não consegue concretizar a contento a proteção desse direito fundamental. Porém, a expansão da judicialização tem preocupado gestores e juristas, pois, sem critérios, pode conduzir a um desequilíbrio do orçamento, prejudicando políticas públicas já avançadas, conforme Liliane Coelho da Silva (2013);

A progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez com que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo das instituições jurídicas para sua efetivação. A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais

como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado desse processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde, de acordo com dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça (2015).

Ainda preocupado com as frequentes e crescentes demandas o Conselho Nacional de Justiça (2010, p. 1) publicou a recomendação n. 31, da qual buscou direcionar e orientar os tribunais e magistrados em ações pleiteadas no ramo da saúde. Para o presente estudo é relevante transcrever tal recomendação:

O CNJ publicou a Recomendação n. 31 que, considerando o volume processual de centenas de milhares de processos em saúde, teve como objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública. A exposição de motivos da Recomendação elenca a razão de sua aprovação e publicação:

- o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;
- a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;
- os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei n. 6.360/1976 c/c a Lei n. 9.782/1999, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;
- as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.

No mesmo ano, 2010, o CNJ publicou ainda a resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário (FNJ) para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Entre suas atribuições, o FNJ deve elaborar estudos e propor medidas concretas para o aperfeiçoamento, reforço e efetividade dos processos judiciais, além de refletir sobre a prevenção de novos conflitos em matéria de saúde. A resolução ainda prevê a possibilidade de os tribunais realizarem termos de cooperação técnica com órgãos ou entidades públicas ou privadas para o

cumprimento das atribuições.

Ainda sobre as Resoluções do CNJ na seara da saúde foi publicada em 2011 a Recomendação n.36, inspirada na Recomendação n.31 de 2010, trouxe regramentos específicos para o julgamento de demandas envolvendo a saúde suplementar. Desse modo, ao estabelecer a importância de se oficializar a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a necessidade de se incluir representantes das operadoras de planos de saúde nos Comitês Estaduais de Saúde, o CNJ deu mais um passo na coordenação de estratégias judiciais para o tema., de acordo com informações obtidas do Conselho Nacional de Justiça (2015).

Complementando ainda, o plenário do CNJ aprovou, por unanimidade, recomendação aos Tribunais dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais para especialização de varas para processar e julgar processos cujo objetivo seja tema de saúde pública. Considerando o alto número de lides sobre saúde em tramitação no judiciário brasileiro, e diante do fundamental direito à saúde e do dever do Estado de concretizar esse direito com políticas públicas adequadas, além da especialização o objetivo é priorizar os julgamentos de processos envolvendo demandas em saúde, consoante Schulze (2013).

3.3.2 Finanças públicas e a judicialização da saúde

O planejamento estatal como um todo é condicionado pelas normas das Leis Orçamentárias, determinando receitas e despesas necessárias ao funcionamento do Estado.

No Brasil, o marco normativo do orçamento público encontra-se originalmente na Lei 4.320/64, editada como lei ordinária e recepcionada na Constituição Federal de 1988 como lei complementar. Somente após 1988 é que a estrutura orçamentária adquiriu sua plenitude, por meio do processo de reforma do Estado brasileiro que marcou a década de 1990, em especial a série de inovações introduzidas no planejamento e orçamento público, que acabaram por contribuir para a cumplicidade entre processo orçamentário e o planejamento, conforme Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

Na área da saúde as diretrizes são as mesmas como nos ensina Áquilas Mendes, citado por Fábio Ferreira Mazza (2015, p. 4):

[...] o gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado. É importante assinalar que nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. Para tanto, é importante que se resgate o planejamento como primeira função da gestão orçamentário-financeira.

Em relação ao judiciário, os juízes não observam e não consideram muitas vezes, as políticas que envolvem o direito à saúde. Ficam restritos somente a uma leitura do ordenamento jurídico sem observarem o planejamento orçamentário conforme estabelece a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal, inviabilizando desta forma a sustentabilidade financeira da política de saúde; devido à incompatibilidade entre a decisão do Poder Judiciário e o campo normativo das finanças públicas – exigência a ser cumprida pelo Poder Executivo, conforme Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

É importante ainda mencionar, que ocorrem impactos orçamentários gerados com a realocação de recursos para que as decisões judiciais sejam cumpridas, prejudicando assim quem se beneficiaria destes recursos e também as políticas públicas da pasta da saúde e, até mesmo, de outras pastas, de acordo com a Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

Ainda sobre este tema, nos diz Daniel Wang, citado por Fábio Ferreira Mazza (2015, p. 5):

Além do mais, é preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. Luiz Roberto Barradas Barata, então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo em 2005, afirmou que a geração de gastos não previstos no orçamento, pelo Poder Judiciário, obrigava-o a, entre outras coisas, deixar de incrementar o Programa de Saúde da Família, uma política voltada para atenção básica da população mais carente. Ainda que essa afirmação seja de difícil comprovação, não é irrazoável afirmar que a grande quantidade de recursos da saúde gasta para cumprir as decisões judiciais não podendo ser alocada sem afetar outras políticas de saúde que, por sua vez, também protegem o que seria o mínimo existencial de outros cidadãos.

Segundo estudos da Universidade de Harvard, a judicialização apenas seria potencialmente proveitosa se servisse para melhorar de forma geral as condições precárias em que os menos favorecidos são tratados, sem que para isso fosse preciso desviar recursos de outros programas importantes, indispensáveis exatamente à população mais carente. Do contrário, as demandas judiciais

produziriam – como de fato produzem –, no máximo, um efeito neutro, conforme explicita Carlos Henrique dos Santos de Alencastro (2014).

3.3.3 O impacto das demandas judiciais individuais em relação à coletividade

Certa feita, o presente trabalho de pesquisa, visa entre outras consequências, verificar qual o impacto das decisões individuais de alto custo em relação à prestação dos serviços de saúde aos demais indivíduos. Deste modo, seguimos.

Em nome do princípio da igualdade, o Estado deveria obrigar-se a dar o mesmo tratamento a todos os cidadãos, e não favorecer este ou aquele caso, pois ao assim agir pode causar um rápido esgotamento dos recursos destinados à proteção e a promoção da saúde de todos, colocando em risco o direito à saúde e o direito à vida de muitas pessoas, consoante delimita a Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

A violação geral do direito à saúde pode reconduzir-se ou reformular-se, através da articulação de uma ação particular, encabeçada por um titular individual, que alegue uma violação produzida pela falta de produção de uma vacina ou pela negação de um serviço médico de que dependa a vida ou a saúde desta pessoa. Poder-se-ia assinalar que se a violação afeta a um grupo generalizado de pessoas, na situação denominada pelo direito processual contemporânea de *direitos ou interesses individuais homogêneos*, as decisões judiciais individuais constituiriam um sinal de alerta para os poderes políticos acerca de uma situação de não cumprimento generalizado de obrigações em matérias relevantes de política pública, conforme Abramovich (2011).

Para Clênio Jair Schulze e João Pedro Gebran Neto (2013), as decisões judiciais que atendem interesses individuais acabam por criar políticas públicas em favor de poucos, interferindo por vezes na ordem na fila de atendimento, em internações, cirurgias, ou mesmo obrigando ao fornecimento daquilo que o Estado não tinha se comprometido.

Para Gilmar Mendes (2013) o Estado tem que dispor de um determinado valor para custear todo o aparato necessário a garantir a liberdade de todos os cidadãos, mas que, no caso do direito à saúde, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com

uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff a partir de análise jurisprudencial de decisões do Supremo Tribunal Federal, chegaram as seguintes indagações, das quais os mesmos buscam responder:

Seria o direito à saúde uma norma programática? Veicularia direitos passíveis de subsunção ao Poder Judiciário visando a obtenção de prestações individualizadas de saúde?

Volta-se à questão da justiça distributiva e o papel do Poder Judiciário, observada sua atuação pelo prisma dos interesses difusos. O Poder Judiciário como regra geral pratica justiça comutativa e não distributiva, no sentido de que faz microjustiça, e não macrojustiça, esta a cargo dos demais poderes.

Isto não implica afirmar que o direito à saúde cumpra uma função meramente programática, sem efetividade e que não pode ter sua atuação submetida ao Judiciário. Pode, obviamente, mas seu melhor uso não é para a obtenção de direitos individuais ou para determinado grupo de pessoas. O foco da implementação do direito à saúde tem que ser na formulação das políticas públicas de saúde, e não em sua busca individualizada de medicamentos ou de outras ações de correlatas, conforme Nunes (2011).

É nítido que a Constituição determina um direito à saúde (art.196) através de políticas sociais e econômicas. Porém, a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma política pública. Aprisiona-se o interesse social e concede-se relace ao direito individual. Ao invés de haver um financiamento público dos direitos sociais passa-se a haver um financiamento público da saúde do indivíduo "X", por ordem judicial. Verbas públicas são utilizadas para custeio de planos de saúde individuais estabelecidos por decisões judiciais, de acordo com Nunes (2011).

As observações levantadas nesse capítulo, nos remete à análise de como são feitas as decisões judiciais, quais critérios são utilizados e como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo quanto a questão.

Passamos então a um novo capítulo.

4 DAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1 CRITÉRIOS PARA AS DECISÕES JUDICIAIS NAS DEMANDAS DE SAÚDE

É importante abordar os critérios que os juízes do Brasil precisam observar para proferir uma decisão judicial sobre direito à saúde (principalmente nos casos de alto impacto para o gestor, em que o objeto do conflito, por exemplo, reside em internação compulsória, concessão de tratamentos, medicamentos ou tecnologias ainda não incorporados, entre outros), a fim de evitar excessos constitucionais.

Além das medidas tomadas pelo CNJ, elencadas no item 3.3.1 deste estudo, em maio de 2014 o Conselho Nacional de Justiça promoveu sua I Jornada de Direito da Saúde com a finalidade de reunir autoridades das áreas da saúde e do direito para debater os principais temas relacionados à judicialização da saúde e, principalmente, produzir e aprovar enunciados interpretativos voltados à uniformização de entendimentos e auxiliar as decisões dos agentes de saúde e dos interesses do Sistema de saúde.

A Jornada foi organizada com base em três eixos temáticos: saúde pública, saúde suplementar e biodireito. E o resultado foi a aprovação de quarenta e cinco enunciados.

Vários são os temas de saúde pública enfrentados cotidianamente pelo Poder Judiciário, uma preocupação apresentada na Jornada foi relacionada aos procedimentos e à segurança das tecnologias postuladas na via judicial. No que cabe ao presente estudo, vale salientar os seguintes enunciados, conforme pondera Schulze (2013, p. 87/89):

Enunciado 3 – antes da judicialização, recomenda-se a verificação de disponibilidade do atendimento na via administrativa;

Enunciado 4 – esgotamento dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS ou demonstração da sua inviabilidade diante do quadro clínico do paciente;

Enunciado 8 – necessidade de observância das regras administrativas de repartição de competência entre gestores;

Enunciado 13 – oitiva do gestor previamente à decisão judicial de fornecimento de medicamento, tratamento ou produto;

Enunciado 16 – é do autor do processo o ônus de provar a ausência de evidência científica, inefetividade ou impropriedade dos tratamentos do SUS.

4.2 LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AS DEMANDAS LIGADAS À SAÚDE

O judiciário tem avançado na análise do conteúdo e da extensão do direito à saúde.

Segundo dados de 2014 existem em tramitação no judiciário cerca de 100 milhões de processos, desse total, aproximadamente meio milhão são referentes à processos na área da saúde.

É preciso deixar claro quais são os limites e, principalmente, quais são os parâmetros para a atuação do Poder Judiciário em relação ao direito à saúde, consoante Schulze (2013).

A Audiência Pública da Saúde ocorrida no ano de 2009 resultou na elaboração da Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual recomenda aos Tribunais a adoção de medidas para subsidiar os magistrados, a fim de garantir maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, como, por exemplo, apoio técnico na aplicação dos fundamentos decisórios, que resulta diretamente em um melhor entendimento, embasamento, e conhecimento técnico na aplicação dos fundamentos decisórios; o que resulta diretamente em uma melhor aplicação e respeito à política pública de saúde planejada, conforme Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

Nesse mesmo viés é cabível citar o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 368564 no ano de 2011 na demanda para custeio de tratamento médico no exterior, onde ele se posiciona a favor do orçamento público e da coletividade, ressaltando que o custeio do tratamento pleiteado prejudicaria o tratamento de outros tantos e que existe dificuldade por parte do judiciário ao tratar de políticas públicas por não possuir instrumentos adequados para intervir na realidade concreta. O Judiciário, ao assim agir, ofende o princípio da igualdade e não leva em consideração o acesso universal decorrente da interpretação do Art. 196 da Constituição Federal de 1988. Por fim, o Ministro salienta que o STF não pode definir a maneira com a qual a Administração deve distribuir os recursos orçamentários, mas sim garantir que sejam distribuídos dentro dos parâmetros legais, de acordo com a Revista Brasileira de Direito da Saúde (2013).

Ana Paula Barcellos (2011, p. 176) tem posicionamento semelhante em relação a decisões que devem priorizar a coletividade, seguem suas palavras:

[...] a prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo deveria poder ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação, pois o conteúdo do mínimo existencial é dado por prestações em relação às quais seja factível afirmar que todos os indivíduos têm direito, e não apenas aqueles que vão ao judiciário. Se a decisão judicial que concede determinado bem ou serviço não pode ser razoavelmente universalizada, acaba-se por consagrar uma distribuição no mínimo pouco democrática dos bens públicos: todos custeiam – sem que tenham decidido fazê-lo – determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável. Repita-se que no caso do mínimo existencial, diferentemente, há sim uma posição política fundamental – constitucional -, pela qual toda a sociedade se comprometeu a custeá-lo para assegurar a dignidade de todos os homens, ao menos em patamares mínimos. (...)ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial.

Diante do explanado, passamos à análise jurisprudencial.

4.2.1 Análise jurisprudencial das demandas na área da saúde no que diz respeito ao alto custo nos Tribunais Regionais Federais

Com o intuito de minimamente conhecer como vem sendo proferidas decisões em relação a procedimentos de alto custo, no presente trabalho não poderia deixar de constar análise jurisprudencial no que diz respeito a demandas para realização de procedimentos no exterior, que apresentam valores expressivos ao erário.

A pesquisa foi realizada via portal de todos os Tribunais Regionais Federais constantes no País, por meio das palavras-chave: saúde, transplante multivisceral, alto custo, no período de 10/08/2011 à 10/08/2016. A escolha específica pelos Tribunais Federais tem a intenção de selecionar com maior precisão as decisões tomadas recentemente das quais foram localizadas dez decisões, sendo seis à favor da União e quatro contra. Dentre eles algumas citadas abaixo.

Passemos à análise de cada Tribunal.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região que compreende as seções judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

Nessa região foram encontradas três decisões monocráticas sendo uma à favor da União e duas contra.

São elas a Decisão Monocrática por Agravo de Instrumento interposto pela

União, com processo de número 0000638-09.2016.4.01.0000, onde a decisão proferida desconhece o recurso interposto pela União, sob a justificativa que o procedimento de transplante multivisceral poderia ser realizada no País, entretanto na própria decisão constam elementos probatórios apresentados pela ANVISA de que tal procedimento não pode ser realizado com segurança em território nacional.

Como pode-se notar em trechos da decisão:

[...] determinar à União que:

"1) que custeie tudo o que for necessário para que o autor seja submetido à cirurgia de transplante intestinal/multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical, situado em Miami, nos Estados Unidos da América, durante o tempo em que se fizer necessário, inclusive, com tratamento home care que a equipe médica daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte americana de transplante, bem como os seus critérios de aceitação e espera;

2) que providencie às suas expensas todas as diligências administrativas necessárias para a remoção da criança ao exterior, acompanhada de seus genitores, bem como da manutenção de toda família (criança, pai e mãe) naquele país, durante o tempo necessário para realização do tratamento. Registre-se que a remoção, via aérea, com partida de Belo Horizonte/MG, deve se dar em aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o seu traslado, conforme recomendação médica específica, sem prejuízo da remoção terrestre até o aeroporto, aeroporto-hospital, também de forma segura.

3) que auxilie o autor e seus genitores, junto ao Departamento de Polícia Federal, nos procedimentos relativos à expedição dos passaportes de emergência, nos termos do art. 14 do Decreto 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, haja vista a condição de pobreza da família, bem como quanto à obtenção do visto americano, inclusive, solicitando urgência em virtude da gravidade da situação de saúde do autor, valendo-se de seu serviço diplomático, se for o caso.

4) que providencie todos os depósitos em dinheiro que forem sendo exigidos pelo hospital norte americano, bem ainda a adequada instalação da família (autor e seus genitores), com fornecimento de residência próxima ao hospital ou local de tratamento ou, se possível, em alojamento dentro do próprio complexo hospitalar, englobando ainda todos os gastos necessários à manutenção do autor e seus genitores no país estrangeiro, durante o período necessário à realização de todo o tratamento, sempre respeitando as orientações médicas dadas"

Em 11 de abril corrente, a União Federal veiculou petição, noticiando que, atualmente, existem 03 (três) renomadas instituições autorizadas pelo Ministério da Saúde (Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo - HC/USP, Hospital Israelita Albert Einstein e Hospital Sírio Libanês, que estariam aptas à realização do procedimento de transplante descrito nos autos, destacando que essa última instituição possuiria "equipe especializada (com treinamento no próprio hospital para onde se pleiteia a transferência da paciente e a realização do transplante) o Hospital Sírio Libanês é o hospital que possui a qualificação técnica e experiência para fornecer o melhor tratamento para a paciente em questão, por tratar-se de paciente pediátrica de baixo peso. Reitera, assim, "o pedido de antecipação da tutela recursal para que seja suspendida (sic) a decisão agravada em virtude da possibilidade de tratamento no Brasil, conforme ora noticiado".

*** O pedido recentemente formulado pela União Federal, no sentido de reiterar o pedido de antecipação da tutela recursal por ela veiculado na inicial, sequer merece ser conhecido, tendo em vista que, conforme já

narrado, tal pleito já foi apreciado, e indeferido, por decisão datada de 11 de janeiro de 2016, pelo eminente Juiz Federal convocado Carlos Eduardo Castro Martins, em substituição a esta Relatoria.

A todo modo, impende consignar que a matéria ventilada na petição em referência, no sentido de que, no Brasil, haveria entidades hospitalares habilitadas a realizar o procedimento cirúrgico descrito nos autos, sequer fora objeto de exame na decisão agravada, a inviabilizar o seu conhecimento no bojo deste agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância.

Com efeito, ao proferir o decisum aqui impugnado, amparou-se o juízo monocrático na premissa de que a realização do aludido procedimento não estaria disponível na rede hospitalar brasileira, conforme se extrai dos seguintes trechos:

"(...) Está demonstrado, igualmente, que o tratamento médico almejado não é experimental e não é fornecido no Brasil em vista das condições clínicas da parte autora, bem como das limitações da medicina brasileira.

Ressalte-se, inclusive, que a própria União, por meio de nota técnica (nº 14556/2015/CONJURMS/CGU/AGU), já se manifestou no sentido da necessidade de se celebrar acordo internacional para realização do procedimento cirúrgico pretendido, estabelecendo uma parceria internacional, que envolverá o Ministério da Saúde e o Hospital de Miami, bem como a Fundação Favalaro, de Buenos Aires-Argentina, de excelência equivalente (...)"

Assim posta a questão e desde que, conforme sustenta a recorrente, o Brasil, por intermédio das instituições hospitalares descritos na referida petição, passou a realizar o sobrealudido procedimento cirúrgico, essa nova situação fática haverá de ser submetida à deliberação do juízo monocrático, observado o devido processo legal.

Não conheço, assim, do pedido em referência.

Outra Decisão Monocrática é em relação ao pedido de suspensão de liminar em referência ao processo de numeração 0002124-15.2005.4.01.0000 onde a União contesta a presente decisão alegando que apenas as custas do procedimento, no valor de U\$ 275,000,000,00 (duzentos e setenta e cinco mil dólares) por si já causaria sérios danos aos cofres públicos e aos interesses da coletividade, o juízo negou o referido pedido solicitando à União prova inequívoca e cabal de que tal procedimento possa causar prejuízos aos cofres públicos. Segue trecho da decisão:

[...] grave lesão à saúde pública, vez que o art. 196 da Constituição Federal assegura o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, daí decorrendo a inexistência de direito subjetivo do administrado pretender obter gratuitamente determinado serviço. Sustenta, por fim, impacto de ordem econômico-financeira, pois, apenas para a cirurgia, está prevista a quantia de U\$ 275.000 (duzentos e setenta e cinco mil dólares), além de outras despesas relacionadas, trazendo sérios prejuízos à economia e às políticas de saúde (...) Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a

intenção do legislador, mormente perante preceitos. Não fora isso, o argumento de que a quantia prevista para a realização da cirurgia, além de outras despesas, pode acarretar sérios prejuízos à economia e às políticas de saúde não restou comprovado pela Requerente quando, para o deferimento da suspensão dos efeitos da liminar, é necessário a demonstração inequívoca da possível violação aos bens protegidos pelo art. 4º da Lei 4.348/1964. "Portanto, verifica-se que, para suspensão da liminar ou da sentença, o pedido deverá ser feito com prova inequívoca de que esses valores encontram-se fortemente ameaçados. Não bastará, como é óbvio, a mera alegação. Far-se-a mister, sem sombra de qualquer dúvida, a demonstração cabal da possível violação a esses valores." Pelo exposto, indefiro o pedido de suspensão da liminar.

E por fim, a decisão do presente tribunal que se manifesta temporariamente a favor da União, processo número 0002459-48.2016.4.01.0000 onde o juízo concede à União o prazo de dois dias para que demonstre através de prova inequívoca que o procedimento possa ser realizado no Brasil sem prejuízos, segue trecho da decisão:

[...] jurisprudência, portanto, para admitir a atuação excepcional do Judiciário no fornecimento de medicamento ou tratamento de alto custo considera necessária a presença dos seguintes requisitos: a) a parte autora precisa demonstrar que não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado; b) tem que se demonstrar a inexistência de outro medicamento fornecido pelo SUS para a doença que a acomete; c) que o tratamento não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF e d) que o Poder Público não comprovou a impossibilidade de arcar com os custos do medicamento, aí incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais.

Nesse sentido, não parece estar presente, no caso concreto, a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário. Embora tenha ficado demonstrado que a parte autora não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado e que a terapêutica não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF, a União afirma que existe tratamento disponibilizado no Brasil para a doença que acomete a parte autora a um custo menor do que o valor de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos) estimado pela agravada (fls. 69 dos autos digitais).

De fato, no caso presente, pretende-se tratamento no exterior, não estando claro, inclusive, as condições, qualificação e eficácia do tratamento. Nada obstante, existe notícia nos autos de que há tratamento similar no Brasil, em centros hospitalares de excelência (cito):

"(...) Cabe destacar, também, que existe fluxo definido no Ministério da Saúde para o atendimento desses pacientes, sendo que existem:

- 15 (quinze) pacientes, com patologias similares ao do paciente/autor, em acompanhamento no Hospital Albert Einstein, sendo que destes, 6 (seis) possuem indicação para transplante multivisceral ou intestino isolado.

- aproximadamente 14 (catorze) pacientes no HC/USP participando do programa de reabilitação intestinal, sendo que deste, 4 (quatro) possuem indicação para transplante..." (fls. 98 e 101 dos autos digitais)

Além disso, há informações nos autos de que a paciente ainda não alcançou peso suficiente para a realização da cirurgia.

Acresça-se o fato de que, em audiência em meu gabinete, o representante da Advocacia Geral da União - AGU trouxe a informação de que o mesmo tratamento já pode ser realizado em outro centro de máxima excelência hospitalar em nosso país, no caso, o Hospital Sírio-Libanês em São Paulo/SP. Além do mais, a realização da cirurgia, obviamente, tem o caráter de irreversibilidade, exigindo do Judiciário máxima precaução de ordem a garantir, certificando-se da necessidade do tratamento, tanto os interesses da paciente quanto os interesses da sociedade, que não pode, ante a escassez orçamentária, aplicar recursos tão vultosos quando não se tenha absoluta certeza da necessidade do procedimento requerido. Isso posto, suspendo, por ora, a decisão agravada, determinando à União Federal que traga prova inequívoca de que o tratamento pode ser realizado em nosso território. Ante a urgência, concedo o prazo de 2 (dois) dias para a manifestação da União, após o que poderei reanalisar o seu pedido. Intime-se a União, com urgência.

Quanto ao Tribunal Federal da 2ª Região que abrange os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo foram encontradas duas decisões, sendo elas a favor da União.

O processo de número 0010086-13.2015.4.02.0000 trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela União em face de decisão proferida determinando o custeio para a realização do procedimento de transplante multivisceral nos Estados Unidos, o referido juízo julga procedente o pedido, ressaltando que as custas que ultrapassam um milhão de reais sem estimativa precisa de custos finais, ressalta que tal valor é expressivo e compromete o orçamento público. Segue trecho da decisão:

[...] Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, alvejando decisão que, nos autos de ação de rito ordinário, deferiu parcialmente "a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional de mérito para determinar que a União Federal providencie e custeie de forma integral, tudo o que for necessário para que a Autora seja submetida à cirurgia de transplante de intestino e aos respectivos tratamentos de que necessite junto ao hospital Jackson Memorial Medical situado em Miami, estado da Flórida, Estados Unidos da América (...)

(...) "tal procedimento cirúrgico, inicialmente, alcançaria o expressivo montante de um milhão de reais, circunstância que não pode ser deixada de lado ante os limites orçamentários aos quais a Administração Pública deve respeito", e que "a decisão agravada, contendo o comando para que a recorrida seja submetida, imediatamente, à cirurgia em tela, configura medida dotada de caráter de irreversibilidade, no tocante ao custeio de todo o tratamento pelo ente federativo recorrente".

- Recurso provido, revogando-se a decisão agravada.

A segunda decisão a respeito do assunto em processo de numeração 00888347920154025102 afasta a União ao pagamento das custas, é pertinente destacar trecho da decisão:

[...] 1- A efetivação do direito constitucional à saúde é limitada ao alcance das ações e serviços públicos implementados pelo Estado dentro do chamado "sistema único", no qual não estão inseridos tratamentos disponibilizados fora do território nacional.

2-Uma vez afastada a possibilidade de se condenar a União Federal a custear transplante multivisceral em hospital localizado no exterior, e tendo a parte agravante, expressamente, manifestado o seu desinteresse em se submeter ao referido procedimento no território nacional, não há falar em interesse jurídico na obtenção de informação acerca do custo médio no Brasil de tal operação.

3- Agravado de Instrumento desprovido.

Quanto à pesquisa no site do Tribunal Regional Federal da 3ª região, pelas palavras-chave utilizadas a localização do assunto não foi possível.

No Tribunal Regional Federal da 4ª região que abrange os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, as palavras-chave foram adaptadas para melhor análise, sendo utilizadas, transplante-multivisceral-alto custo. Sendo localizada uma decisão de numeração 5027853-90.2013.404.000, sendo negado a liberação do procedimento com custeio da União no hospital de Miami, o juízo acatou a alegação da União de que o mesmo procedimento pode ser realizado no Brasil.

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região não foram encontrados julgados nesse sentido com as palavras utilizadas.

No total foram encontradas dez decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, relacionadas a procedimento de alto custo no exterior, conforme mencionado anteriormente, a escolha pelos Tribunais Regionais Federais teve como intuito a busca mais seletiva das demandas, sendo que das dez decisões encontradas seis foram a favor da União, sob a fundamentação de que o Estado tem o dever de fornecer a assistência e tratamento à saúde, mas sem comprometer o orçamento público e conseqüentemente a prestação dos serviços de saúde. Em todas as decisões pode-se observar a citação do direito constitucional à saúde determinado pelo artigo 196 da Constituição Federal e uma certa cautela ao liberar um procedimento tão oneroso aos cofres públicos. A maioria das decisões é embasada no impacto aos cofres públicos e ao afetamento da coletividade em favor da prestação a um indivíduo.

Como o objeto do presente trabalho é a busca por entender como as decisões judiciais em relação a procedimentos de alto custo vem sendo proferidas, não pode-se deixar de mencionar a discussão atual sobre o tema, que está em

pauta no Supremo Tribunal Federal onde deverá definir alternativas para remédios de alto custo.

Em matéria veiculada no site da Folha de São Paulo no dia 28/09/2016 (2016, p. 1), iniciou-se a votação dos critérios para a liberação de medicamentos de alto custo não constantes na lista do Sistema Único de Saúde, entretanto, foi suspenso após pedido de vistas. Como podemos observar em trechos selecionados da matéria.

[...] em nova etapa do julgamento que avalia se os governos devem ser obrigados a dar remédios de alto custo fora da lista do SUS e sem registro no Brasil, três ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) defenderam a possibilidade de medicamentos avalizados apenas fora do país serem fornecidos a pacientes, mas em caráter de exceção.

O julgamento no STF é um marco na discussão sobre a judicialização da saúde. Estados esperam um freio nos processos, devido ao impacto nas contas públicas para atender demandas individuais. Já pacientes esperam a ampliação do acesso a medicamentos. Embora avalie, de modo geral, que os governos não podem ser obrigados a disponibilizar remédios fora da lista do SUS, o ministro Luís Roberto Barroso defendeu exceções, com base em cinco critérios: 1) a comprovação de que o paciente não tem como arcar com os custos; 2) que o medicamento não tenha sido recusado em análise da comissão que avalia a oferta de remédio no SUS; 3) que não haja outra alternativa disponível; 4) que tenha segurança e eficácia comprovadas; 5) que o custeio seja feito pela União, e não só por Estados ou municípios. "Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente do seu custo e impacto financeiro, possam ser oferecidos a todas as pessoas", afirmou.

5 CONCLUSÃO

A saúde, bem como o direito a dispor dela, trata-se de um direito social com condição de direito fundamental, com previsão nos artigos 6º e 196 da Carta Magna de 1988. O mesmo diploma elevou o direito social à saúde como direito fundamental.

Não podemos falar profundamente do direito à saúde sem mencionar o direito à vida, preceito essencial, uma vez que, na ausência de vida, não há o que se falar em saúde. Sendo assim, o direito fundamental à vida está previsto no artigo 5º, da Carta Magna.

Os direitos fundamentais são bens indisponíveis, imprescritíveis, e insuscetíveis de alienação, tem a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana em todas as dimensões, sendo que o Estado possui a obrigatoriedade da prestação de serviços e políticas destinadas ao bem estar da saúde da população.

Além disso, os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração ou dimensão, consoante ao entendimento doutrinário.

A competência para proteção do direito à saúde encontra-se estabelecida no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo que Estado deve ser entendido como União, Estados membros e municípios. O artigo impõe a efetividade do direito à saúde, deve ser prestado através de políticas sociais e econômicas. Na sequência, o artigo 197 determina que, o Poder Público deve regulamentar, fiscalizar e controlar a execução dessas políticas. E por fim, o artigo 198 nos traz as diretrizes sobre o Sistema Único de Saúde.

Nesses moldes, foi instituída a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº. 8.080/90, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. A referida lei, além de reproduzir alguns dos artigos constitucionais que versam sobre o direito à saúde, também dispõe acerca da competência administrativa para a prestação do atendimento à saúde da população. Também foi instituída a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulou a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde.

Com as crescentes demandas em relação a busca por procedimentos e

medicamentos custeados pela União, na tentativa de suprir as omissões por parte do Estado na prestação ao direito constitucional à saúde, o CNJ em 2010, publicou a Recomendação n. 31 que, considerando o volume processual de centenas de milhares de processos em saúde, teve como objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública.

Conclui-se com a presente pesquisa, que as decisões judiciais no que se referem ao custeio pela União de procedimentos de alto custo ainda carecem de discussão e pesquisa, uma vez que hora todo ser humano é individualizado e dentro da sua individualidade surgem suas necessidades, que no caso da pesquisa diz respeito aos procedimentos de alto custo.

Pela jurisprudência analisada, pode-se perceber uma constante contrariedade, entre a afetação do orçamento público e o direito fundamental a saúde, tema aberto e complexo que atualmente vem sendo discutido no Supremo Tribunal Federal, se devem ser utilizados critérios, se sim quais deles, enfim, discute-se a vida financeira dos Estados perante a de seus entes tutelados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALENCASTRO, Henrique dos Santos de Alencastro. *A judicialização da saúde e seus impactos no Direito e no orçamento*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31774/a-judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-no-direito-e-no-orcamento#_ftnref2>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANEDO, Ana María Maldonado. *Derechos humanos y políticas de salud*. Mayo La Paz. Bolivia: Observatorio DESC Bolivia, 2006.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Relator muda voto e exige participação familiar no custeio de medicamentos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817677-relator-muda-voto-e-exige-participacao-familiar-no-custeio-de-tratamentos.shtml#>>. Acesso em: 29 set. 2016.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL. *Dados e experiências*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em> 15 ago. 2016.

JUNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. *Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 06 ago. 2016.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. *O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526>

:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46.%3E%20>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direito Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MAZZA, Fábio Ferreira. *A vinculação da judicialização do direito à saúde à lei de responsabilidade fiscal(LRF)*. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_20B.pdf . p.4-5>. Acesso em> 17 ago. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE. Ano III, nº 5 2013,

ROCHA, Julio César de Sá. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2007.

_____. *Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG_SARLET.pdf >. Acesso em: 08 ago. de 2016.

SCHULZE, Clenio Jair; NETO, João Pedro Gebran. *Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Liliane Coelho da. *Judicialização da Saúde: em busca de uma contenção saudável*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em: 15 ago. 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988.

_____. *Lei n. 8080/90, de 10 de Setembro de 1990*. Brasília, DF, 1990.

_____. *Lei n. 8.142/90, de 28 de Dezembro de 1990*. Brasília, DF, 1990.