



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO

Flora Silva Fernandes

Rio de Janeiro
2019

FLORA SILVA FERNANDES

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO

Artigo apresentado como exigência de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof.^a Mônica C. F. Areal

Prof.^a Neli L. C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO

Flora Silva Fernandes

Graduada pela faculdade de Direito Uni
La Salle do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo-o presente trabalho tem como objetivo analisar a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para assegurar o direito mais precioso que é a vida. Será analisada a atuação do Poder Judiciário para efetivar tais direito. Primeiramente, o referido artigo faz uma análise da saúde pública brasileira de forma ampla, destacando as características do SUS – Sistema único de Saúde- no Brasil, e os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988. Em seguida, será analisado de forma específica a necessidade da judicialização para assegurar direitos, devido a omissão estatal. Será destacado no decorrer do presente trabalho científico o desrespeito diário enfrentados pela população quando necessita do SUS. Será exposto que tal desrespeito vai além da falta vagas em unidades públicas, se estendendo a itens básicos como medicamentos e utensílios indispensáveis à realização de procedimentos. Por fim, será observada a relação entre o setor privado e o setor público, a solidariedade entre eles, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito à saúde. Direitos Sociais. Saúde Pública. Sistema Único de Saúde- SUS. Princípio da Dignidade Humana.

Sumário - Introdução. 1- A positivação da saúde pública na constituição. 2- Judicialização e ativismo judicial. 3- Intervenção do poder público nas políticas públicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa científica é refletir sobre a necessidade da judicialização como forma de assegurar direitos básicos a população. Sendo o principal objetivo demonstrar como o Judiciário atua além de sua competência, para assegurar tais direitos positivados na Constituição, e violados por parte Estado.

Devido a omissão por parte do Estado surge a obrigação da intervenção do Poder Judiciário, e conseqüentemente judicialização e a solidariedade estatal, cujo o principal objetivo é assegurar a população o direito a saúde efetivo, disponibilizando um tratamento adequado e digno, trazendo maior celeridade e eficiência para um momento tão delicado.

Em decorrência da solidariedade estatal, foram analisados em diversos julgados a atuação complementar por parte da rede privada.

Diante da omissão do Estado, inúmeras ações foram propostas fazendo com que os Tribunais Superiores se manifestassem sobre a referida temática.

O primeiro capítulo trata da Saúde como uma garantia fundamental, fazendo uma abordagem minuciosa do surgimento da saúde Pública no Brasil. Pode se observar que através da Constituição Federal de 1988 a saúde foi positivada de fato no ordenamento como um direito fundamental. Desta forma, o art. 196 da Constituição Federal positiva que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado que tem o dever de garanti-la seu acesso a todos.

No entanto, como notório de todos, a saúde no Brasil cada vez mais está em situação de calamidade pública, os hospitais públicos estão praticamente impossibilitados de fazer os atendimentos básicos devido à falta de utensílios básicos para primeiro atendimento. Quando as pessoas por sorte conseguem ser atendidas estão impossibilitadas de prosseguir no tratamento, pois não há medicamento disponível nas secretarias do Estado e do Município, o que acaba acarretando uma necessidade de judicializar a questão.

O segundo capítulo trata efetivamente do surgimento da judicialização e do ativismo judicial. Observa que o tema ganhou relevância devido a inércia, à omissão e à ausência de recursos por parte do Estado para satisfazer os direitos essenciais a dignidade da pessoa humana, surgiu a necessidade de o Judiciário se manifestar e intervir, cujo o grande objetivo foi assegurar a supremacia das normas constitucionais.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a solidariedade dos entes públicos e particulares, mostrando na prática como essa solidariedade ocorre.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elegeu um conjunto de posições hipotéticas (premissas) as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência- para sustentar a sua tese e analisar as recentes decisões da Corte Constitucional.

1. A POSITIVAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO

O Brasil, por ser um país com grandes dimensões e vasta desigualdade social e regional, gera um grande desequilíbrio na sociedade, o que tem afetado em demasia a educação sanitária da população. Registra-se que, há quatro décadas, houve uma reforma no sistema de saúde brasileiro que modificou, significativamente, a saúde no país.

Antes da mencionada reforma não havia o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. O que tinha era apenas o Ministério da Saúde. O referido Ministério, juntamente com os Estados e os municípios, promovia as ações de saúde e as estratégias adotadas para as prevenções das doenças, disponibilizando-as para toda a sociedade brasileira. Cabe destacar que aquela reforma não foi conduzida pelo Governo Federal, mas sim pela sociedade civil. Com a Constituição de 1988, houve a criação do SUS, que passou a ter o objetivo de ampliar o acesso da população à saúde, desenvolvendo a educação sanitária no Brasil. A Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 196¹ que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sendo um direito de estatura fundamental, de grande densidade e, por conseguinte, revelado como uma cláusula pétrea. Diante disso, podemos afirmar que o Estado brasileiro tem o dever Constitucional de garantir a saúde e o seu acesso para todos os indivíduos.

Observa que o art. 197, da CRFB/88² faz referência à regulamentação, à fiscalização e ao controle da saúde no Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento dos direitos humanos, sendo ele primordial para a criação dos outros princípios e de direitos. Vale destacar que este princípio está presente na Carta Magna, tendo ele lugar de destaque e já positivado em diversas constituições. A Constituição da República, em art. 1º, III, faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana.³

Além de positivada na Constituição da República Federativa Brasileira, a dignidade da pessoa humana também está prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 8º do título II:⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor inerente à pessoa, podendo ele ser espiritual ou moral, sendo esse direito estendido a todos independentemente de raça, religião, posição social, não podendo fazer distinção entre nenhum ser humano.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

² Ibidem. “ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

³ BRASIL. op. cit. nota 1.

⁴ BRASIL. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. “Art. 8º - Todos têm o direito de viver com dignidade. Parágrafo único - É dever do Estado, garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer, as atividades econômicas e a acessibilidade, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo. * (Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 51, de 06/12/2011) Art. 9º - O Estado. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 06 ago. 2019

Segundo Jorge de Miranda⁵, o princípio da dignidade humana “atua como “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais”.

Vale destacar ainda que o princípio da dignidade humana juntamente com a sociedade sofre uma modernização, não ficando desta forma ultrapassada. Assim, pode-se falar que esse princípio é primordial para garantir o acesso à saúde a todos de forma gratuita, tendo em vista que o principal foco desse princípio é a dignidade da vida humana, com base no referido princípio, todas as pessoas merecem ter um acesso à saúde de forma digna e respeitosa devendo este serviço básico ser oferecido pelo SUS.

Atualmente o sistema único de saúde é formado por prestadores de serviços, que podem ser instituições privadas prestadoras de serviço público. O SUS é dividido em três subsetores: (i) o subsetor público, onde os serviços são financiados pelo estado; (ii) o subsetor privado, onde a rede privada atua, podendo ou não ter fins lucrativos; e (iii) o subsetor complementar, em que temos os subsídios fiscais e os planos de saúde privados. Destaca-se que todo o financiamento do SUS é realizado por meio dos impostos e das contribuições sociais, que são pagos pelos cidadãos, arrecadados e destinados a seguridade social.

O SUS é regulado no Brasil pela Lei nº 8.080/90⁶, que estabelece as regras gerais de aplicação daquele Sistema, mas que não exaure as suas atribuições, porquanto o SUS tem, além das atribuições previstas naquela norma, a de incentivar as pesquisas científicas; criar fundos através dos recursos humanos para desenvolver a saúde; fiscalizar procedimentos; e executar ações de vigilância sanitária.

A Constituição Federal de 1988 em seu título VIII, menciona a Ordem Social, nos artigos 193 ao 204, sendo a seguridade social dividida em alguns subitens como saúde, seguridade social e previdência social.

Nesta seara de estudo, Alexandre de Moraes⁷ leciona que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A seguridade social é regida por três princípios essenciais à saúde que são o princípio da igualdade, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento e, por último, o da solidariedade financeira. O princípio da igualdade dispõe que todos os cidadãos têm que ser

⁵ MIRANDA apud SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 7 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.85.

⁶ BRASIL. *Lei do Sistema Único de Saúde nº 8.808/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 843.

tratados de forma igual perante a lei, de acordo com o critério do ordenamento jurídico. O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, no ordenamento jurídico tem o objetivo de fazer com que a seguridade social se torne acessível a todos que necessitam, sem fazer distinção de brasileiros natos ou naturalizados, desta forma, o serviço tem que estar disponibilizado a todos que lhe recorrerem.

João Vianna leciona⁸ “o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento na seguridade social é abrandado na previdência social, pois depende de contribuição dos segurados. Assim, quem não contribui está excluído do regime previdenciário”.

Por fim, tem o princípio da solidariedade financeira, que é um assunto que vem sendo discutido constantemente pelo poder judiciário. Esse princípio em sua definição dispõe que todos os entes federativos sem distinção têm responsabilidade solidária, ou seja, respondem conjuntamente; quando um ente não cumpre uma obrigação, o outro obrigatoriamente tem que cumpri-la. Cabe destacar ainda que a responsabilidade dos entes federativos se tornou questão pacificada na jurisprudência segundo o Supremo Tribunal Federal⁹:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

A Constituição da República também se referiu em relação ao custeio que será financiado por toda a sociedade, podendo ser de forma direta ou indireta. Diante disso, o Poder Público tem como critério obrigatório organizar seus objetivos sendo eles o custeio, atendimento e a universalidade de cobertura.

2. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Antes de tratar propriamente da judicialização e do ativismo judicial, deve-se observar primeiro o que levou a judicialização e o ativismo judicial. Sendo assim, analisa-se inicialmente a relação entre o direito e a política. Nessa esfera, a política é a vontade da

⁸ VIANNA, João Ernesto Aragones. *Curso de Direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal *RE n° 885178*, Relator. Ministro Luiz Fux. Julgado em: 05/03/2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

maioria e o direito é a supremacia da lei, ou seja, é o domínio da razão pública. Deste modo, o direito e a política atuam de forma conjunta, sendo o direito um dos principais produtos da política. Portanto, em um Estado democrático de direito, o momento da criação das normas é o reflexo de uma vontade política, legitimando e limitando o poder político.

A aplicação do direito no poder político é dividida em duas categorias sendo elas, a independência do Poder Judiciário, o segundo fator seria a independência dos juízes. Á vista disso, observa que as decisões dos magistrados devem ser fundamentadas em alguma norma, norma esta que foi estabelecida pelo legislador, sendo vedado que o juiz aja de ofício.

Vele destacar que a Carta Magna de 88, positiva o princípio da separação dos poderes em seu art.2º¹⁰, sendo este uma clausula pétrea. De acordo com esse princípio o poder Executivo, Legislativo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si, onde cada qual exerce sua função típica e atípica.

Devido à omissão, a inércia, e ausência de recursos por parte do Estado para garantir direitos essenciais a e garantir a dignidade humana, bem como o fornecimento de medicamentos, insumos, internações em leitos, surge a necessidade do Judiciário se manifestar, cujo o objetivo é assegurar a supremacia das normas constitucionais.

Para melhor entender essa temática é necessário analisar primeiro o que se entende por judicialização da vida pelo Poder Judiciário e o ativismo judicial.

Segundo Barroso¹¹ judicialização significa que “uma parcela do poder político está sendo transferidas das instâncias políticas tradicionais para o poder judiciário, significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas sociais ou morais de largo alcance estão tendo sua instância final de decisão perante o poder judiciário” sendo este um fenômeno mundial.

A judicialização decorre do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, bem como, do modelo de constituição analítica, o que permite que discussões de largo alcance moral e político sejam trazidos por meio de ações judiciais. Por estes motivos, cada vez fica mais claro que a judicialização é um fato no ordenamento brasileiro.

No entanto, o ativismo judicial é uma atitude; é o modo proativo de interpretar a Constituição, inclusive podendo ir além de situações que não foram contempladas pelo constituinte ou pelo legislador.

¹⁰ BRASIL. op. cit.; nota 1.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização e Ativismo Judicial*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/aulas/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Segundo Barroso¹² o surgimento do ativismo judicial decorreu da decisão de um caso emblemático da Suprema corte Americana, cujo o tema era a segregação racial.

Neste giro, o ativismo judicial tem uma face positiva e outra negativa, a face positiva é a atuação do Poder Judiciário atendendo demandas sociais importantes que não foram atendidas pelo Estado. No entanto, a face negativa é que o Poder Legislativo na maioria das vezes não consegue atender as demandas sociais.

O exemplo mais notório do ativismo judicial são as inúmeras ações que tramitam no Judiciário atualmente, cujo o objetivo é sempre garantir aos cidadãos um tratamento digno. As ações mais corriqueiras são as que pleiteiam medicamentos e insumos necessários essenciais para continuidade e efetivação do tratamento. Além dessas, também estão presentes no Judiciário inúmeras ações que pleiteiam vagas em hospitais públicos e particulares para internações e realização de cirurgias emergenciais quando já esgotadas todas as possibilidades por meios administrativos. Destaca-se, que atualmente vem surgindo cada vez mais ações solicitando o bloqueio de verba do Estado para a aquisição de medicamentos e insumos, tendo em vista que as secretarias dos Estados e dos municípios estão cada vez mais escassas devido a crise econômica do país. O objetivo do ativismo é sempre promover melhores condições a população e privilegiando a vida, conforme dispõe a Constituição da República de 1988.

Desta forma, o binômio ativismo-autocomposição judicial, está presente em quase todo território nacional, pois adotam o modelo da supremacia da corte, cujo o objetivo é o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público.

Por esses motivos, o Supremo Tribunal Federal no Brasil desempenha um grande papel, sendo este contramajoritário, fazendo prevalecer a sua decisão em razão do ato do Presidente da República ou um ato do Poder Legislativo. Sendo esse papel democrático, pois quando o STF se posiciona dessa maneira ele visa a beneficiar a maioria.

Cabe ao Legislativo o poder de editar leis, não podendo o Judiciário interferir nessa função. O Poder Legislativo, bem como o Presidente da República, tem a primazia na tomada das decisões políticas que só deverão ser invalidadas caso forem flagrantemente ilegais.

O ativismo judicial, consiste numa figura proativa contributiva para o direito, o qual ocorre por meio das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário. Por esta razão o magistrado por meio da interpretação busca aplicar a norma no caso concreto para solucionar o litígio, atendendo desta forma, a necessidade decorrente da omissão dos demais poderes estatais.

¹² Idem. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

Neste sentido cabe destacar o seguinte caso¹³:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF.

Assim, após a análise de diversos julgados, observa-se que os tribunais vêm admitindo a judicialização, e por consequência a concessão de medicamentos, inclusive daqueles não encontrados na lista de fármacos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e daqueles de alto custo. Sempre observando o bem-estar dos cidadãos e garantindo assim, uma vida digna para aqueles que estão em situação desfavorável e necessitam do Estado.

3. INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A relação entre o setor privado e o setor público surgiu por meio de uma parceria entre o sistema único de saúde e as unidades privadas. Hoje o sistema público possui uma relação simultânea com o sistema privado, sendo esse uma complementação para o SUS.

Através dessa união, surgiu um grande dilema, que teve início com uma proposta realizada no governo Fernando Henrique Cardoso quanto a privatização da saúde e que vem sendo discutida até hoje. Cabe destacar que a privatização da saúde violaria o art. 196 CRFB¹⁴ e as Leis nº 8080\1990 e nº 8142\1990.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *a g. reg. no recurso extraordinário com agravo* 1.049.831 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MEDICAMENTO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zwdrtkw>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

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

Sendo assim, a saúde privatizada deixaria de ser um direito social e viraria uma “máquina de investimento”, pela qual quem não tem condições de arcar com os custos sairia prejudicado. Diante disso, não há o que argumentar a favor da privatização da saúde pública.

No livro de Dráuzio Varella¹⁵, denominado “A saúde dos planos de saúde”, se questiona sobre a possibilidade de ser criada uma agência nacional que possa englobar ao mesmo tempo a saúde pública e a privada. Ainda, em sua obra, Dráuzio Varella esclarece que segundo o médico Mauricio Ceschin, atualmente não é possível uma agência nacional englobar os dois setores da saúde, visto que as leis aplicáveis são distintas. Todavia, o autor não afasta a possibilidade de que possa haver a aludida união dos setores pelo prisma da fiscalização e regulação, requerendo, apenas, um aprofundamento no debate sobre o tema.

Segundo Dráuzio Varella¹⁶, Ceschin dispõe que atualmente há poucas políticas públicas comuns entre o setor público e o privado. Acrescenta que há política apenas em relação à questão do ressarcimento dos gastos efetuados pelo setor privado, quando o atendido daqueles que não possui plano de saúde, e a rede SUS tem que efetuar a restituição dos valores dispendidos pela rede privada. Hoje o que existe é uma complementação, um ressarcimento e não uma agência nacional que regula os dois, tendo em vista que cada um é regulado por sua própria lei.

Desta forma, pode se observar que mesmo com a solidariedade dos entes e a omissão deste, o Judiciário em inúmeros casos é obrigado a agir, indo além de sua competência, sendo assim, adota uma postura proativa e eficaz de forma que preenche lacunas e exercendo competência de outros poderes.

Nesse sentido observa-se que essa atuação é importante pois por meio da atuação dos juízes direitos são consagrados, bem como, o acesso aos medicamentos e o fornecimento insumos e utensílios destinados ao tratamento.

Em muitos casos, verifica uma omissão do poder público para atender de forma efetiva a população não tendo vagas disponíveis em unidades públicas para atendimento, bem como a falta de medicamento nas secretárias. Sendo assim, é necessário a intervenção do Judiciário para dirimir tais conflitos, desta forma, é necessário usurpar competência apta de outro poder, devendo esta atuação ser em conformidade com a Carta Magna de 1988.

¹⁵ VARELA, Drauzio. *A Saúde dos Planos de Saúde*. São Paulo: ed. Schwarcz, 2015, p.85.

¹⁶ *Ibidem*.

Quando o Judiciário detecta que a administração pública não possui recursos financeiros para implementar o direito ao acesso a saúde, nem o fornecimento de medicamentos e internação em uma unidade pública, deve quando requisitado buscar implementar e a viabilizar desse direito, sempre amparando sua decisão na constituição. Não podendo falar em violação de competência de outros poderes.

A falta de recursos financeiros por parte da administração se dá por diversos fatores, quase sempre o argumento do Estado é a indisponibilidade de recursos orçamentários. No entanto, a mera alegação de ausência de orçamento não deve prosperar, devendo o Estado implementar políticas públicas e vislumbrar os casos nos quais há escassez de recursos, de forma que a administração pública consiga exercer uma administração mais efetiva.

O Judiciário, para atuar no acesso à saúde, sempre observando a alegação da reserva do possível. Deve buscar um caminho alternativo para garantir ao cidadão o direito de se tratar em um lugar adequado, bem como, com a disponibilização de medicamentos para continuidade ao tratamento. É indispensável que o Estado tenha uma atuação efetiva.

A Constituição Federal nada dispõe em relação a competência das internações, medicamentos e insumos relacionados a área da saúde. Sendo assim, a matéria é regulada por atos administrativos Municipais, Estaduais e Federais.

O Ministério da Saúde por meio da portaria n° 3.196/98¹⁷ lista os medicamentos que serão disponibilizados gratuitamente pelo SUS. Analisa-se que todos esses medicamentos são aprovados pela Anvisa. Salienta-se ainda, que essa lista é atualizada bienalmente. Sendo assim, fica evidente, que a falta de atualização da lista não é óbice para limitar o fornecimento de medicamento:

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a "formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)".

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Atualmente, uma celeuma vem sendo discutida no Judiciário, sendo assim, os Tribunais Superiores tiveram que analisar se o Poder Judiciário pode determinar que o Poder Público forneça remédios que não estejam previstos na lista do SUS.

¹⁷ BRASIL. Portaria, n° 3.916 de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 14 mar. 2019.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁸, no informativo 633 da 1ª Seção, afirmou que o Poder Judiciário poderia determinar que o Poder Público forneça medicamentos mesmo sem está previsto na lei do SUS, desde que observados três requisitos: Laudo médico fundamentado, demonstrando a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, incapacidade financeira do paciente para arcar com o custo do medicamento e existência de registro do medicamento na Anvisa.

Após essa discussão outra polemica surgiu, no que tange, se o Poder Judiciário poria condenar o Poder Executivo a fornecer medicamentos não registrados pela Anvisa. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal¹⁹ no informativo 941 (repercussão geral), entendeu como regra geral não ser possível essa condenação, tendo em vista que o registro na Anvisa primordial para a proteção da saúde pública. No entanto, o STF admite essa condenação de forma excepcional, quando demonstrado demora irrazoável da Anvisa para apreciar o registro. Destaca ainda, que o prazo para o registro na Anvisa está positivado na Lei nº 13.411/2016, podendo variar entre 60 dias a 365 dias a depender da categoria.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

Sendo assim, o Judiciário objetivando o direito à vida, deve analisar dentro do processo por meio de averiguação de provas, qual a melhor solução para garantir o mínimo existencial, devendo aplicar a lei de forma casuística, de forma que impõe o poder público a realizar a internação ou fornecer medicamentos solicitados para provimento do pleito.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Benedito Gonçalves. *RESP* nº 1.657.156-RJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0625.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Marco Aurélio. *RE* nº 657718. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 3 ago. 2019.

Por fim, observa-se que o ativismo judicial, possibilita buscar a efetivação de um direito, e que este possa ser concretizado por intermédio do Poder Judiciário através dos mecanismos jurídicos que lhe são conferidos.

CONCLUSÃO

Esse trabalho foi motivado pela preocupação com o direito à saúde no Brasil, tema que está sendo cada vez mais presente nas decisões judiciais, nos meios de comunicação e, principalmente, na realidade do povo brasileiro. No presente trabalho foi possível analisar o sistema único de saúde, suas características, como ele foi formado e como o serviço é prestado.

O sistema único de saúde, também conhecido como SUS, é formado por unidades do governo, bem como por prestadores de serviços, ou seja, instituições privadas que prestam serviços para o SUS suprimindo assim possíveis carências desse sistema.

No referido trabalho também foi indagado o princípio da dignidade humana, sendo essa uma garantia Constitucional prevista no art. 5º, da Constituição de República. De acordo com o art.5º, à saúde é uma garantia fundamental do cidadão, devendo sempre ser aplicado de acordo com o princípio da reserva do possível, sendo assim, analisa até aonde o Estado tem a obrigação de atuar.

Destaca-se ainda, a atuação do Judiciário, que se mostra necessária face à omissão do Estado com a saúde no Brasil. Desta forma, o Poder Judiciário teve que ir além de sua orbita, extrapolando a sua competência e tendo que intervir no Poder Executivo para garantir o mínimo existencial, ou seja, assegurar os direitos básicos a população. Surgindo no ordenamento a necessidade da judicialização.

Expõe a destinação da verba pública e como ocorre a solidariedade entre a rede pública e a rede privada, bem como o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça se posicionam em relação a essa solidariedade. E em qual momento é necessário e indispensável a judicialização para assegurar tais direitos.

Através da lei orgânica da saúde, Lei nº 8.080/1990, o sistema único de saúde ganhou maior visibilidade, sendo este um grande avanço para o ordenamento. No decorrer da pesquisa, foi observado que não faltam leis que asseguram e protegem a saúde, o que falta é uma boa gestão, o emprego certo da verba pública e uma vontade política que à saúde pública funcione.

Se a verba destinada à saúde fosse empregada de forma correta, não seria necessário abarrotar o Judiciário com ações solicitando medicamento, leitos, insumos, cirurgias, pois o

Estado conseguiria assegurar a quem precisa de forma eficiente e com qualidade, não sendo necessário desta forma recorrer à unidade privada.

O objetivo deste artigo foi debater a possibilidade de a saúde pública no Brasil se tornar efetiva, autossuficiente, dependendo cada vez menos de interferência da rede privada e do judiciário. Tornando à saúde pública acessível a todos, sendo disponibilizados medicamentos, reduzindo as filas dos hospitais e fazendo com que os atendimentos ocorram de forma célere.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização e ativismo Judicial*. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/aulas/>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>. Acesso em: 6 ago. 2019.

_____. *Lei do Sistema Único de Saúde n° 8080/90*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 4 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Relatora Min. Rosa Weber. *ARE n° 1216602/ RN*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MEDICAMENTO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zwdrtkw>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Luiz Fux. *RE n° 855.178/ PE*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Marco Aurélio. *RE n° 657718*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Benedito Gonçalves. *RESP 1.657.156-RJ*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0625.pdf. Acesso em: 2 ago. 2019.

_____. Ministério da Saúde, *Portaria n° 3.916 de 30 de outubro de 1998*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 23 mar. 2019.

MARTISN, Flavia Bahia, *O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo*. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Guilherme Penã, *Curso de direito Constitucional*, 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018.

OLIVEIRA, Nilton Araújo, *Blog Direito Sanitário: Saúde e cidadania. Judicialização da saúde em alta*, 2016. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2016/06/30/judicializacao-da-saude-em-alta-desafio-renovado-do-direito-sanitario/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

PENSE SUS, *Direito à Saúde*. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VARELLA, Drauzio. *A Saúde dos Planos de Saúde*. São Paulo: Schwarcz, 2015.

VIANNA, João Ernesto Aragones. *Curso de Direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.