



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE
ANÁLISE DO BINÔMIO: ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE
ALTO CUSTO E A RESERVA DO POSSÍVEL

ORIENTANDO (A): IANNE GABRIELLE GONÇALVES BRITO
ORIENTADOR (A): PROF. (A) DRA. MARINA RÚBIA MENDONÇA LOBO

GOIÂNIA
2020

IANNE GABRIELLE GONÇALVES BRITO

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

ANÁLISE DO BINÔMIO: ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE
ALTO CUSTO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Artigo Científico apresentado à disciplina de Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a): Dra. Marina Rúbia Mendonça Lobo.

GOIÂNIA
2020

IANNE GABRIELLE GONÇALVES BRITO

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

ANÁLISE DO BINÔMIO: ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE
ALTO CUSTO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dra. Marina Rúbia Mendonça Lobo

Nota

Examinador Convidado: Prof. Marcelo Di Rezende

Nota

DEDICATÓRIA

Dedicarei o presente artigo em primeiro lugar a Deus, pela dádiva da vida e por tudo que tenho. Posteriormente, dedico à família maravilhosa que possuo, em especial à minha mãe Irene, meu pai Moacir e meu segundo pai e irmão mais velho Rodrigo, que sempre foram minha base, suprimo-me de todo amor e apoio quanto foi possível. Também não poderia deixar de mencionar meus queridos irmãos Luan e Luana que tanto amo, assim como meus avós, em especial minha avó Maria de Lourdes que sempre me forneceu todo carinho quanto pôde e minha amada avó Idalina que, de onde estiver, sei que se orgulha de cada passo que dou em minha jornada. Por fim, dedico ao meu melhor amigo e namorado Kaique, que me enche de todo amor e apoio que eu poderia necessitar, bem como dedico aos meus primos e primas, tios e tias e aos amigos de vida e de faculdade que tenho a honra de ter em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me sustentado até aqui diante das provações e dificuldades a que fui posta. Também devo imensa e sincera gratidão aos meus pais, por me amarem, por acreditarem em mim e por sacrificarem a si mesmos em prol de seus filhos. Por fim, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de Goiás e seu corpo docente, por todas as experiências e aprendizados que esta instituição e seus colaboradores me proporcionaram. Agradeço especialmente a minha querida orientadora, Professora e Doutora Marina Rúbia, pela completa disponibilidade em me auxiliar, pela paciência e pelo apoio que me forneceu ao longo desta caminhada. A todos, meus sinceros agradecimentos.

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	6
1 DIREITO À SAÚDE.....	8
1.1 O DIREITO À SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	8
1.2 UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	10
2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE.....	12
2.1 FATORES SOCIAIS QUE RESULTARAM NO SURGIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE.....	12
2.2 AS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS: VIABILIDADE E CONFIABILIDADE.....	14
3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	17
CONCLUSÃO	21
REFERÊNCIAS	22

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

ANÁLISE DO BINÔMIO: ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Ianne Gabrielle Gonçalves Brito¹

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi trazer uma análise do fenômeno da judicialização da saúde e todo o contexto social e econômico que esta crescente demanda judicial por medicamentos e/ou tratamentos de alto custo abarca. Por meio da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, buscou-se apresentar inicialmente a conceituação do direito à saúde no Brasil e se ele tem cumprido suas características de universalidade e integralidade que vieram contidas na Constituição de 1988. Posteriormente, foi estudada a judicialização em si, apresentando seus lados positivos e negativos, assim como os fatores que levaram ao surgimento de tal fenômeno. Por fim, o estudo foi voltado à teoria da Reserva do Possível e a possibilidade de sua aplicação no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e tratamentos necessários à manutenção da vida do indivíduo. Assim, chegou-se a conclusão do direito do cidadão à saúde em sua totalidade, bem como a necessidade de mecanismos que auxiliem no aprimoramento das decisões judiciais que versem sobre requerimentos por medicamentos ou tratamentos de alto custo.

Palavras-chave: saúde; judicialização, universal, integral.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo principal estudar o fenômeno da judicialização do acesso à saúde e todo o contexto em que este se encontra inserido, tendo em vista que essa crescente demanda judicial para a obtenção de medicamentos e/ou tratamentos do poder público trás consigo uma série de questões e problemáticas sociais existentes no país.

Para isso será feita uma análise sobre o direito do cidadão à saúde e o dever assistencial do Estado, apresentando suas especificidades e delimitações,

¹ Acadêmico (a) do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail

assim como um estudo sobre a forma com que a crescente judicialização tem causado um desequilíbrio no orçamento estatal e como esse fator atinge a população em geral.

Sendo assim, inicialmente, é imprescindível que se analise o direito à saúde como um todo e a forma que o referido direito foi trazido pela atual Constituição brasileira, para que se possa ter a apurada noção do que é direito do cidadão e de quais são os deveres do Estado para com a população no que diz respeito ao fornecimento de uma saúde pública efetiva e de qualidade. A partir disto, o estudo passa a ser voltado às principais características do direito à saúde no Brasil que é a universalidade e a integralidade, ambas trazidas pela Constituição de 1988, que determinam o direito de todo e qualquer cidadão brasileiro à saúde, desde um simples medicamento a um procedimento de alta tecnologia.

Posteriormente, o foco do trabalho migra para o fenômeno da judicialização em si, posto que, no momento em que o cidadão, sabendo do seu direito, tem uma negativa do poder público no que diz respeito ao fornecimento de determinado elemento necessário, ou que este acredita sê-lo, à manutenção de sua vida, o indivíduo recorre ao poder judiciário para que este possa garantir a efetivação do seu direito integral e universal à saúde.

Todavia, existem inúmeras questões a serem levadas em consideração no que concerne ao elemento que está sendo demandado em si, como sua real efetividade e viabilidade em cada caso específico, de modo que não aja um indiscriminado deferimento, pelo poder judiciário, de ações que gerem obrigações ao poder público, sendo que tais obrigações podem causar um déficit no orçamento estatal que irá atingir toda a sociedade.

Por fim, será feito um estudo conjunto entre o fornecimento de uma saúde integral e universal combinado com a teoria da reserva do possível, a qual traria como limite a esse direito a disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, levando-se em consideração que esses medicamentos e tratamentos que são demandados judicialmente são, em sua maioria, de custo elevado, que causam um impacto considerável no orçamento destinado à saúde.

Para a elaboração do presente trabalho será utilizada a pesquisa bibliográfica, de modo que servirão de base as doutrinas, jurisprudências, leis e artigos científicos referentes ao assunto. Já o método utilizado será o dedutivo, para

que assim possa-se analisar a abrangência do direito à saúde e o modo como tal direito deve ser entendido mediante o corpo legal brasileiro.

1 DIREITO À SAÚDE

1.1 – Direito à saúde à luz da Constituição Federal de 1988

O direito à saúde não esteve presente em nenhuma das constituições anteriores à “Constituição cidadã” de 1988, exceto quando fora mencionado de forma acidental na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1932, na qual se confere competência concorrente à União e aos estados para cuidar da saúde (DALLARI, 2009). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 caracteriza-se como um marco histórico de proteção constitucional ao direito à saúde, vez que o trouxe de forma expressa em seu texto, além de caracterizá-lo como um direito social fundamental, ao lado dos direitos à educação, lazer, moradia, entre tantos outros.

O direito à saúde, diferindo-se de alguns dos direitos elencados no rol dos direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, como o direito ao lazer, mostra-se muito mais palpável e posto em prática, visto que possui seção própria no texto constitucional. Isso se explica pela grande movimentação popular que houve na luta por uma saúde pública integral e de qualidade, movimentos importantes, como o movimento sanitário que ocorreu em março de 1986 em Brasília – DF, onde se realizou a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), que teve como pauta de discussão, entre outros temas, a reformulação do sistema nacional de saúde pública (MOURA, 2013). Ou seja, apesar de o sistema de saúde pública do país ser precário em diversos aspectos, este é um assunto bem regulado pela legislação nacional, dado a sua imensa importância social.

A respeito das razões que conferem tamanha notoriedade e ação governamental ao direito à saúde pelo constituinte, diz a defensora pública Elisângela Santos de Moura (2013, online):

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde foi eleito pelo constituinte como de peculiar importância [2]. A forma como foi tratado, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico. Com efeito, o direito à saúde, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana. A saúde, consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental[3], recebe, deste modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira[4].

Deste modo, nota-se que a saúde, por ter essa íntima ligação com o Princípio da Dignidade da pessoa humana, possui uma proteção jurídica diferenciada, posto que este é o princípio basilar da Carta magna de 1988.

O direito à saúde precisa ser compreendido de forma ampla, tendo em vista que fora assim trazido pela Constituição. Portanto, podem-se compreender incontáveis ramificações ao seu campo de atuação, sendo não somente a ideia limitante de ausência de doenças, ainda que os debates ainda sejam voltados à cura de enfermidades e acesso a medicamentos, mas também a promoção de um ambiente de bem estar social, estando ligado ao ambiente social coletivo em que o indivíduo encontra-se inserido, sendo necessária a análise de todo um contexto pluralista. Somente analisando todo esse rol que abarca o que é saúde que se poderá saber se o direito está sendo levado ao cidadão da forma que lhe é devida.

Vê-se a confirmação desta ideia de amplitude após a análise do artigo 200 da Constituição que atribui variadas funções ao Sistema Único de Saúde. Assim traz a lei (CONSTITUIÇÃO, 1988):

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

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 de 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 e a inovação;

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.

Feita a leitura e análise do artigo de lei acima, é possível perceber que a Constituição não se preocupa somente com o tratamento de doenças, tendo como seu ponto de atuação somente a existência de hospitais e o fornecimento de medicamento, pelo contrário, a lei traz um forte viés de prevenção de doenças, de saneamento básico e proteção do meio ambiente, isto mostra o entendimento do constituinte que saúde é inerente a um meio ambiente saudável, a um ambiente social saudável, a saneamento básico de qualidade. Por este motivo, impossível se

torna um estudo do direito à saúde isolado a hospitais e medicamentos, vez que é um assunto de uma complexidade imensamente superior.

1.2 – Universalidade e integralidade do direito à saúde

“A saúde é direito de todos e dever do Estado”, assim dispõe a Constituição Federal em seu artigo 196. Partindo desta declaração, pode-se constatar o legítimo direito do cidadão à prestação do Estado com relação à saúde, devendo ser esta universal e integral, tendo em vista que a lei não delimita sua abrangência e dispõe sobre um serviço de saúde integral no artigo 198, inciso II da Carta Magna, do mesmo modo que aponta sua universalidade quando determina esse direito como direito de todos.

Ao se falar em um direito à saúde de forma universal, deve-se entender como um direito que foi conferido a todo e qualquer integrante da sociedade brasileira, dispensando-se análise de renda ou contribuição com a Previdência Social, como antes fora feito.

Sobre essa conquista, que foi a universalização do acesso à saúde, a qual veio a ser conquistada através, principalmente, do movimento sanitarista que fez frente na Assembleia Constituinte de 1987 (MOURA, 2013), a Doutora em Serviço Social Aione Maria da Costa Sousa (2014, online) explica:

Inicialmente, este princípio teve como função romper a linha divisória que existiu ao longo da história da saúde no Brasil, na qual havia um direito restrito a assistência médica individual, exercido pelos trabalhadores que tinham emprego formal e contribuía diretamente com a previdência social. Os que não conseguiam entrar no mercado de trabalho eram tratados como indigentes dependentes de ações das organizações filantrópicas e submetidos às práticas clientelistas.

O que anteriormente era um direito restrito a uma pequena parcela da população, passa a abarcar toda uma totalidade que tem o direito a dispor do sistema público de saúde. Assim pontua a defensora pública Elisângela Santos de Moura (2013, online):

O Sistema Único de Saúde substituiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia responsável pela saúde dos contribuintes da Previdência desde 1974, quando foi desmembrado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) até 1990, ano em que foi aprovada a Lei 8080, que implementou o Sistema Único de Saúde (SUS).

A universalização constitui um dos ideários do movimento sanitarista e atualmente serve de base para o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS),

de forma que o poder público caminha na direção de uma disponibilidade de bens e serviços de saúde sem limitações ou impedimentos (SOUSA, 2014).

Entretanto, apesar de a universalização ser um princípio basilar do sistema público de saúde brasileiro, existem fatores que impedem seu efetivo cumprimento, como a expansão da rede privada de saúde e a precariedade no fornecimento da saúde pública.

Deste modo, a soma desses dois fatores faz com que pessoas passem a optar pela rede privada de atendimento, ficando o sistema público para pessoas de baixa renda, ou seja, apesar de a saúde dever ser universal, o sistema público ainda não possui capacidade de fornecer uma prestação de qualidade a todos os cidadãos.

Com relação à integralidade no acesso à saúde, este princípio impõe ao poder público o dever de fornecer uma saúde completa, sem limitações. É devido, então, o fornecimento de todo tratamento e medicamento que seja necessário à vida do indivíduo. Entretanto, deve-se fazer uma ressalva a esta afirmação, visto que fatores que interferem na saúde como alimentação, moradia, saneamento básico e lazer, não devem ser compreendidos como exigíveis pelo Sistema Único de saúde, o dito atendimento integral que é devido pelo SUS reduz-se a prestações de caráter preventivo e curativo, que tenham relação com a promoção, proteção e recuperação da saúde, sem prejuízo do dever do poder público de fornecer todos os outros suprimentos necessários para a promoção de um ambiente saudável e mais áreas ligadas à saúde (MOURA, 2013).

Qualquer ato ou determinada lei que tenha condão de limitar tal princípio, deve ser considerada ilegal. Um exemplo importante é em relação às pessoas que contratam determinado plano de saúde privado, não obstante tenha havido discussões com relação ao direito ou não dessas pessoas de usufruírem do atendimento público, já se está pacificado que sim, e, nesses casos, a rede privada de saúde terá o dever de ressarcir o poder público.

Ante o exposto, passa-se a concluir que tanto a integralidade quanto a universalidade, são aspectos indispensáveis à construção de um sistema de saúde no Brasil. Contudo, atualmente tais princípios ainda são uma busca, visto que o sistema atual ainda não consegue suprir satisfatoriamente as necessidades da população de forma integral e universal, isto se mostra pelo crescimento de ações

judiciais que reivindicam o acesso a medicamentos e tratamentos de alto custo, assim como as gigantes filas de espera para procedimentos cirúrgicos e a superlotação em leitos de hospitais por todo o país.

2 - O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

2.1 – Fatores sociais que resultaram no surgimento da judicialização da saúde

A saúde é uma garantia expressa na Constituição Federal de 1988, e sua aplicabilidade é trazida de forma ampla por esta. Ou seja, entende-se que o cidadão detém o direito de acesso a todo e qualquer medicamento e/ou tratamento hospitalar ou terapêutico indispensável à manutenção de sua vida e bem estar físico e mental.

Deste modo, o fenômeno da judicialização da saúde toma espaço no momento em que o poder público recusa-se a fornecer determinado serviço de saúde ao indivíduo, e este, por sua vez, leva a questão ao poder judiciário para que ali possa ter garantido seu direito à prestação de uma saúde integral e universal.

Diante deste aspecto, vê-se que a judicialização da saúde caracteriza-se como um meio de reivindicação legítimo dos cidadãos para que consigam garantir seus direitos de cidadania já afirmados em lei, de forma que esta discussão envolve tanto aspectos políticos quanto sociais, éticos e sanitários (VENTURA, M.; SIMAS, L; PEPE, V.L.E.; SCHRAMM, F. R, 2010).

Os primeiros processos judiciais, individuais e coletivos, reclamando o fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos pelo poder público ocorreram no início da década de 90, por pessoas que contraíram o vírus HIV/AIDS (VENTURA, M.; SIMAS, L; PEPE, V.L.E.; SCHRAMM, F. R, 2010). A partir disso, o número de processos judiciais desta natureza cresceu e se diversificou, sendo que atualmente reclamações pelos antirretrovirais que tratam a AIDS já não são mais comuns, sendo a maioria dos processos voltados ao acesso a medicamentos de alto custo que tratam determinadas doenças, como a atrofia muscular espinhal (AME), por exemplo.

Em entrevista ao canal Um Brasil, o professor Octávio Ferraz aponta que, em seu estudo de trinta anos da judicialização no Brasil, é possível perceber-se que nos primeiros anos após a Constituição de 1988 existiam poucos casos de judicialização, enquanto que nos últimos vinte anos houve um crescimento

acelerado, e um dos fatores que o professor atribui a esse crescimento é uma mudança de jurisprudência no STF (FERRAZ, 2019).

O professor segue dizendo que a mudança deve-se a uma decisão proferida pelo Ministro Celso de Melo em um processo que o cidadão reclamava o acesso a medicamentos antiretrovirais para tratamento de HIV. Nesta decisão, o Ministro acaba por mudar a forma como se era interpretado o direito à saúde constante na constituição, determinando que o direito de todos à saúde integral e universal não deveria ter um caráter de norma programática como era interpretado, a qual o Estado tem como objetivo, mas não se vê obrigado, e sim um caráter de direito básico em que o Estado deve fornecer de forma efetiva. Então, após isso, a população começou a judicializar, acostada nesta decisão e também como decorrência dela, as respostas do judiciário a estas demandas são, na maior parte das vezes, positivas (FERRAZ, 2019).

2.2 – As demandas judiciais de medicamentos e tratamentos: viabilidade e confiabilidade

A principal problemática com relação aos processos em que se é cobrado medicamentos e/ou tratamentos do poder público ocorre quando se analisa o tipo de medicamento ou tratamento que está sendo reclamado, tendo em vista que a mudança de jurisprudência já citada acabou por dar uma abrangência ao direito à saúde que antes não existia. Deste modo, toda a população passou a reivindicar por qualquer que seja o meio que ela acredite ser necessário à manutenção de sua vida, independentemente que o serviço seja ou não prestado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou que ele tenha ou não registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como consequência, atualmente, grande parte das reivindicações é para o acesso a medicamentos que não estão contidos nas listas oficiais públicas, as quais determinam o fornecimento pelo SUS. Ao contrário disso, as reclamações geralmente são por produtos ainda em fase de testagem que não tem sua eficácia comprovada e, por este motivo, sem registro na ANVISA, ou ainda aqueles de uso não autorizado por esta (tem registro, mas não autorizado para aquele tipo de tratamento).

Outra situação recorrente que é necessário que seja citada é aquela em que o medicamento é de alto custo e não apresenta uma custo/efetividade razoável quando comparado a outro medicamento de mesma finalidade no mercado e com um custo menor. Ou seja, lança-se uma novidade que gera o interesse da população, mas quando se faz uma análise dos estudos clínicos e real efetividade do produto, percebe-se que não existem grandes avanços, mas a população por ser leiga nesta seara, acaba por judicializar requerendo esse tipo de medicamento ao poder judiciário.

Além das situações apontadas acima, também existem outros aspectos por trás de algumas demandas por determinados medicamentos, como a associação entre advogados, médicos e indústrias farmacêuticas para que se crie uma demanda por aquele produto, muitas vezes para que se tenha um aumento nas vendas e outras para forçar a incorporação de determinado medicamento à assistência farmacêutica do SUS.

Sobre este assunto a Mestre e doutora em saúde pública, Miriam Ventura e col. (2010), diz:

Um tema persistente que perpassa as discussões refere-se ao *marketing* comercial e/ou *lobby* exercido pela indústria e comércio farmacêuticos, junto a segmentos sociais (pesquisadores, paciente, médicos) e governamentais, para a incorporação de seus produtos, o que poderia estar exercendo um papel importante no sentido de estimular a demanda judicial para a incorporação de novos medicamentos.

Do mesmo modo, ensina a Doutora Vera Lúcia Edais Pepe e col. (2010, online) :

O terceiro refere-se à segurança do paciente em relação de possíveis prescrições inadequadas, mesmo que de medicamentos já selecionados e incorporados nos SUS, e, em especial, na prescrição de “novos” medicamentos e/ou “novas” indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas. Tais fatos podem favorecer a introdução e utilização de novas tecnologias de forma acrítica, e, por vezes, sob forte influência da indústria farmacêutica.

Outro fator de importante destaque é a facilidade com a qual esses processos obtêm resposta positiva do judiciário, sendo que a grande maioria das decisões judiciais são baseadas somente em prescrições médicas, sem mais nenhuma exigência, a não ser uma pequena parte que solicita laudo médico originado do SUS. Deste modo, percebe-se que essas decisões não possuem nenhum caráter técnico, que leve em consideração a efetividade do produto e o custo/benefício, por exemplo, vez que o juízo não possui um assistente técnico que

auxilie nessas situações, isso porque o magistrado não possui conhecimento sobre a área farmacêutica e nem mesmo teria o dever tê-lo.

Desta forma, essa facilidade em se conseguir resposta positiva do judiciário somada com as associações entre médicos, advogados e indústrias farmacêuticas, resulta em um cenário ideal para que esses acordos corruptos tenham sucesso, isto porque o médico cria a grande demanda por um medicamento, receitando-o indiscriminadamente, e, com a falta de suporte técnico do judiciário, as decisões são quase sempre positivas, inclusive com liminares deferidas, sem antes haver qualquer tipo de análise prévia da viabilidade do medicamento ou custo/efetividade. O magistrado apoia-se somente na ponderação entre direito à vida e orçamento estatal, prevalecendo sempre o direito à vida.

Por consequência, esta alta demanda de medicamentos via judicial, com ações que geralmente são de caráter individual, acaba por gerar um tipo de caos dentro do sistema de saúde brasileiro. Isso porque há uma desorganização no orçamento destinado à saúde, que precisa ter um desfalque para atender a decisões judiciais. Desta forma, um capital que seria destinado ao bem comum, acaba grande parte sendo redirecionada para a satisfação de uma pequena parcela e muitas vezes para atender a reivindicações por produtos que ainda não tem uma comprovação efetiva de sua viabilidade e de custo bastante elevado.

Por todos os motivos já citados e todas as problemáticas que envolvem a judicialização da saúde é que se faz necessária uma atuação do Estado para que consiga garantir a segurança de toda a população no que diz respeito à saúde, mais especificamente à liberação de novos medicamentos e novas tecnologias nessa área.

Assim entende a Mestre e doutora em saúde pública, Miriam Ventura e col. (2010):

Neste sentido, a problemática central trazida para o Direito à saúde que se expressa no fenômeno da judicialização da saúde é a de como o Estado, no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades oferecidas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, cria “necessidades” para vender soluções. E, ao mesmo tempo, fazer cumprir com seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços tecnocientíficos que de fato podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.

Por isso é indispensável que esses assuntos sejam tratados de forma mais técnica e não como ocorre atualmente no qual a tomada de decisão sobre ter ou não

o acesso ao medicamento ou tratamento que é requerido dependa somente da análise da pessoa do juiz que não possui nenhum conhecimento específico sobre saúde. Ou seja, é direito do cidadão ter acesso a medicamentos para a manutenção da sua vida, mas o Estado deve proteger este indivíduo de enganos e isso só ocorrerá se for aperfeiçoada a análise técnica para o deferimento ou não de reivindicações por determinados tratamentos e/ou medicamentos.

3 – A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Teoria da Reserva do Possível origina-se da doutrina alemã. Criou-se tal teoria após uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha em uma reclamação por educação superior gratuita, o Tribunal Alemão, por sua vez, inovou ao invocar a Teoria da Reserva do Possível, alegando que o cidadão somente poderia pleitear ou exigir algo do Estado quando tal pedido fosse razoável. Ou seja, o Tribunal Constitucional Alemão instituiu que qualquer reclamação feita pelo indivíduo ao Estado deveria obedecer aos limites da razoabilidade, de forma que, ainda que o Estado disponha de recursos suficientes para suprir tal demanda, este não se vê obrigado a prestar algo que não considere razoável (GOMES, F.C.B.; RODRIGUES, D.S.; ARAKAKI, F.F.S.; OLIVEIRA, L.M.M.M.; 2017).

Entretanto, no Brasil, a teoria da reserva do possível não foi adotada nos mesmos moldes da Alemanha, mas sim como uma falta de recursos financeiros do Estado para cumprir determinada demanda na saúde, por exemplo, buscando assim afastar o dever estatal de fornecer uma saúde integral, como determina a Constituição de 1988.

Assim explica a Mestre em Hermenêutica Constitucional Fernanda Franklin Seixas Araraki e col. (2017, online):

No Brasil, essa teoria acabou sendo relativamente distorcida e não sendo atrelada à ideia da razoabilidade de pretensão, mas sim na falta de recursos financeiros, a fim de afastar a responsabilidade do Estado na efetivação de direitos fundamentais indisponíveis, tal como à saúde.

Em decorrência dessa equivocada concepção, a teoria da reserva do possível tem sido extremamente criticada. Existe quem entenda que o argumento do Estado em relação à ausência da disponibilidade de recursos financeiros não pode ser aceito, uma vez que incumbe ao Estado programar a efetivação dos direitos sociais, especialmente aqueles positivados na própria Constituição Federal.

Desta forma, quando utilizada de forma a afastar a responsabilidade do Estado da prestação de serviços básicos, a reserva do possível é uma teoria amplamente criticada, isto se deve ao fato de que a legislação nacional não dá espaço para essa alegação, ou seja, o Estado não possui a liberdade de afastar sua responsabilidade alegando falta de recursos, posto que tal fato seria inteiramente inconstitucional.

Essa inconstitucionalidade se deve à intrínseca relação entre reserva do possível e mínimo existencial, posto que a alegação da primeira poderá prejudicar a efetivação do segundo. Ou seja, ao negar determinada prestação básica ao indivíduo, alegando falta de recursos públicos, o Estado descumpra seu dever de prover o mínimo necessário à existência digna deste cidadão, de modo que acaba por desrespeitar o princípio basilar da Carta Magna que é a dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III do mesmo diploma legal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, que foi denominada de Constituição cidadã, trouxe consigo uma extensa gama de direitos sociais, o qual obriga o Estado a fornecer condições mínimas de existência à população, sendo que essas condições não podem se limitar à simples sobrevivência física, de modo que tal situação criaria uma vida sem alternativa e, por isso, não conseguiria promover o tão importante princípio dignidade da pessoa humana (SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F.; 2007).

Portanto, não é possível que os direitos básicos da população sejam limitados ao dinheiro disponível nos cofres públicos, sendo assim, sempre que houver um embate entre a reserva do possível e o respeito à dignidade da pessoa humana, este último irá prevalecer, sob pena de incorrer, o Estado, em inconstitucionalidade.

Por este motivo, a grande maioria das ações judiciais que reclamam por medicamentos e/ou tratamentos de alto custo tem uma resposta favorável do judiciário, pois o juízo se vê numa ponderação entre previsão orçamentária e/ou escassez de recursos e o direito inviolável do cidadão à vida.

No entanto, essas decisões positivas do judiciário, sem que tenha análise técnica necessária, acaba por obrigar o poder público a redirecionar parte de seu orçamento destinado à saúde coletiva para demandas individuais, o que gera uma

desproporcionalidade que afeta fortemente a coletividade, pois são diminuídos os recursos destinados à saúde básica.

Sendo assim, o que se pode e deve ser feita é a correta alocação do orçamento estatal, não deixando brechas para que o capital destinado à saúde de toda a população tenha uma parte significativa aplicada para suprir demandas de uma minoria, quando essas demandas não apresentam eficácia razoável que justifique o investimento. Tendo em vista que o déficit nos recursos estatais afeta toda a sociedade, em especial aquela mais carente, que depende diretamente e integralmente da prestação pública, dito isto, a discussão não pode ser analisada somente sob a ótica do Estado e do reclamante, mas sim da sociedade como um todo.

O Promotor de Justiça, Dr. Reynaldo Mapelli Júnior em sua fala, no 3º Congresso “Todos juntos contra o câncer”, aponta que a discussão sobre reserva do possível e prestação de medicamentos de alto custo não gira em torno de dinheiro versus saúde, mas sim de saúde versus saúde, isso porque na medida em que se investe uma grande quantia de dinheiro em um tratamento de alto custo sem efetividade comprovada, deixa-se de ter capital para as demais demandas das políticas públicas (JÚNIOR, R.M.; 2016).

Ele segue dizendo que, ao não existir uma análise técnica sobre a eficiência do medicamento de alto custo que está sendo demandado, desperdiça-se um recurso que poderia estar sendo usado na saúde de outras pessoas e em políticas públicas. E, por este motivo, defende uma medicina baseada em evidências, de forma que, ao contrário de somente prescrever determinado medicamento, o médico tenha o dever de discorrer sobre a real necessidade daquele medicamento específico e sua funcionalidade para cada caso (JÚNIOR, R.M.; 2016).

Deste modo, apesar de a teoria da reserva do possível, da forma que foi adotada no Brasil, ir contra o que a Constituição determina, que é uma saúde universal e integral, ela não pode ser totalmente descartada, de modo que pode servir como um dosador para se analisar o dever ou não do Estado de prestar determinado medicamento ou tratamento levando em conta principalmente o binômio custo/efetividade e os impactos que essa alocação de recursos poderá gerar à população em geral.

Ou seja, apesar de todo indivíduo ter o direito constitucional a uma saúde integral e universal, o Estado não pode ser obrigado a fornecer todo e qualquer meio que o indivíduo entenda necessário à manutenção de sua vida, nem mesmo com prescrição de um médico, isto porque a maioria das prescrições são, geralmente, genéricas, sem que forneça ao juízo um arcabouço sólido sobre a real necessidade daquele medicamento para aquele paciente.

Sobre este assunto, ensina Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, online):

Como mencionado anteriormente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros.

Destarte, cada caso precisa ser analisado individualmente, baseando-se, além de na obrigação do Estado de prestar uma saúde pública integral, também na razoabilidade de cada pedido, no déficit que a provável alocação de recursos vai causar à sistemática geral da saúde e na efetividade do medicamento, para que assim se tenha o embasamento ideal. Pois, apesar de o direito à vida prevalecer em relação à previsão orçamentária, é necessário que haja certeza de que aquele investimento realmente terá efeitos positivos e necessários à manutenção da vida daquele que esta demandando.

Pelos motivos acima, urgente se faz a instauração de um corpo técnico que auxilie os juízes na tomada de decisões sobre o fornecimento ou não de determinado medicamento pelo poder público, uma vez que existe uma infinidade de ações que demandam medicamentos não contidos nas listas oficiais do SUS e com sua eficácia ainda não totalmente comprovada. Sendo que, em muitos casos, o próprio demandante não possui conhecimento sobre o medicamento em si, seus riscos e efeitos colaterais. Por este motivo, o Estado, como foi dito acima, deve também assumir sua obrigação de proteção ao indivíduo.

CONCLUSÃO

O propósito deste trabalho foi trazer uma análise deste fenômeno que é a judicialização do acesso à saúde, apresentando seus impactos sociais e econômicos.

Sendo a saúde um direito de distinta importância, buscou-se trazer a sua devida conceituação, de modo a apresentar a forma que tal direito foi conquistado com o tempo, sendo, atualmente, de caráter integral e universal, ou seja, no Brasil, todo e qualquer cidadão faz jus a uma saúde completa, em todos os níveis de sua necessidade, já que foi assim trazido pela Constituição de 1988.

Quanto à judicialização do acesso à saúde, esta se mostrou como um meio legítimo ao qual o cidadão recorre para ter efetivado o seu direito, todavia foi explicitada a infinidade de questões e problemáticas que rodeiam esse fenômeno, tendo em vista que muitas vezes a reclamação é por produtos sem uma efetividade comprovada ou com um custo/benefício que não seja razoável.

Quando a análise voltou-se ao estudo da teoria da reserva do possível com relação à prestação de medicamentos e/ou tratamentos de alto custo, tal teoria mostrou-se impossível de ser aplicada da forma que é entendida no Brasil, porém, também restou inviável a capacidade do Estado de fornecer toda e qualquer demanda que o paciente entenda necessário à sua saúde, sendo necessária e importante a análise da viabilidade do que está sendo demandado, considerando que demasiados gastos para a satisfação de demandas individuais podem prejudicar veementemente toda a coletividade que precisa recorrer constantemente à saúde pública.

Diante de todo o exposto, restou evidenciado que, apesar de o Estado ter o dever de prestar uma saúde integral e universal, quando se fala em determinados medicamentos e tratamentos, é necessário que se tenha uma análise mais profunda no que diz respeito a sua real efetividade. Isso porque não se mostra razoável ou até mesmo justo que parte significativa do orçamento destinado à saúde seja direcionado a suprir demandas individuais por medicamentos e tratamentos de alto custo quando este não tenha uma real eficácia.

Visto que, não cabe ao juízo, o qual decide por determinar ou não que o Estado forneça o produto ou serviço que o cidadão reclama judicialmente, saber sobre efetividade ou confiabilidade de medicamentos e tratamentos, é que é necessária haver o corpo técnico auxiliando os personagens do poder judiciário a tomar a melhor decisão, tanto para o individuo quanto para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS:

BALESTERO, G.S. Direito fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 2011. **Disponível em:** <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/203> Acesso em: 05/09/2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: senado, 1988.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. Revista de Direito Sanitário, São Paulo: 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 13/04/2020.

FERRAZ, O. Judicialização da saúde é catástrofe iminente, por Octávio Ferraz. Canal Um Brasil, 2019. **Disponível em:** <https://www.youtube.com/watch?v=qgdjAfxUUAs&t=1s> Acesso em: 05/09/2020.

GOMES, F.C.B.; RODRIGUES, D.S.; ARAKAKI, F.F.S.; OLIVEIRA, L.M.M.M. A crescente judicialização da saúde para garantia de direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível. II Jornada de Iniciação Científica: III Seminário Científico da FACIG: sociedade, ciência e tecnologia, 2017. **Disponível em:** <http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/513> Acesso em: 20/09/2020.

JÚNIOR, R.M. Teoria “reserva do possível” x efetivação do direito à saúde. Movimento Todos Juntos Contra o Câncer, 2016. **Disponível em:** <https://www.youtube.com/watch?v=5loCBAzsTIA&t=4649s> Acesso em: 25/09/2020.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I.V.D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. Scielo: Ciência e saúde coletiva, 2010. **Disponível em:** <https://www.scielo.br/pdf/csc/v18n4/22.pdf> Acesso em: 10/09/2020.

MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Revista Jus Navigandi. Teresina: 2013. **Disponível em:** <https://jus.com.br/artigos/25309>. Acesso em: 01/05/2020.

PEPE, V.L.E.; FIGUEIREDO, T.A.; SIMAS, L.; CASTRO, C.G.S.O.; VENTURA, M. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. Scielo: Ciência e saúde coletiva, 2010. **Disponível em:** <https://www.scielosp.org/article/csc/2010.v15n5/2405-2414/> Acesso em: 10/09/2020.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, 2008. **Disponível em:** https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e_dicao024/ingo_mariana.html Acesso em: 24/09/2020.

SILVA, Keila Brito; BEZERRA; Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Physis: Revista de saúde coletiva, 2011. **Disponível em:** <https://www.scielosp.org/article/icse/2012.v16n40/249-260/pt/>. Acesso em: 25/05/2020.

SOUSA, Aione Maria da Costa. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como um direito de todos. Physis: Revista de saúde coletiva, 2014.

Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802014000200227&script=sci_arttext. Acesso em: 25/05/2020.

VENTURA, M.; SIMAS, L; PEPE, V.L.E.; SCHRAMM, F. R. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis: Revista de saúde coletiva, 2010. **Disponível em:** http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext. Acesso em 10/08/2020

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante IANNE GABRIELLE GONÇALVES BRITO do Curso de DIREITO ,matrícula 20162000114230, telefone: 62 9 9834 4981, e-mail: iannegabrielle53@gmail.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO a SAÚDE: ANÁLISE DO BINÔMIO: ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO E A RESERVA DO POSSÍVEL, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 21 de novembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es): Ianne Gabrielle Gonçalves Brito

Nome completo do autor: Ianne Gabrielle Gonçalves Brito

Assinatura do professor-orientador: Marina Rúbia Mendonça Lobo

Nome completo do professor-orientador: Marina Rúbia Mendonça Lobo