

LUCAS BARBOSA SILVA

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE PÚBLICA

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

LUCAS BARBOSA SILVA

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE PÚBLICA

Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Alessandro Gonçalves da Paixão.

Anápolis – 2019

LUCAS BARBOSA SILVA

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE PÚBLICA

Anápolis _____ de _____ 2019

Banca Examinadora

RESUMO

O trabalho monográfico tem o intuito de demonstrar o tema saúde na órbita jurídica brasileira, seu conceito, perspectivas de aplicação, bem como sua materialização no campo prático mediante a lei 8.080/90 (lei que regulamenta o sistema único de saúde). Ademais tem a intenção de demonstrar aspectos atuais ao tema, especialmente no campo do poder judiciário, o que a doutrina atualmente conceitua de judicialização da saúde, portanto será dissertado o assunto a partir de seu primórdio no ordenamento jurídico, o conceito, bem como os pontos principais que marcou o tema no decorrer destes anos, até sua aplicação nos dias atuais.

Palavras chaves: Direito à Saúde. Direitos fundamentais. Direitos sociais. Saúde como dever do Estado. Saúde como direito universal. Judicialização da saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I: HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS ADVINDOS DOS DIREITOS FUNDAMENTA	03
1.1 Direitos sociais na perspectiva dos direitos fundamentais e correlatos ao princípio da dignidade da pessoa humana	03
1.2 Historicidade dos direitos sociais envolto aos direitos fundamentais	05
1.3 Pacto internacional dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais	09
CAPÍTULO II: SAÚDE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	11
2.1 Conceito de saúde	11
2.2 Saúde na esfera constitucional – âmbito de aplicação.....	13
2.3 Sistema Único de Saúde – SUS.....	17
2.4 O papel da Anvisa e do ministério da Saúde na perspectiva do tem.....	19
CAPÍTULO III: A PROBLEMÁTICA ENVOLTA NO CAMPO DA APLICAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE.....	21
3.1 Judicialização no campo da saúde.....	21
3.2 Judicialização da saúde – prós e contras.....	24
3.3 A política nacional de medicamentos.....	26
3.4 Audiência pública da saúde – STF.....	27
3.5. As recentes decisões dos tribunais superiores no tocante ao fornecimento de medicamentos.....	29
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo será abordado o paralelismo dos direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana, denotando a perspectiva deste princípio na saúde pública, ainda será tratado sobre os direitos sociais advindos dos direitos fundamentais, apresentando seu conceito e historicidade, ou seja, suas três gerações/dimensões, o qual nesta primeira recebeu a terminologia de “direitos negativos” que representa uma abstenção estatal perante a sociedade, já na segunda geração/dimensão ficou conhecida como “direitos positivos”, sendo que o estado liberal já não restava mais totalmente eficaz, se fazendo necessário uma conduta mais auspiciosa; na terceira fase ocorreu o que a doutrina chama de “direitos de solidariedade e fraternidade” sendo que nessa hipótese nasce o dever de o Estado garantir os direitos difusos, por derradeiro, o tema pacto internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais, que delimitou alguns pontos de aplicação referente ao assunto.

O segundo capítulo restará abalizado o tema “Saúde no direito constitucional brasileiro” no qual os tópicos estarão subdivididos em “Conceito de saúde” sendo que nesta hipótese houve a dissertação de diversos doutrinadores e estudiosos referente ao tema; item contínuo restar-se-á aprofundado o tema no campo de sua aplicabilidade no campo prático da órbita constitucional; posteriormente encontrar-se-á delimitado o tema sistema único de saúde, o qual tratará de aspectos objetivos e subjetivos, bem como seus princípios balizadores trazidos tanto na constituição federal, quanto na lei do sistema único de saúde; por fim, será discorrido o papel da Anvisa e ministério da saúde dentro da perspectiva do tema, sua criação, o contexto histórico que culminou no seu nascimento, bem como, os escândalos e discussões que afagaram o tema da saúde durante período inicial da agência.

Por fim, no terceiro capítulo o assunto em debate será a “problemática envolta no campo de aplicação ao direito à saúde” o qual se discutirá a cerca d judicialização da saúde, ou seja, o que se entende por este instituto e ainda suas características; posteriormente apresentar-se-á os posicionamentos a favor deste instituto, com suas teses e argumentos, bem como os posicionamentos desfavoráveis, juntamente com suas teses e argumentos; logo em seguida restará delimitado a política nacional de medicamentos, uma vez que se trata de um decreto do poder executivo que estabelece normas complementares a legislação do sistema único de saúde, especialmente na distribuição de medicamentos pelo SUS; em continuação a audiência pública da saúde que ocorreu no STF no ano de 2009, em virtude das repetitivas demandas a cerca da distribuição de medicamentos, vez que tais demandas estavam sobrecarregando o poder judiciário, desta maneira se viu necessário para debate público do tema; por derradeiro as recentes decisões dos tribunais superiores acerca da distribuição dos medicamentos, destacando quais são as hipóteses que o Estado tem o dever de custear, hipóteses em que embora o Estado não possua tais medicamentos continua possuindo o dever de distribuir à população e ainda o rumoroso caso da autorização de medicamentos a base de CDB-THC oriundo da planta de cannabis.

CAPÍTULO I: HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS ADVINDOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo abordaremos em três tópicos específicos o tema “Histórico dos direitos sociais advindos dos direitos fundamentais”, sendo que, no primeiro tópico ficam delimitados os “Direitos sociais na perspectiva dos direitos fundamentais e correlatos ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

Por conseguinte trataremos o tópico “Historicidade dos direitos sociais envolvidos aos direitos fundamentais”, a qual será delimitada de uma forma contextual as fases que marcam o tema.

Por fim, no último tópico será abordado “O pacto internacional de direitos humanos sociais, econômicos e culturais”, sendo apresentada sua promulgação, bem como, de uma forma detalhada os direitos sociais ratificados neste pacto.

1.1 Direitos sociais na perspectiva dos direitos fundamentais e correlatos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Necessário se faz ressaltar iniciando o tema direito fundamental social à saúde a perspectiva da CF/88, no tocante a sua eficácia fundamental. Neste sentido o professor Uadi Lammêgo Bulos (2015, p.281), destaca: “Princípios constitucionais fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, encontrando-se prescritos na constituição federal”.

Ainda continua em seu ensinamento (2015), direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à

soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômico ou status social.

Ademais se ressalta a sua destinação como uma garantia constitucional, que se coaduna com a máxima do princípio da dignidade da pessoa humana, senão veja-se o que o professor Uadi Lammêgo Bulos (2015, p.281) “Tal noção é de caráter substancial, porque somente podemos captar a ideia exata do conceito de direitos fundamentais, auscultando a sua fundamentalidade material, que se traduz por meio do princípio da dignidade da pessoa humana CF, art. 1º III”.

Ainda no tocante a esta correlação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a professora Flávia Piovesan salienta (2015) que considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana. Ainda, Na avaliação do Frances Hagopian (2005, p. 91) “A Constituição democrática ratificada em 1988 é muito avançada em diversos direitos civis e sociais”.

Os direitos sociais no tocante a sua universalidade coadunada aos direitos fundamentais, posição adotada por Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos (2005), sendo certo que esta característica primordial dos direitos fundamentais, essa certa subjetividade ao titular destes direitos, é uma condição necessária e completamente suficiente para que possa exercê-lo, desta maneira tenha a possibilidade de exigir prestações ou mesmo abstenções do Estado, ainda finaliza salientando que todo brasileiro e estrangeiro pode exercer tal premissa (art. 5º).

No cerne desta Universalidade, destaca ainda Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos (2005), com o surgimento dos direitos sociais, a característica universal restou ainda mais nítida nos direitos fundamentais, mesmo independente de classe, corporação, ou instituição que o indivíduo esteja no campo social, este terá todos seus direitos resguardados de aplicabilidade social e fundamental, como por exemplo, a própria saúde.

Seguindo o ensinamento (2005), a igualdade, fundamento dos direitos sociais, impulsionou a noção de universalidade dos direitos fundamentais. Ao indivíduo não bastava ter garantida apenas sua liberdade individual. A dignidade do homem dentro da comunidade precisava ser preservada, o que só seria possível com a garantia de direitos também de natureza econômica e cultural.

Ainda, na perspectiva de sua eficácia irradiante, Pedro Lenza, traduz: (2012, p. 957), “Podemos afirmar que importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua ‘eficácia irradiante’, seja para o poder Legislativo ao elaborar a lei, seja para a Administração Pública ao ‘governar’, seja para o Judiciário ao resolver eventuais conflitos”.

Portanto, pode-se aferir que o direito social, em âmbito fundamental se deve interpreta-lo em sua unicidade, sua universalidade, de maneira igualitária, e ainda, sempre voltada a máxima do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2 Historicidade dos direitos sociais envolto dos direitos fundamentais

Os direitos sociais, em um contexto histórico-jurídico, nascem então dos frutos da revolução francesa, trazendo o lema *liberté, égalité e fraternité*, conforme destaca o professor Paulo Bonavides:

Em rigor, Paulo Bonavides destaca (2012) que o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Uadi Lammêgo Bulos refuta de maneira uníssona a cerca desta primeira geração/dimensão, trazendo alguns exemplos que marcaram a história, em um contexto mundial, o qual merece destaque.

Direitos fundamentais de primeira geração (direitos individuais) – a primeira geração, séculos XVII a XIX, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Abrange os direitos referidos nas revoluções americana e francesa. Nessa fase,

prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. Os antecedentes formais dessa primeira geração podem ser assim lembrados: Carta Magna de 1215 do rei João Sem Terra, Petition Of Right de 1628, Habeas Corpus, Amendment Act de 1679, Bill Of Rights de 1688, Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia 1776, dentre outros. (2015, p. 294).

Para Paulo Bonavides os direitos de primeira dimensão, ou em suas próprias palavras (2012, p. 581), “direitos da liberdade” afirma: “Os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.

Seguindo nesta dimensão de direitos sociais de primeira geração (2012, p. 581) “Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico. Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Em arremate, dentro desta seara o Mestre J.J Gomes Canotilho salienta o lado subjetivista dos direitos fundamentais:

Estruturas Subjetivas – Aponta para uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Esta tese, considera, por conseguinte, que os direitos são, em primeira linha, direito fundamental individual. Daqui resulta um segundo corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo (2007, p. 1241).

No que se referem os direitos de segunda dimensão, merece destaque esta fase, uma vez que reluzem à órbita jurídica os intitulados direitos sociais, senão veja-se a lição do professor Uadi Lammêgo Bulos:

Direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) – a segunda geração, advinda logo após a primeira grande guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem (2015, p. 294).

Na lição de Paulo Bonavides acentua de maneira marcante a correlação dos direitos fundamentais de segunda geração, com os direitos de primeira geração,

uma vez que estes de fato trouxeram grande avanço na órbita jurídica mundial, em suas palavras, o qual merece destaque:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (2012, p. 582 e 583).

Seguindo no mesmo ensinamento Paulo Bonavides (2012, p. 582) afirma que os direitos fundamentais de segunda geração “Tende a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”.

Neste mesmo sentido o professor Pedro Lenza, afirma (2012, p. 1075 e 1076), que nos termos do art. 6º alterado pelas emendas constitucionais 26/2000 e 64/2010 “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição”.

Continua de forma brilhante (2012, p. 1076) “Trata-se de desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito, tendo como documentos marcantes a constituição mexicana de 1917, a de Weimar, na Alemanha 1919, e no Brasil, a de 1934”.

E arremata seu ensinamento (2012, p. 1076) “Sem dúvida, os direitos sociais previstos no art. 6º caracterizam-se como conteúdo da ordem social, que aparece bem delimitada em um título próprio da constituição”.

Na mesma lição, o professor Pedro Lenza refuta especialmente no âmbito do direito social a perspectiva única voltada à saúde, e sua aplicabilidade, uma vez que é direito

de todos e dever do Estado e que deve garantir “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (2012, p. 1077).

No que se infere a bipolaridade dos direitos sociais o professor Pedro Lenza a ratifica e afirma que especialmente ocorre no direito social a saúde, que é solevada ao patamar máximo de direito social, veja-se em suas palavras essa dupla vertente: (2012, p. 1077) “No texto de 1988: a) Natureza negativa: o Estado ou terceiros devem se abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) Natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social”.

Por conseguinte o Mestre J.J Gomes Canotilho em seu livro “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” salienta sobre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais:

Fala-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta fundamentação objetiva que se pretende salientar quando se assinala à liberdade de expressão uma função objetiva, um valor geral, uma dimensão objetiva para a vida comunitária. (2007, p. 1241).

Por conseguinte, no que discerne os direitos de terceira dimensão o professor Uadi Lammêgo Bulos, de forma bem delimitada apresenta o marco inicial desta fase, bem como traz alguns exemplos em âmbito mundial que retratam a existência desta.

Veja-se:

Direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade) – a terceira geração engloba os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade (Karev Vasak). Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes de todo o mundo, como nas Constituições do Chile (art. 19 §8º) da Coreia (art. 35, 1) e do Brasil (art. 225). Os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos no texto constitucional hodierno, e que constituem a terceira geração dos direitos humanos fundamentais (2015, p. 294).

Ainda na brilhante afirmação do professor Paulo Bonavides, este destaca uma nova órbita jurídica, voltada especialmente para o cerne dos direitos humanos,

respeitando desta maneira a dignidade da pessoa humana, imperiosamente destaca de maneira uníssona:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da 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 em termos de existencialidade concreta. (2012, p. 587).

Logo, em arremate ao tópico pode-se concluir em um contexto histórico que os direitos sociais, advieram do fruto da revolução francesa, o qual se destaca os direitos de primeira dimensão (Direitos Cívicos e Políticos), de segunda dimensão (Direitos Sociais, Econômicos e Culturais) e os direitos de terceira dimensão (Fraternidade e Solidariedade).

1.3 Pacto Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais E Culturais

No tocante a Criação deste pacto, merece destaque “Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.º” (UNFPA, FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018, *online*).

No que se refere ao pacto internacional de direitos humanos a professora Flávia Piovesan afirma:

Tal como o Pacto Internacional Dos Direitos Cívicos e Políticos, o maior objetivo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Novamente, assumindo a roupagem de tratado internacional, mediante a sistemática da *international accountability*. Isto é, como outros tratados internacionais, esse

pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que lhes são enunciados. Em Janeiro de 2014, o pacto internacional dos direitos Económicos, Sociais e Culturais contava com a adesão de 161 Estados-partes. Assim como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, este expande o elenco dos direitos sociais, económicos e culturais elencados pela Declaração Universal (2015, p. 254).

Neste mesmo viés para o professor Thomas Buergenthal: “Esse pacto contém um catálogo de direitos económicos, sociais e culturais mais extensos e elaborados, se comparado ao catálogo da Declaração universal” (Livro International Human Rights, 2008, p. 42).

Ainda sobre os ensinamentos de Flávia Piovesan destaca, acerca da imperatividade estatal, a fim de garantir a efetiva aplicação destes direitos, com plena eficácia, sendo não apenas um texto de lei mórbito e sem aplicabilidade prática, veja-se:

Se os direitos Cívicos e Políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa de demora – têm a chamada autoaplicabilidade -, os direitos sociais, económicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo pacto, apresentam realização progressiva (2015, p. 255).

Como Observa Thomas Buergenthal (2008) os Estados ao aderirem ao pacto, não necessitam de plano imediato a praticar todas as medidas nele prescritas, sendo que tal aplicação se dará de forma progressiva, aplicando medidas de planeamento que serão realmente efetivadas com o tempo, portanto os Estados se obrigam de fato a planejar e exercer medidas públicas que incentivam os direitos sociais na medida de suas verbas, disponibilidade até que desta maneira venha coexistir conforme consta no tratado.

Destarte, pode-se observar que o tema dos direitos sociais abrange uma perspectiva internacional, em que diversos países se comprometem mediante políticas públicas sua aplicação, ainda se destaca que esta implementação não se dá de forma imediata, uma vez que, dependem de verbas, políticas, e planeamento público para sua eficácia em campo prático, mas acentua, o tema tem que ser implementado com rigor, a fim de esgotar sua eficácia máxima.

CAPÍTULO II: SAÚDE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Neste capítulo será abordado de maneira clara e objetiva o tema central aplicado na constituição federal de 1988, sendo que será subdividido em quatro tópicos, o qual no primeiro será destacado o conceito de saúde.

No segundo tópico iremos transcorrer a aplicabilidade da saúde no campo do direito constitucional, refutando os aspectos principais que delimitam os princípios de aplicabilidade do artigo 196 da CF/88.

Por conseguinte, será apresentado o conceito do Sistema Único de Saúde, bem como, sua esfera de atuação, visto que é o programa pelo qual se efetiva o direito fundamental à saúde prevista na própria Constituição Federal.

Por derradeiro, apresentaremos o papel fundamental da Agência Nacional de Vigilância Sanitária na garantia da saúde, bem como, o contexto histórico que levou a sua criação na órbita jurídica.

2.1 Conceito de Saúde

Iniciando o tema, necessário se faz a fim de entendimento pacífico e harmônico, apresentar o conceito de saúde, na esfera constitucional.

Importante se faz destacar que a saúde é compreendida como resultante de condições concretas de vida, decorre de lutas e políticas sociais, sobretudo os embates por reformas estruturais das diferentes sociedades, tendo como caso emblemático o processo revolucionário europeu de 1948, é o que salienta Michel Foucault (1989).

Para o professor Alexandre de Moraes o conceito deste assunto é apresentado de forma diversa, ou seja, em um sentido voltado a literalidade da lei constitucional, especialmente nos artigos 196 e 197 da CF que expressa a garantia como direito de todos e, por conseguinte sua regulamentação mediante um controle e fiscalização eficaz, veja-se:

Saúde é o direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem á redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo 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 por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, CF, art. 197 (2014, pág. 861).

Para o professor José Afonso da Silva (2012) a saúde também é conceituada como um direito de todos e dever do Estado, devendo se garantir de forma efetiva sua aplicabilidade, seja mediante políticas sociais, seja mediante políticas econômicas, entretanto ele ainda denota os princípios centrais que rege este direito, o qual se destaca: O princípio da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços.

O professor Uadi Lammêgo Bulos (2015, pag. 671) destaca mediante um aspecto singular que: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e não apenas a ausência de afecções e doenças”.

No âmbito do poder judiciário, sob o crivo do Relator Ministro Celso de Mello, o STF preceitua em uma perspectiva ampla, no entanto bastante objetiva e direta o conceito do tema, veja-se:

O direito a saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal) a quem incube formular – e implementar – políticas

sociais e econômicas que visem garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República (STF, RE 241.630-2/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Diário Oficial da Justiça, 1, de 03/04/2001, Pág. 49).

Em âmbito internacional, a Carta de Ottawa de 1986, conceitua (1986, Pág. 231) “A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como, as capacidades físicas”.

Por derradeiro destaca-se a carta de Bangkok que de forma brilhante apresenta o tema sob o viés da promoção da saúde em um mundo globalizado, especialmente no papel fundamental que as Nações Unidas exerce no campo prático.

As Nações Unidas reconhecem que a obtenção do mais alto nível de saúde é um dos direitos fundamentais de qualquer ser humano, sem discriminação de raça, cor, sexo ou condição sócio-econômica.

A promoção da saúde se baseia neste direito humano fundamental e oferece um conceito positivo e inclusivo de saúde como um determinante da qualidade de vida, incluindo o bem estar mental e espiritual (online).

Portanto o conceito de saúde é amplo, sendo abordado em diversas vertentes de pensadores, seja em âmbito nacional, seja em âmbito internacional, ainda o próprio tribunal máximo do Estdo brasileira preceitua seu conceito sobre o tema, demonstrando sua importancia de aplicação na órbita jurídica.

2.2 Saúde na esfera constitucional – âmbito de aplicação

Para aplicação prática na órbita constitucional e infraconstitucional, importante se faz delimitar alguns pontos envolto ao tema, dentre eles o que se transcorre a seguir.

O direito a saúde na Constituição Federal 1988 é tratado em artigo próprio, o que se infere como um avanço ímpar, uma vez que nas constituições anteriores não havia previsão expressa do direito a saúde como um direito fundamental de todos, senão veja-se o que diz Gilmar Mendes e o professor Paulo

Gonet em um brilhante ensinamento:

A constituição Federal de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824 que fazia referência à garantia de “socorros públicos” Art. 179, XXXI (2013, pág. 622).

O professor José Afonso da Silva ratifica o poder de controle, regulamentação e aplicação do ente público, destacando:

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do poder público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo “controle”, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização (2012, Pág. 838).

No que se refere o tópico, será abordado a seguir uma explanação sucinta do art. 196, que o Ministério da Saúde, mediante uma coletânea sob o tema Direito Sanitário e Saúde Pública, publicado em 2003.

A perspectiva da saúde e sua proteção constitucional (Art. 196 da CF/88), subdividido em: Direito de Todos; Dever do Estado; Garantido Mediante Políticas Sociais e Econômicas; Políticas que Visem à Redução do Risco de Doença e de Outros Agravos; Políticas que Visem ao acesso Universal e Igualitário; e por fim as Ações e Serviços para Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde.

Segundo a coletânea de Textos do Ministério da Saúde (2003, volume I), a perspectiva do Direito De Todos é possível identificar na própria redação do artigo constitucional tanto como 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.

Ainda nesta dimensão, por relatoria do Ministro Celso de Melo do STF

no AgR-RE nº 271.286-8/RS, enfatiza:

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Superior Tribunal Federal, ao reconhecer o direito à saúde, como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que a “interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente” impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que a “essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestação de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)”, legitimando a atuação do poder judiciário nas hipóteses em que a administração pública descumpra o mandado constitucional em apreço. (AgR-RE nº 271.286-8/RS, DJ de 12/09/2000) (STF online).

Concomitante pode-se deduzir com estes ensinamentos que esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretiza. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde, é o que afirma Mendes e Gonet (2013).

O Dever do Estado sendo um 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.

Segundo o Ministério da Saúde (2003) ainda é certo o dever estatal de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, que está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, Da constituição.

A Garantia Mediante Políticas Sociais e Econômicas, refutado pelo texto da carta magna, traduz a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalvadas, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas eficiente.

Assim 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 programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova

descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada. Isto é destacado na colêctania do Ministério da Saúde sob o tema “direito sanitário e saúde pública” (2003).

Pertinente às Políticas que Visem à Redução do Risco de Doença e de Outros Agravos, Gilmar M. e o professor Paulo G. salientam que:

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.

O âmbito de abrangência dessas políticas públicas é bastante amplo. Pesquisas da Organização Mundial da Saúde indicam, por exemplo, uma direta relação entre saneamento básico e acesso à água potável e saúde pública. Políticas no sentido de melhorias na rede de esgotos reduziram consideravelmente a quantidade de doenças e, conseqüentemente, os dispêndios com saúde no Brasil (2013, pág. 623).

Nas 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 de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV da lei 9.080/90)”.

Ainda pode se destacar sob a ideia de Gilmar Mendes e Gonet (2013) a questão da inclusão no rol das políticas para um acesso universal ao sistema de saúde da quebra de patente de medicamentos. No Brasil, esta foi utilizada como forma de concretização de política pública, dando-se maior efetividade ao direito à saúde.

Para enfatizar esta lição, veja-se:

Melhor exemplo é a quebra de patente de medicamentos para o tratamento da AIDS e o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis. Antes de sua ocorrência, o deferimento de pedidos para a obtenção do “coquetel” para o tratamento da AIDS era extremamente comum no Supremo Tribunal Federal, e os custos com sua compra, elevados (2013, pág. 623).

O Âmbito de Aplicação do Direito à Saúde no Brasil, na concepção de Mendes e Gonet (2013) leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementações e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Em conclusão os doutrinadores destacam:

Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema da saúde, incluídas aqui as normas de organização (2013, pág. 624).

Portanto em arremate ao tópico, conclui-se que saúde no âmbito constitucional, embora tenha sido tratado em breves artigos na Constituição Federal, restou delimitado de uma forma clara e com princípios específicos, que vão além, sendo um dever estatal, ou seja, o Estado deve garantir sua eficácia e aplicação.

2.3 Sistema Único De Saúde - SUS

Apresentado o conceito de saúde, bem como sua aplicação no campo constitucional, iremos abordar agora, sua aplicabilidade prática, ou seja, a forma sistemática como é exteriorizada mediante um sistema único, regido por lei especial (Lei 8.080/90).

Na percepção de Gilmar Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco (2013) a Constituição Federal houve por bem estabelecer o modelo básico de organização e procedimento para o direito básico à saúde.

Nestes termos o texto constitucional estabelece, as ações e serviços públicos de saúde integrando uma rede regionalizada e hierarquizada e constitui 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 CF/88), Mendes e Gonet (2013).

Ainda, na lição do professor José Afonso da Silva, traz a baila os princípios norteadores do sistema. Veja-se:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o poder cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção a saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo de outro (2012, pág. 838).

No que se refere os marcos legais deste sistema, Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos, destaca:

O movimento organizativo do SUS teve como marcos importantes a VIII Conferência Nacional de Saúde (1986) e a criação da comissão Nacional de Reforma sanitária que assegurou a “saúde como direito de todos e dever do Estado” na constituição de 1988. Esta se constitui em relevante avanço em relação aos direitos sociais, consolidando ganhos pelos quais a sociedade ansiava há décadas e colocando o país, sob o ponto de vista do marco legal, em um patamar mais elevado de justiça social (2010, pág. 245).

Por fim, no que discerne a competência do SUS, resta sistematicamente demonstrada de maneira didática na própria Constituição da República de 1988, em seu artigo 200, contendo VIII incisos, os quais refutam de maneira uníssona a importância que a constituição ofereceu ao tema. Diante de tais perspectivas, cabe destacar que somente na CF/88 que tema saúde, recebeu título próprio, contendo os princípios e balizas que o Estado deve perquirir e seguir na busca da efetiva aplicação da saúde pública.

2.4 O papel da ANVISA e do Ministério da Saúde na perspectiva do tema

Cabe aqui destacar, quão fundamental é a participação da agência nacional de vigilância sanitária, colaboradora singular no tema – Direito fundamental social a saúde. Criada em um contexto histórico ímpar, e que com tamanha certeza merece destaque.

Na inteligência de Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos (2010) à época de sua criação, vários foram os escândalos, amplamente noticiados na imprensa, envolvendo más práticas de fabricação e falsificação de medicamentos.

Casos emblemáticos como a comercialização do placebo (pílulas de farinha) como se fosse o medicamento Androcur – indicado para câncer de próstata – destruíram o prestígio da famosa farmácia “Botica ao Veado de D’Ouro LTDA” e indignaram a população (2010).

Afirma ainda Bliacheriene e Sebastião (2010) que, mesmo após os referidos escândalos alguns meses depois, novamente a comercialização de lotes de Placebo como se fossem pílulas anticoncepcionais levou o laboratório multinacional aos tribunais em processo que no final deu ganho de causa a dezenas de mulheres que provaram que tinham engravidado enquanto usavam regularmente o produto.

Tais iniciativas desumanas e completamente absurdas fundamentou a criação da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), o que neste ponto merece destaque, uma vez que a respectiva autarquia exerce um papel fundamental em todo âmbito nacional.

Nesta perspectiva Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos (2010) afirmam que o clima de insegurança gerado pela divulgação desses ilícitos gerou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que, em sua conclusão, entre outras providências, recomendou que o governo implementasse ações para o combate à falsificação e à melhoria da qualidade de medicamentos no país.

Continua em seu ensinamento recomendando para que haja um fortalecimento, desta maneira, necessário seria a criação de uma nova agência reguladora de produtos e serviços de saúde ligada ao Ministério da Saúde e especialmente dedicada no tema de medicamentos.

Então em 1999 é criada a Agência nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela lei 9.782/99, que nas palavras de Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos (2010, Pág. 178) “Com missão institucional de promover e proteger a saúde da população, garantindo a segurança de produtos e serviços e contribuindo para o seu acesso”.

Sobre o trabalho nestes quase 20 anos de criação da ANVISA, Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos (2010), destaca que muito se tem feito para elaborar e aprovar o arcabouço legal que determine os critérios de qualidade dos medicamentos que a sociedade exige e necessita.

Informa ainda que o foco tem sido a atualização dos requisitos para autorização de novos registros de medicamentos e para sua renovação. A base é a comprovação de eficácia e segurança, que inicia no processo de anuência da pesquisa clínica prévia ao registro e se estende ao registro e à atribuição de seu preço máximo no mercado (2010).

Portanto em arremate, conclui-se o papel essencial que ANVISA exerce na perspectiva da saúde, sendo certo, que sua atuação tem se dado de forma exaustiva e eficaz para sociedade brasileira, ainda o ministério da saúde como órgão vinculado diretamente ao presidente da república, também exerce papel fundamental para aperfeiçoamento do tema.

CAPÍTULO III: A PROBLEMÁTICA ENVOLTA NO CAMPO DA APLICAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

Neste capítulo será tratado o tema da problemática envolta no campo de aplicação ao direito à saúde, a judicialização no campo da saúde, bem como os posicionamentos e argumentos de doutrinadores renomados contra e a favor desta conduta positiva na saúde pública pelo Poder Judiciário.

Ademais será transcrito ainda a aludida audiência da saúde, ocorrida no ano de 2009 após incontáveis ações judiciais referente ao tema, sendo certo que será abordado sua justificativa e desfecho.

Por fim, será norteado as decisões mais importantes do Tribunais Superiores referente à saúde pública, com diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, e ainda, o rumoroso julgado do Superior Tribunal de Justiça que autorizou a importação do medicamento a base de cannabidiol.

3.1 A judicialização no campo da saúde

No que se refere o tema central da problemática envolta na aplicação ao direito à saúde, necessário se faz algumas ponderações iniciais, concernentes a busca do poder judiciário para a efetiva aplicação do direito a saúde.

Diante disto, o Ministro Gilmar Mendes juntamente com o professor Paulo Gustavo Gonet Branco (2013) afirmam que se constatando a existência de políticas públicas ao tema, incumbe ao poder judiciário penas, averiguar quais razões de fato

levaram a Administração Pública negar a prestação, arguindo ainda, que não compete ao poder judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, portanto é dever do judiciário constatar se estas políticas adotadas atendem os ditames preteracionados na Constituição Federal, ou seja, acesso universal e igualitário.

Seguindo na lição de Gilmar Mendes juntamente com o professor Gonet, merece destaque seu posicionamento, veja-se:

Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, possível de efetivação por meio do poder judiciário (2013, p. 630).

Desta maneira Mendes juntamente com Gonet (2013), defendem uma questão que não pode ser ignorada, ou seja os elevados custos dos medicamentos no país. Segundo os autores em um estudo liderado pelo professor da Universidade de Princeton, João Biehl, indica que alguns remédios no Brasil custam, duas vezes mais do que na Suécia e chegam a ser treze vezes mais elevados que o índice mundial de preços. Tal fato está a indicar que a realização do direito à saúde – no caso, acesso a medicamento – pode realizar-se de diversas forma, associadas a políticas públicas de variada índole.

Desta maneira, em virtude dos elevados preços é mais um dos fatores, ou mesmo estímulo da busca ao poder judiciário, para que, desta maneira de fato ocorra à efetiva aplicação ao direito fundamental à saúde pública.

Por conseguinte, neste entendimento Mendes e Gonet (2013) destacam que segundo levantamentos feitos, a busca pelo poder judiciária em vasta maioria se dá pela via individual, sendo que, nestas hipóteses as pessoas beneficiadas com a tutela estatal são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação. A pesquisa levou em consideração os dados relativos à residência dos autores das demandas, e a maioria destas, por terem sido propostas por advogados particulares. Por esta maneira, o abarrotamento na esfera judicial é uma das consequências desta individualização.

Por conseguinte, merece análise um estudo apresentado no livro de Gonet e Mendes no tocante a individualização das demandas judiciais (2013), o que em suas perspectivas no âmbito do direito à saúde, em estudo que pesquisou demandas envolvendo direito à saúde e à educação em cinco Estados brasileiros, além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e do Superior Tribunal de Justiça, foi constatado que 96% (Noventa e seis por cento) dos litígios referiam-se à saúde, enquanto 4% (Quatro por cento) versavam sobre direito à educação. Destes, dos somentes 2% (Dois por cento) dos casos de direito à saúde eram ações coletivas ao passo que 81% (Oitenta e um por cento) dos casos relativos a educação eram reclamações coletivas.

Em resumo a referida pesquisa, denota-se a ausência de articulação conjunta dos diversos interessados para obtenção de uma tutela na área de saúde, sendo este um dos principais obstáculos ao aumento de demandas coletivas no setor.

No tocante a esta ausência de articulação o Mendes e Gonet Branco (2013) destacam que os demandantes acabam por planejar suas ações a curto prazo e pelo meio que parece mais ágil e fácil. Ainda continua nesta seara, afirmando que tais posicionamentos, influenciam até mesmo nos pedidos destas demandas, ou seja, normalmente, o entendimento de determinados juízos, o que gera, inclusive, um direcionamento quanto ao modo de elaborar o pedido.

Ademais, neste mesmo sentido, Ana Carla Biacheriene e José Sebastião dos Santos (2010) destacam que a judicialização da saúde pode se dar devido há vários anos, o art. 196 da Constituição não foi interpretado como determinante da obrigação do Executivo em fornecer intervenções ou medicamentos.

Por tal premissa, afirmam (2010) que o texto de lei era interpretado, apenas como norma programática e as demandas judiciais solicitando

medicamentos ou intervenções não disponíveis no sistema não eram acolhidas de maneira geral.

Portanto conclui-se que a judicialização da saúde tem fatores determinantes, e que acima foram apresentados como a ineficiência administrativa em fornecer uma saúde

eficaz, bem como o alto custo de medicamentos, e por fim a falta de informação, uma vez que grande maioria das ações são pela via individual culminando no abarrotamento de demandas no poder judiciário.

3.2 Judicialização da saúde – prós e contras

No tocante a judicialização da saúde necessário se faz apresentarmos a dupla vertente desta ceara, ou seja, destacar os pontos positivos e negativos.

Diante de tal premissa iniciaremos pelo professor F. R. S. Machado que elaborou um estudo reflexivo no tocante ao tema, defendendo uma corrente positiva, veja-se:

Como evidência em uma corrente positiva, as consequências advindas das demandas judiciais acerca dos medicamentos antirretrovirais, que não faziam parte das intervenções disponíveis, no início dos anos de 1990. Uma vez criada a Lei 9.313/96, que garante a distribuição gratuita e universal desses medicamentos, as demandas passaram a ser acolhidas pelo judiciário pressionando o executivo a se planejar para efetivamente prover medicação, o que acabou ocorrendo. O programa nacional DST/Aids é visto mundialmente como modelo de assistência e atenção aos pacientes portadores do vírus HIV/Aids (2008, p. 73).

No compasso do tema, ainda no que discerne o negativismo, Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos, sustentam sua tese, na afirmativa de que na grande maioria, as pessoas que buscam o poder judiciário, são privilegiadas, com boas condições financeiras, senão veja-se:

Como evidência negativa, alguns estudos revelam que a maioria dos beneficiários dessas demandas são minorias privilegiadas. Lopes, Barberato Filho e Osório-de-Castro, em estudo acerca das ações contra a secretaria Estadual de São Paulo/SP (SES) relativas a medicamentos neoplásicos, verificaram que as de origem em serviços privados de saúde representavam mais de 60% (Sessenta por cento) do total analisado, para quatro medicamentos dos sete examinados. O estudo encontrou também forte concentração dos prescritores, segundo o medicamento [Variando de 10,6% (dez virgula seis por cento) a 38,4% (Trinta e oito virgula quatro por cento) 2006/07] e do principal advogado comandando a ação [percentuais entre 9,5 (nove virgula cinco por cento) e 70,4 (Setenta virgula quatro por cento)]. Entre as conclusões desses autores destacam-se a concentração da elevada proporções de ações judiciais contra a SES, em 2006 e 2007, ser proveniente de serviços privados de saúde 50%

(cinquenta por cento), de que muitas ações envolviam medicamentos sem evidências clínicas positivas para o tratamento da doença objeto da ação, o que representou um gasto de R\$ 7 milhões em medicamentos sem evidência científica para o uso solicitado (2010, p. 34).

Ainda para Ana Julia Vieira Zucchi (2010) deve-se interpretar o ativismo judicial de uma forma negativa, uma vez que o próprio poder judiciário desestabiliza a gerencia do executivo, bem como do SUS, haja vista que as condenações judiciais não estão no plano orçamentário do sistema.

Ainda em sua perspectiva (2010), os medicamentos antineoplásticos adquiridos via ação judicial, dois deles sequer estão registrados e a maioria carece de mais ensaios clínicos controlados randomizados que fundamentem sua eficácia. Em resumo, R\$ 281,000,00 (Duzentos e oitenta e um mil) foram utilizados para a aquisição desses medicamentos, com total desconsideração da organização do SUS, que prevê o atendimento dessa demanda de outra forma. Além disso, este recurso foi gasto com medicamentos que, em sua maioria, não apresentavam fortes evidências de benefício aos pacientes.

Em contrário senso, defende o ativismo judicial Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos (2010), afirmando a relevância do tema para com a sociedade visto que a interveniência do poder judiciário nas questões relativas à saúde pública demonstra, por um lado, grande importância para a efetivação do direito à saúde dos cidadãos. O acesso à saúde, equanto direito, deve ser visto, antes de tudo, como uma grande conquista popular inculpada na Carta Constitucional Republicana de 1988.

Ainda neste raciocínio para Batista, Machado e Lima (2009, p. 836), merece destaque que este ativismo se justifica ante a inércia do legislativo, bem como a inaptidão do poder Executivo, ou seja, “enquanto o executivo e o legislativo

tardam em dar respostas efetivas às demandas sociais, cresce o número de ações judiciais, recolocando em pauta o debate acerca do direito”.

Por conseguinte, mas não menos importante, merece destaque o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, que por hora, ratifica-se o lado positivo da judicialização da saúde pública, veja-se:

[...] Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e Poder Executivo [...]. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Se uma norma Constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (2018, online).

Desta maneira, conclui-se que a judicialização da saúde tem duas vertentes primordiais, ou seja, tem os que defendem que de fato tem que haver este ativismo judicial, uma vez que a Administração pública é ineficiente, e ainda resta expresso no texto constitucional que a saúde é direito de todos, já os que defendem que o poder judiciário não deve intervir no poder executivo, sustentam a tese de que na grande maioria destas demandas são concedidas a pessoas que dispõem de renda financeira relativamente boa, e que estas decisões atrapalham de grande modo a gerência administrativa, uma vez que estes valores não estão previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

3.3 A política nacional de medicamentos

A política nacional de medicamentos é um decreto do poder executivo expedido pelo ministro da saúde no ano de 1998, quando o então ministro era José Serra.

O decreto tem como diretriz assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, aos gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, devendo concentrar esforços no sentido de ações direcionadas ao alcance deste propósito.

Resta como prioridades do ato administrativo configurar as bases para o alcance do propósito da Política estabelecida, bem como a implementação das diferentes ações indispensáveis ao efetivo cumprimento.

Ainda prela o tocante a responsabilidade das esferas de governo no âmbito do SUS, o qual atuarão no sentido de viabilizar o propósito da Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população aos considerados essenciais.

Portanto a política nacional de medicamentos é um ato administrativo normativo, que disciplina e complementa a distribuição, custeio e diretrizes dos medicamentos que serão distribuídos pelo Sistema Único de Saúde.

3.4 A audiência pública da saúde – STF

A audiência pública é uma possibilidade que o regimento interno do próprio STF permite ao relator que conduz o processo, se este entender necessário para elucidação de circunstância ou fatos. Dessa maneira será ouvido o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sendo necessária a hipótese de repercussão geral ou de interesse público relevante. Previsão do art. 21 inciso XVII do regimento interno do STF (online).

A existência de um número significativo de demandas relacionadas ao direito à saúde motivou a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal no dia 27/29 de abril e 04/07 de Maio do de 2009. Para Gilmar Mendes e o Professor Gonet (2013) a Corte transformou-se em um verdadeiro fórum para a reflexão e argumentação, mediante a realização de uma audiência pública sobre à saúde.

A fim de elucidação e esclarecimento deste percentual de demandas, merece destaque uma reportagem do Jornal Folha de São Paulo que publicou:

Entre 2003 e 2009, o Ministério da Saúde respondeu a 5.323 processos judiciais com solicitações de medicamentos, um gasto de R\$ 159,03 milhões. Só em 2009 foram R\$ 83,16 milhões – 78,4% deste valor foram para comprar 35 drogas importadas. Não estão computadas neste montante as ações ingressadas diretamente nos Estados e municípios. Edição do dia 24/07/2010 (online).

Para os professores Mendes e Gonet (2013) estas audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade democrática da Corte vem da força dos seus argumentos, é evidente que esta deve estar disposta a ouvir todos os setores da sociedade, especialmente em casos relativos à efetivação de direitos socioeconômicos.

Ainda nesta mesma perspectiva Mendes e Gonet (2013) afirmam ser certo que a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde; por outro lado, as decisões judiciais traduzem um forte ponto de tensão com os elaboradores e executores de políticas públicas.

Cabe destacar que a audiência pública sobre saúde motivou a criação, pelo conselho nacional de justiça, do “Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde”. Foi instituído pela resolução nº 107/2010, o qual possui como objetivo primordial a discussão de temas, como o aumento das ações judiciais na área de saúde, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares, entre outras questões relevantes.

Após a resolução 107/2010 o CNJ no mesmo sentido aprovou a recomendação nº 31, de 30 de março de 2010; recomendação nº 35 de 12 de Julho de 2011, e a recomendação nº 36 da mesma. Na perspectiva de Gilmar e Paulo (2010) as recomendações tem o intuito de auxiliar os tribunais a adotarem medidas visando melhorar e subsidiar os magistrados para melhor eficiência na solução de demandas que discutam o direito a saúde, como o apoio técnico de médicos e farmacêuticos às decisões dos magistrados. Ainda as recomendações visam estabelecer diretrizes em relação aos pacientes judiciários e a execução da medida de segurança e para subsidiar os magistrados em litígios que envolvam a assistência à saúde suplementar.

Desta forma, conclui-se que a audiência pública da saúde ocorrida no ano de 2009, se fez necessária em virtude de tamanha ineficiência da Administração Pública, uma vez que inúmeras ações judiciais foram parar no Supremo Tribunal Federal, e que após o ato culminou em diversas recomendações do próprio CNJ, bem como pelo poder Executivo.

3.5 As recentes decisões dos tribunais superiores no tocante ao fornecimento de medicamentos

Na concepção do Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013), a tempos o direito à saúde vem sendo esculpido pelo Supremo Tribunal Federal. Relacionam-se diversas espécies de prestações como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTI's e de leitos hospitalares,

contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior.

Em julgado do RE 195.192-3/RS da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ficou consignado:

SAÚDE – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (online).

Destaca-se também o RE-AgR 255.627-1, no qual o Ministro Nelson Jobim afastou a alegação do município de Porto Alegre de que não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo. O ministro Nelson, amparado no precedente do RE 280.642 no qual a 2ª Turma havia decidido questão idêntica (online).

Em outro julgado pela Corte, conclui-se que o administrador não age na implementação dos serviços de saúde com total discricionariedade como se imagina, uma vez que existe balizas e diretrizes pré-estabelecidas que o vinculam na aplicação e execução da saúde pública. Veja-se desta maneira a ementa na

ADPF-MC 45/DF. O qual teve a relatoria do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO

"MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (online).

Importante se faz apresentar alguns recursos extraordinários julgados pelo Supremo: "RE-RG 597.064/RJ, tema 345: "Ressarcimento ao SUS das despesas com atendimento a beneficiário de planos de saúde privados"; RE-RG 566.471/RN, tema 6: "Dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo"; RE-RG 657.718/MG, tema 500: "Dever do Estado de fornecer medicamentos não registrado pela ANVISA"; RE-RG 580.264/RS, tema 115: "Aplicação da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista que prestam serviços de saúde exclusivamente pelo SUS" (online).

Em arremate merece destaque ímpar o julgado bastante rumoroso do STJ - REsp: 1759668 SP 2018/0203374-5, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO:

UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : DAGOBERTO SILVERIO DA SILVA - SP083631
GUSTAVO MOSSO PEREIRA - SP214325 TIAGO ASSUNÇÃO
RAMOS BONIZI - SP270806 RECORRIDO : V F G (MENOR)
REPR. POR : L J DE F G ADVOGADO : DEBORA BUCH
PORTELA - SP166848 CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE
SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE
DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO NÃO
REGISTRADO NA ANVISA. MATÉRIA AFETADA AO RITO DOS
RECURSOS REPETITIVOS (RESP Nº 1726563/SP, SEGUNDA
SEÇÃO). DECISÃO V F G, menor de idade representado por sua
genitora, ajuizou ação de obrigação de fazer em desfavor de
UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
(UNIMED), sob alegação de que é beneficiário de plano de saúde
fornecido pela ré e, assim que descobriu ser portador da
Síndrome de West, foi prescrito tratamento médico domiciliar, que
inclui o uso de medicamentos anticonvulsivos, entre os quais
Canabidiol (CBD-THC) 2,5 cm (online).

Portanto pode-se verificar que neste caso o STJ não apenas autoriza mas também exige a obrigatoriedade de tratamento por medicamento não regulamentado pela ANVISA, o que neste caso se refere ao Canabidiol (CBD-THC), extraído da folha da Cannabis.

Em conclusão, nota-se que o STF vem legislando de forma atípica no tocante ao tema à tempos, prova disto se faz as incontáveis decisões sobre assunto, e diante de tal premissa existem diversos posicionamentos de doutrinadores e estudiosos no assunto, sendo uns a favor outros contrário a este viés do Supremo.

CONCLUSÃO

Conclui-se pelo discorrer do presente trabalho monográfico que o direito à saúde evoluiu de forma significativa durante o decorrer dos tempos até a atualidade.

Com advento dos direitos fundamentais na constituição Federal, o tema solevou á um patamar ímpar, trazendo garantias que outrora não teria sido estabelecidas, o que se destaca o instituto de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais.

Ainda com a evolução dos direitos fundamentais, nasce os direitos sociais, que taxativamente se denominam “direitos de segunda geração: direiros sociais, culturais e econômicos”.

Os direitos sociais na constituição federal de 1988 também trouxe grande avanço, mas acima de tudo garantias que outrora não teriam sido estabelecidas pelas constituições anteriores.

Ademais neste viés o direito social á saúde recebeu tamanho apreço que na CF/88 fora denominado seção própria para o tema, ou seja, seção II, contendo os artigos 196 à 200 da magna carta.

Diante de tamanha proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja em esfera constitucional (CF/88), seja em esfera infraconstitucional (8.080/90), seja em esfera infralegal (Decreto da política nacional de medicamentos), diversos autores, estudiosos e juristas renomados mundialmente adentraram no tema, assim: Michel

Foucault (1989), Alexandre de Moraes (2014), José Afonso da Silva (2012), Uadi Lammêgo Bulos (2015).

Neste contexto, outra conclusão que extrai do presente trabalho monográfico são as diversas aplicações e enfrentamento do tema pela suprema corte brasileira, decidindo diversos casos de interpretação, aplicação e ainda direitos e garantias que devem ser respeitadas pelo poder executivo.

Desta maneira, o supremo tribunal federal traz a baila o dever do Estado perante a eficácia do direito à saúde, pois, embora seja uma norma programática, ou seja, que dependa de norm posterior para sua implementação, isso não significa dizer que o Estado pode se quedar inerte.

Ainda o STF de forma categórica enfrentou a discussão envolta dos medicamentos de tratamento aos portadores do vírus HIV (AIDS), quebrando a patente para garantir a possibilidade de acesso universal e igualitário. O STF teve que decidir também acerca dos medicamentos a base de placebo (pílulas de farinha), no qual, culminou na criação da ANVISA (Agência nacional de vigilância sanitária) e no Ministério da Saúde. Inclusive nesta persepção o STF instaurou a audiência pública ocorrida no ano de 2009, onde se ouviu representantes da sociedade, governo, o qual debateram de forma árdua o tema, para melhor compreensão e acerto nas decisões prolatadas pelo supremo.

Durante esta trajetório o STF ainda abordou temas como a aquisição de medicamentos de alto custo, Vagas em UTI's, ADPF's sobre o mínimo investido e distribuído para a saúde em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, ressarcimento de gastos ao SUS dos beneficiários de planos de saúde, dever de o estado em fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA, cite-se o rumoroso e ressentido caso dos medicamentos a base de CDB-THC oriundo da planta de cannabis, aplicação de imunidade tributária as S.E.M que prestam serviços de saúde exclusivamente pelo SUS.

Diante de tais enftetamentos, a doutrina denominou o tema como a “judicialização da saúde”, que nada mais é do que o STF intervir de forma ativa e

categórica na aplicação, implemento e manuseio do tema perante a sociedade. Esta denominação recebeu diversas críticas que foram abordadas no presente trabalho, ou seja, formam os “prós e contras” acerca da judicialização da saúde, que cabe destaque, vez que restou apresentado inúmeras posições de maneira compilada, entretanto objetiva e precisa.

Por fim, mas não menos importante, não pode deixar de se concluir o papel fundamento do SUS na aplicação da saúde, uma vez que é o órgão pelo qual este direito social se perpetua, o qual, se regulamenta pela lei 8.080/90, e que nesta estabelece princípios e balizas, especialmente no tocante a sua rede regionalizada e hierarquizada.

Portanto, o tema é vasto, entretanto na presente monografia foi abordado de forma objetiva e completamente eficaz, trazendo o contexto histórico de sua natureza jurídica, bem como sua aplicação na atualidade jurídica brasileira.

REFERÊNCIA

AFONSO, José da Silva. **Curso de Direito constitucional Positivo**. São Paulo/SP. Editora malheiros editores. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial**. Disponível em: www.oaab.org.br/users/.../1235066670174218181901.pdf. Acessado em 05/12/2018.

BATISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. **Responsabilidade do Estado e direito a saúde no Brasil: um balanço da atuação dos poderes. Ciência e Saúde Coletiva**. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

BRASIL. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. RE 195.192-3/RS da 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj de 22/02/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acessado em 20/05/2019.

BRASIL. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acessado em 11/03/2019.

BRASIL. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acessado em 11/03/2019.

BRASIL. **Jurisprudência Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acessado em 11/03/2019.

BLIACHERIENE Ana Carla e SEBASTIÃO José dos Santos. **Direito à Vida e à Saúde, impactos orçamentário e judicial**. Edição única. São Paulo/SP. Editora Atlas. 2010.

BUERGENTHAL, Thomas. **Livro International Human Rights**. New York/EUA. Editora United Nations. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo/SP. Editora Saraiva. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/SP. Editora Malheiros Editoras. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal, editora Saraiva. 2007.

CARTA DE BANGKOK . **A promoção da saúde em um mundo globalizado. 2005**. Disponível em: <http://www.bvsde.paho.org/bvsdeps/fulltext/cartabangkokpor.pdf>. Acessado em 20/05/2019.

CARTA DE OTTAWA de 1986. **Primeira Conferência internacional sobre promoção da saúde**. Ottawa, Novembro de 1986. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf. Acessado em 20/05/2019.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ Fernando, ROSA Márcio F. Elias e SANTOS Marisa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/SP, editora Saraiva. 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Reportagem Gasto é maior em 2009 que nos 6 anos anteriores**. São Paulo/SP. Edição publicada em 24/07/2010.

HAGOPIAN, Frances. **The Third Wave of Democratization in Latin America Advances and Setbac, Cambridge**. Reino Unido. Editora [Cambridge University Press](http://www.cambridge.org). Edição publicada em 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª edição. São Paulo/SP. Editora Saraiva. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo/SP. Editora Saraiva 2015.

MACHADO, F. R. S. **Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil**. Revista Direito Sanitário. São Paulo, v. 9, nº 2. 2008.

MENDES, Gilmar e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva. 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014.

STF. **Jurisprudência**. (RE 241.630-2/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Diário Oficial da Justiça, 1, de 03/04/2001. Pág. 49). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca?q=RESP+125628+RS>. Acessado em 20/05/2019.

UNFPA. **Pacto Internacional Dos Direitos Humanos Economicos, Sociais E Culturais** - UNFPA, FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2018. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acessado em 20/05/2019.

VIEIRA F. S. Zucghi. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. Revista Saúde Pública, nº 42, v. 2. 2007.