A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

(Letícia Elias Preve)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar os entendimentos jurisprudenciais acerca da efetivação do direito à saúde. As demandas judiciais para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos vêm crescendo de forma desenfreada, de modo que a atuação do Poder Judiciário vem sendo essencial para a concretização desse direito constitucional, observando os limites existentes. A judicialização da saúde é uma questão extremamente desafiadora de ser resolvida, uma vez que deve ser observado de um lado o direito fundamental à saúde, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e por outro lado, a escassez de recursos financeiros do Estado e a reserva do possível. Dessa forma, o Poder Judiciário precisa decidir com base no sopesamento de valores, no qual não se pode destinar todo o orçamento dos cofres públicos para uma única demanda judicial e prejudicar toda a coletividade. Ademais, os tribunais superiores firmaram entendimento de que a reserva do possível não pode servir de impedimento a efetivação do direito fundamental à saúde, uma vez que está diretamente atrelado ao nosso bem maior jurídico tutelado, ou seja, o direito à vida.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Limitação.

ABSTRACT: This article aims to analyze the jurisprudential understandings about the realization of the right to health. The judicial demands for the granting of medicines and medical treatments have been growing in an unrestrained manner, so that the Judiciary Power has been essential to the realization of this constitutional right, observing the existing limits. The judicialization of health is an extremely challenging issue to be resolved, since the fundamental right to health, the minimum existential, the dignity of the human person and the scarcity of financial resources of the State and the reservation of the possible. Thus, the Judiciary needs to decide by observing the weighting of values, in which it is not possible to allocate the entire budget of the public coffers to a single judicial demand and harm the entire community. In addition, the higher courts have established an understanding that the reserve of the possible cannot serve as an impediment to the realization of the fundamental right to health, since it is directly linked to our greatest protected legal good, that is, the right to life.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE; 2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEVER DO ESTADO; 3 TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS; 3.1 LIMITAÇÃO PRESTACIONAL DO ESTADO; 3.2 ANÁLISE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS;

1 INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como objetivo analisar as nuances da judicialização da saúde, bem como as decisões dos tribunais superiores no que diz respeito a concessão de medicamentos e tratamentos médicos.

Diante do cenário que estamos vivendo atualmente, enfrentamos uma pandemia mundial, que certamente vem impactando a vida de muitas pessoas em todos os quesitos, mas principalmente na saúde.

O direito à saúde é um direito fundamental e está previsto na Constituição Federal de 1988. Em que pese o direito à saúde estar diretamente atrelado ao direito a vida, bem maior jurídico tutelado, esse direito padece de enfermidades, uma vez que os orçamentos do Estado são insuficientes para atender toda a demanda que lhe é imposta.

É fato que a judicialização da saúde é um tema bastante recorrente, de repercussão geral no tribunais já que é uma questão extremamente desafiadora de ser resolvida, uma vez que de um lado está o direito á saúde, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e por outro lado, a alegação da reserva do possível pelo Estado e a escassez de recursos financeiros.

A Constituição Federal de 1988 consagra a responsabilização dos entes federativos para a concretização do direito à saúde de forma solidária, de modo que os Municípios, Estados, Distrito Federal e União Federal devem assegurar as medidas necessárias para efetivação desse direito.

Essa solidariedade de responsabilização entre os entes federativos está prevista no artigo 23, inciso II da Constituição Federal, e no artigo 198, dispõe que o financiamento do Sistema Única de Saúde é proveniente de recursos dos cofres da seguridade social dos Municípios, Estados, Distrito Federal e da União Federal.

Quando as demandas judiciais são propostas em busca da concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, os entes federativos alegam a escassez de recursos financeiros para custear tais pedidos.

A reserva do possível é um argumento bastante utilizado pelo Estado como óbice a efetivação do direito a saúde. No entanto, esse argumento não vem sendo aceito pelo Poder Judiciário para a não efetivação desse direito fundamental, a não ser que seja comprovado, analisando o caso concreto.

Ocorre que de um lado, a discussão é do indivíduo que busca a concretização do seu direito a saúde, a garantia do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, e do outro lado o Estado tentando se esquivar de uma responsabilidade que é sua, sob argumentos de escassez financeira e reserva do possível.

O Estado vem de forma reiterada descumprindo com suas obrigações na via administrativa, dessa forma as pessoas necessitam recorrer ao Poder Judiciário na tentativa de terem seus direitos satisfeitos.

No entanto, existem requisitos para a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, bem como uma limitação para a atuação do Poder Judiciário.

Por isso, faz-se necessário a análise dessa problematização. Dessa forma, o objetivo é analisar o posicionamento dos nossos Tribunais Superiores no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

Assim, inicialmente aborda-se algumas considerações a respeito do tema pretendido, como o direito fundamental a saúde consagrado na Constituição Federal de 1988, as limitações da intervenção judicial na concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, a responsabilidade solidária dos entes federativos, bem como a análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEVER DO ESTADO

A saúde é um direito universal e está esculpido na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, sendo que todo ser humano possui direito ao resguardo de sua saúde, ao mínimo existencial, ao respeito pela dignidade humana, devendo o Estado garanti-la, por meio de políticas públicas.

Para Bulos (2018, p. 1592), a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história, a elencar o direito a saúde como sendo um direito fundamental, uma vez que a vida humana foi entendida como um bem soberano pelos constituintes.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". (BRASIL, 1988).

O direito a saúde está esculpido nos artigos 196 a 200 da Carta Magna, instruindo também o sistema de funcionamento do SUS, regulado pela Lei 8.080/90 que dispõe acerca da responsabilidade do Estado em garanti-lo de forma efetiva através de políticas econômicas e sociais, que assegurem o acesso universal e igualitário para a sua promoção, proteção e recuperação, "devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". (BRASIL, 1990).

Em que pese as imposições ao Estado de assegurá-la, "a saúde padece de enfermidades profundas, fazendo com que o direito à saúde, enquanto direito fundamental não tenha a total efetivação conforme os ditames constitucionais". (HUMENHUK, 2004).

Ademais, conforme Humenhuk (2004, p. 12):

> Vivemos em um Estado Social e Democrático de Direito, e o Estado tem a função de dar garantia e eficácia de alguns direitos aos cidadãos, diante disto, os direitos fundamentais, revelam-se, já no próprio sentido da palavra, como fundamental, ou seja, é pressuposto para a vida de qualquer ser humano, pois sem este, não há dignidade humana. Com isto, o direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia.

Nesse contexto, ressalta-se que "já está consagrado que o Estado possui a obrigação de cumprir vários mandamentos que dão base à teoria dos direitos sociais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial em saúde". (SCHULZE, 2019, p. 27).

Ademais, a Carta Magna nasceu com a proposta de um Estado Democrático de direito, com intuito de concretizar os direitos fundamentais dando ênfase na dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, onde está inserido o direito a saúde. Nesse sentido, para Luis Roberto Barroso[1]:

> Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes e um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente

> medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

No entanto, “o grande desafio da função jurisdicional é estabelecer os limites, a extensão e o alcance da dignidade da pessoa humana, vale dizer, de saber quais os fatos jurídicos que autorizam a invocação do princípio para a proteção do direito fundamental à saúde". (SCHULZE, 2019, p. 29).

Ainda nesse contexto, o autor afirma:

> O conjunto de prestação que envolvem o mínimo existencial pressupõe, portanto, ao menos: renda mínima, saúde, moradia e educação fundamental. É possível incluir, também, um elemento instrumental, de acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos bens materiais. (2019, p.30).

Além disso, quando a Constituição menciona o Estado como responsável, está se referindo aos entes federativos, onde todos respondem solidariamente no polo passivo de uma demanda judicial em que se busca a concretização do direito a saúde.

Ademais, o artigo 2º da Constituição Federal elenca sobre a separação dos poderes, que são independentes entre si, mas devem agir em harmonia. Isso significa que o Executivo, Legislativo e Judiciário, devem agir de forma a auxiliar um ao outro na concretização dos direitos.

Uma vez que o Estado é responsável pela efetivação do direito à saúde, através de políticas públicas e também do fornecimento de medicamentos e tratamentos aos portadores de alguma doença, é legítimo exigir junto ao Poder Judiciário sua concretização. Cabendo sua efetivação aos Municípios, Distrito Federal, Estados e União.

No entanto, as demandas judiciais nessa esfera crescem a cada dia, os pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamentos estão cada vez mais onerosos, fazendo com que o Estado enfrente dificuldades na efetivação do direito a saúde, principalmente pela ausência clara de recursos.

3. TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS

3.1 LIMITAÇÃO PRESTACIONAL DO ESTADO

Conforme já mencionado, o Estado enfrenta inúmeras dificuldades na

concretização do direito à saúde, uma vez que o fornecimento de medicamentos ou tratamentos está cada vez mais custoso, tornando-se ainda mais desafiador para o Poder Judiciário, que está afogado com tantas demandas judiciais, ter que decidir entre ações individuais e ao mesmo tempo, zelar pelo bem coletivo.

É importante destacar que o Poder Judiciário vem recebendo, analisando e decidindo sobre os pedidos de condenação do Estado (União, Estados e Municípios) a fornecer tratamentos e medicamentos, utilizando-se o argumento que a saúde é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal (SCHULZE, 2019, p. 32).

Ainda nas palavras do autor, deve-se destacar quais são os critérios a serem utilizados pelos magistrados no momento de decidirem sobre questões relacionadas á saúde, uma vez que podem causar grandes impactos para o Estado, evitando-se portanto um excesso inconstitucional. (SCHULZE, 2019, p. 56).

Um dado do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aponta que “a judicialização na saúde representa, atualmente, um impacto nos orçamentos e na quantidade de processos que tramitam na Justiça”. O Conselho ainda dispõe que “com custo de aproximadamente R$ 10 bilhões por ano, a judicialização pode ser melhor realizada se houver uma integração de conhecimentos”. (HERCULANO, 2019).

Salienta-se que o direito à saúde é um tema de alta relevância em casos da Justiça e o seu aumento considerável aponta um grande dilema para o Poder Judiciário: "como tomar decisões que, de fato, vão beneficiar os pacientes, sem desequilibrar o sistema de saúde.” (HERCULANO, 2020)

Assim, para Luis Roberto Barroso:

> Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, **pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários,** separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria. (Grifou-se).

Nota-se portanto a abrangência do direito à saúde e a complexibilidade de resolução desse fato, uma vez que inexiste um filtro de critérios sobre quem tem prioridade ou não. É notória a disputa entre os interesses individuais e coletivos, devendo o Poder Judiciário decidir de forma efetiva, sem desequilibrar todo o sistema.

Está longe de ser uma situação fácil de resolver, porém os magistrados devem invocar o princípio da proporcionalidade, atentando-se ao mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e a reserva do possível, observando os cofres e as limitações do Estado pensando no bem da coletividade.

É importante ressaltar que o mínimo existencial abrange os mecanismos de direito para uma vida digna, previstos nos capítulos 6º a 11 da Constituição Federal e são conhecidos como direitos sociais, onde dispõe que todas as pessoas têm direito ao mínimo para sua sobrevivência, estando atrelado a dignidade da pessoa humana, prevista nos artigos 1º, 5º, §, art. 109, § 5º da Carta Magna.

Já a reserva do possível é um argumento bastante utilizado pelo Estado para enaltecer a impossibilidade de concretização do direito a saúde, uma vez que as ações judiciais individuais podem colaborar com o não atendimento da coletividade.

Embora esse argumento seja bastante rotineiro pelo Estado, destaca-se que “no entendimento do Poder Judiciário não há que se falar na aplicação da teoria da reserva do possível com o escopo de eximir o Estado do cumprimento de suas obrigações constitucionais”. (VASCONCELOS, 2016, p. 725).

Para Souza (2013):

> A Reserva do Possível, então, é invocada quando da impossibilidade de o Estado, através de prestações positivas, garantir plenamente a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais, sob pena de grave prejuízo ao erário e, consequentemente, à sociedade como um todo.

Dessa forma, percebe-se que a reserva do possível acaba de certa forma limitando a atuação do Poder Judiciário, uma vez que os cofres do Estado são finitos.

Nesse sentido, Schulze (2018) explica:

> De um lado, tem-se o argumento da defesa da vida do cidadão que postulou o tratamento na via judicial. De outro lado, há a alegação de que a política de saúde é promovida mirando toda a sociedade e não apenas o autor do processo – potencial beneficiário da decisão judicial.

Destaca-se ainda, que todo direito tem um custo ao Estado, inclusive aqueles que são considerados direitos negativos. Não se refere somente a implementação desses direitos, mas principalmente para mantê-los resulta em despesas para os cofres públicos, por essa razão, deve-se analisar cada caso concreto.

A questão não é nada simples de ser resolvida, uma vez que o interesse coletivo não pode ser sacrificado em razão de uma demanda individual, ainda mais quando se trata do fornecimento de medicamento e tratamento de alto custo. Dessa forma, é bastante desafiador para o Poder Judiciário ter que sopesar uma concessão individual com todo o sistema coletivo, de forma a não prejudicar o bem comum.

Percebe-se portanto a complexibilidade desse assunto, e como aponta Schulze (2019) "o alto preço dos medicamentos é uma preocupação global e isso também impacta na judicialização da saúde.”

Ainda, no entendimento do autor:

> "Portanto, as pessoas e as instituições precisam se esforçar para permitir a redução do custo das tecnologias em saúde. Afinal, limitar o acesso das pessoas mais necessitadas significa aumentar as desigualdades e maltratar a dignidade do ser humano.” (SCHULZE, 2019)

Assim, para fins de análise dos valores dos medicamentos e tratamentos médicos, cita-se:

1) Para leucemia: Midostaurin 25mg **R$ 87.319,81**, caixa com 112 comprimidos.

2) Para fibrose cística: ORKAMBI (Lumacaftor/Ivacaftor) 200mg/125mg, **R$ 41.665,11** a caixa com 112 comprimidos.

3) Esclerose múltipla primariamente progressiva CID 10 G35: Ocrelizumab, 300 mg/10ml, **R$ 34.179,50** o frasco.

4) Espondilite Anquilosante (EA): Humira 40mg, **R$ 10.279,71** por 2 seringas.

5) Dermatite atópica grave: Dupixent (Dupilumabe) 300 mg, ampola por via subcutânea, **R$ 6.967,05** cada.

Verifica-se portanto, o quão oneroso é para custear essa quantidade de demandas judiciais individuais que crescem a cada dia de forma desenfreada, sendo uma questão extremamente desafiadora de resolver, uma vez que interesses individuais se sobrepõem muitas vezes em face do bem coletivo.

3 EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO TRIBUNAL SUPERIOR

3.1 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE A SITUAÇÃO

A judicialização da saúde é motivo de muito debate hoje em dia, o Poder Judiciário está cada vez mais abarrotado com tantas demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde. O custo disso pode ser exorbitante para os cofres públicos e de certo modo, pode chegar a ser prejudicial ao bem comum.

Dessa forma, é bastante desafiador para o Judiciário ter que ponderar todos esses fatores, por um lado a concretização de um direito fundamental, o respeito ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, e por outro lado, a reserva do possível, uma vez que todos tem esse direito assegurado constitucionalmente.

Por esse motivo a judicialização da saúde vem ganhando repercussão geral nos Tribunais Superiores, uma vez que o assunto abrange aspectos positivos e negativos ao mesmo tempo.

Ademais, os entes federativos conflitam em forma de defesa acerca da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas relacionadas ao direito à saúde, alegando agressão ao Princípio da Separação de Poderes. No entanto, a referida agressão não resta configurada, já que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição Federal e deve fazê-la de forma eficiente.

A respeito disso, entende o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA.[...]6. **A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes.**7. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2017). (Grifou-se).

Nesse sentido, destaca-se as falas do Ministro do Supremo Tribunal Federal quando assevera que “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”. (Barroso, 2012, p. 23-32, apud, GEBRAN NETO, 2019, p. 118).

Ademais, pontua-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça “seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido

com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes". Também proferiu o Tribunal no sentido de que "não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa". (BRASIL, 2017).

Como já mencionado anteriormente ao longo do presente artigo, a judicialização traz seus pontos positivos e negativos.

Dentre os aspectos negativos, elenca-se os seguintes: **a) a desorganização do SUS,** uma vez que as decisões dos magistrados que cuidam de interesses individuais acabam interferindo na ordem do atendimento e prejudicando o bem coletivo, já que o Estado vem sendo surpreendido com inúmeras obrigações de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde; **b) influência negativa sobre as finanças públicas,** uma vez que há um desvio de recursos públicos em detrimento de interesses individuais, quando deveriam ser drenados para as políticas coletivas; **c) indevidas escolhas judiciais de políticas públicas**, já que o Poder Judiciário deixa de agir como legislador negativo, e passa a agir como legislador passivo ou mesmo como um administrador e por fim; **d) a fragilização da isonomia,** já que ocorre a escassez de recursos para alguns beneficiários. Em razão das politicas que são instituídas para atender interesses individuais. (GEBRAN, 2019, p. 126).

Salienta-se ainda, que o Poder Judiciário não tem conhecimento técnico sobre doenças e medicamentos, sendo responsabilidade das partes a apresentação dos laudos médicos e demais documentos comprobatórios da necessidade dos medicamentos e tratamentos pleiteados.

Devido à alta demanda de ações judiciais, foram estabelecidos requisitos para a concessão dos medicamentos. Os tribunais superiores estabeleceram parâmetros a fim de seja realizada uma análise mais pormenorizada, dependendo de cada caso concreto.

Dessa forma, faz-se necessário a análise das decisões do tribunal superior a fim de entender a complexidade que envolve essa discussão acerca da concessão ou não de medicamentos e tratamentos médicos.

Como mencionado anteriormente, o Poder Judiciário brasileiro adotou parâmetros mais rígidos para controlar a quantidade de demandas judiciais. Passou-

se a analisar de forma mais pormenorizada cada caso concreto.

3.2 ANÁLISE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como já mencionado ao longo do presente artigo, a judicialização da saúde é uma questão altamente desafiadora para ser resolvida, uma vez que os magistrados precisam decidir entre tutelas individuais, mas ao mesmo tempo ponderando com bem coletivo.

A jurisprudência atual tem observado critérios significativos na hora de decidir acerca da concessão de medicamentos e tratamentos de saúde. Foram estipulados parâmetros com a finalidade de filtrar as demandas de forma mais eficiente, a fim de evitar danos irreversíveis.

A fixação de novos parâmetros tem o objetivo de realizar o controle do crescimento desenfreado de demandas judiciais e verificar a real necessidade dessa concessão.

Sabe-se que o Estado é bastante falho no cumprimento de suas obrigações, de modo que a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde não ocorre na esfera administrativa, devendo então o Poder Judiciário intervir para concretizar o direito à saúde.

O posicionamento dos Tribunais Superiores possuem fundamentos para garantir o direito à saúde, de modo que torna-se irrelevante e incoerente qualquer fundamento utilizado pelo Estado como óbice para a não efetivação do direito a saúde, sem a apresentação de documentos que comprovem essa escassez financeira.

A reserva do possível e a inexorável escassez financeira são argumentos bastante utilizados pelos entes federativos na tentativa de se absterem de suas obrigações, no entanto, não são bem aceitos como argumento pelos Tribunais Superiores.

Além disso, há a imposição de multa em caso de descumprimento:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER**. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTRARRAZÕES APRESENTADAS. VERBA HONORÁRIA MAJORADA EM 1%, PERCENTUAL O QUAL SE SOMA AO FIXADO NA ORIGEM, OBEDECIDOS OS LIMITES DO ART. 85, § 2º, § 3º E § 11, DO CÓDIGO DE

> PROCESSO CIVIL/2015, COM A RESSALVA DE EVENTUAL CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 968392 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 29-08-2016 PUBLIC 30-08-2016)

Ainda, percebe-se o argumento de responsabilidade solidária indicada pelos Tribunais Superiores:

> PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS **DIREITO À VIDA E À SAÚDE NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO** (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) PRECEDENTES (STF) **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA** DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (RE nº 716.777-AgR/RS, Relator o Ministro **Celso de Mello**, Segunda Turma, DJe de 16/5/13).

A responsabilidade solidária dos entes federativos é algo consolidado, tanto na Constituição Federal, como na jurisprudência. Ainda assim, o argumento de ilegitimidade passiva é bastante utilizado pelos entes como óbice para a não efetivação do direito à saúde.

Existem incontáveis demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, o que torna mais desafiador ainda para o Poder Judiciário saber o que priorizar, uma vez que existem demandas de todos os gêneros e condições de gravidade.

Há muitos casos que demandam complexibilidade, dentre eles estão as demandas de pessoas portadores de câncer, que não pode aguardar na fila, que não podem esperar muito tempo por tratamento, já que pode ser fatal pela agressividade da doença.

É fato que existe uma necessidade altamente considerável nesses casos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **Fornecimento de medicamento oncológico. Adequação e necessidade.** Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para a análise de matéria ínsita ao plano normativo local, tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento), em desfavor da parte recorrente, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (ARE 1090602 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal

> Pleno, julgado em 22/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 19-11-2018 PUBLIC 20-11-2018)

Percebe-se portanto, que o Tribunal Superior preza pelo direito à saúde, que está totalmente atrelado ao direito à vida, bem maior jurídico tutelado. Apesar de ser altamente desafiador, o Poder Judiciário não aceita argumentos utilizados para a não efetivação do direito à saúde, a menos que o Estado comprove de forma legítima essa escassez financeira.

Outrossim, faz-se necessária a apresentação de toda a documentação que comprove a enfermidade e a efetividade do medicamento ou tratamento de saúde pleiteado, veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Medicamento não disponibilizado pelo SUS. Laudo médico que informa tratamento mais eficaz.** Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. Agravo regimental não provido. 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (ARE 1155501 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018)

Verifica-se a obrigatoriedade de laudo médico atestando a eficácia do tratamento, uma vez que o Judiciário é leigo nessas questões de medicina, recorrendo a perícia médica.

Ademais, os argumentos mais utilizados pelos entes federativos são a escassez de recursos financeiros e a reserva do possível, utilizados frequentemente na tentativa de justificar a impossibilidade de concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, sem se quer apresentar provas dessa insuficiência.

No entanto, é necessário demonstrar essa escassez de recursos financeiros e dificilmente o Estado faz isso na hora de se defender de uma demanda judicial.

> AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO.** SPINRAZA. **AMEAÇA DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA NÃO DEMONSTRADA. RISCO DE MORTE DA PACIENTE**. DANO INVERSO. SUSPENSÃO INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS OU FATOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (SS 5222 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 06-08-2018

PUBLIC 07-08-2018)

Como visto, a grave lesão a economia pública não é demonstrada, é apenas uma alegação do Estado. Por outro lado, o risco de morte do paciente é demonstrado através de perícias médicas, e deve prevalecer o direito a vida.

Desse modo, nota-se que o posicionamento dos Tribunais Superiores é no sentido de garantir o direito à saúde, proferindo decisões que forcem o Estado a conceder o que está sendo pleiteado, sob a imposição de multas e outras medidas eficientes para o cumprimento da decisão.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verificou-se que as demandas judiciais estão crescendo de forma desenfreada no Brasil. Isso ocorre devido à inércia do Estado na esfera administrativa, de modo que as pessoas necessitam recorrer ao poder Judiciário a fim de terem seu direito à saúde garantido.

Além disso, é fato que a sociedade brasileira está cada vez mais consciente e exigente sobre os seus direitos, o acesso a informação está cada vez mais eficiente, isso faz com que reivindiquem por uma atuação positiva do Estado.

No entanto, os argumentos do Estado são sempre no sentido de se esquivar de suas obrigações. A alegação de escassez de recursos financeiros e a reserva do possível são seguramente os mais utilizados pelos entes federativos.

Contudo, como viu-se na análise do posicionamento de algumas decisões dos Tribunais Superiores, nenhum desses argumentos é acatado, de modo que as decisões proferidas impõem a obrigatoriedade dessa concessão de medicamentos e tratamentos médicos.

Porém, existem casos em que a escassez é comprovada por meio de documentos, o que faz o Poder Judiciário analisar cada caso concreto e decidir assertivamente com base nessas provas e na necessidade das partes.

Ainda, outro argumento bastante utilizado pelo Estado é a ilegitimidade passiva, o que é indiscutível, uma vez que a responsabilidade solidária está consagrada na Constituição Federal de 1988 e consolidada na jurisprudência.

Ao realizar a análise de algumas decisões dos Tribunais Superiores, percebe-se que a quantidade de decisões contrárias ao direito à saúde são

baixíssimas, uma vez que os Tribunais têm se posicionado no sentido da concretização desse direito, através da concessão de medicamentos e tratamentos médicos.

Dessa forma, o que se propôs no presente artigo foi realizar uma análise reflexiva acerca da intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, ante a inércia do Estado na esfera administrativa.

Apesar de ser uma questão altamente desafiadora, os Tribunais decidem através do sopesamento de valores, levando-se em consideração não somente a satisfação de interesses individuais, mas do bem coletivo. Deve se levar em consideração a menor onesoridade para a coletividade, observando os meios e os fins.

É fato que a judicialização da saúde é uma questão desafiadora de se tratada, uma vez que trata de um direito fundamental, juntamente com a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, e por outro lado, os argumentos da inexorável escassez de recursos financeiros e a reserva do possível. É um conflito de valores, onde deve prezar-se pelo direito a vida.

Contudo, existem requisitos estipulados a fim de limitar e filtrar as inúmeras demandas judiciais, avaliando-se a necessidade e urgência do pedido, comprovação médica da obrigatoriedade do medicamento e tratamento de saúde, sem violar os princípios da Reserva do Possível.

Desse modo, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário é essencial para a concretização do direito a saúde, não violando os princípios da Reserva do Possível, ou separação de poderes, uma vez que nessa questão há uma grande incompatibilidade, e nesse caso, prevalece o direito a saúde, que está diretamente atrelado ao direito à vida, bem maior jurídico tutelado.

REFÊRENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do nosso modelo.7. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 11.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080,** de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1655043**. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em 12 fev. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial** 1553112. 2015. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443404146/ agravo-interno-no-recurso-especial- agint-no-resp-1553112-ce-2015-0220452-8? ref=amp. Acesso em 12 fev. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436062/false. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 5222. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur388440/ false. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1090602. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/ search/sjur394687/false. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 1155501. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/ search/sjur396587/false. Acesso em 12 fev. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 5222. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur388440/ false. Acesso em 13 fev. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/ books. Acesso restrito à minha biblioteca.

GEBRAN NETO, João Pedro, SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

HERCULANO, Lenir Camimura. **Integração entre saúde e direito pode contribuir para reduzir judicialização**. Brasíla: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88611-integracao-entre-saude-e-direito-pode-contribuir- para-reduzir-judicializacao. Acesso em: 11 fev. 2021.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi**, Teresina, n. 9, n. 227, p. 1-4, fev. 2004. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839. Acesso em: 11 fev. 2021.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional – atualizado até a EC n. 90/2015**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 83p. Disponível em: https:// integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books. Acesso restrito à minha biblioteca.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial**: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v.14, n. 116, p. 1-6, set 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621. Acesso em: 11 fev. 2021.

SCHULZE, Clenio Jair. Judicialização da saúde e o dilema orçamentário. ***In:*Empório do Direito.** 2018. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/judicializacao-da-saude-e-o-dilema-orcamentario. Acesso em: 11 fev. 2021.

SCHULZE, Clenio Jair. Custo dos medicamentos e judicialização da saúde. ***In:*Empório do Direito.** 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/custo-dos-medicamentos-e-judicializacao-da-saude. Acesso em: 11 fev. 2021.