



AÇÕES JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS E O DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA COMARCA DE CRICIÚMA – SC.

JUDICIAL ACTIONS ON MEDICINES AND THE RIGHT TO HEALTH: AN ANALYZE OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSPECTIVE AND THE PRINCIPLE OF THE POSSIBLE RESERVE IN THE CRICIÚMA COUNTY – SC.

Niakson Cardozo Pereira¹
Rosângela Del Moro²

RESUMO

O presente artigo busca a historicidade do direito à saúde em consonância com os princípios e garantias fundamentais, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por meio de estudo relativo ao direito à saúde, o histórico e formação do Sistema Único de Saúde, se realizou pesquisa quantitativa na Comarca de Criciúma/SC, por meio do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, sobre as ações individuais de medicamentos relativas ao ano de 2018, se relacionando com a deficiência do Estado em assegurar os direitos e garantias individuais e o acentuado ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo. Comarca de Criciúma/SC. Medicamentos. Saúde. SUS.

ABSTRACT

This article looks at the historicity of the right to health in accordance with fundamental principles and guarantees, especially the principle of the dignity of the human person provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Through a study on the right to health, and the formation of the Unified Health System, a quantitative survey was conducted in the Criciúma County / SC, through the Public Prosecutor's Office of the State of Santa Catarina, on the individual actions of drugs

¹Estudante de Direito da 9ª fase na Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma/SC. Email: niakson7@gmail.com

² Advogada. Professora do Curso de Direito da Unesc (Criciúma/SC). Especialista em Direito. Email: rdm@unesc.net



related to the year 2018, relating to the State's disability in ensure individual rights and guarantees and heightened judicial activism.

Keywords: Activism. Couty of Criciúma – SC. Health. Medicines. SUS.

1 INTRODUÇÃO

Por meio do contexto histórico envolvendo os direitos à cidadania, no que tange aos direitos à saúde e uma vida digna, até a Conferência Nacional da Saúde ocorrida no período de 17 a 21 de Julho de 1986, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o advento do Sistema Único de Saúde a partir da Lei 8.080/1990, a saúde pública passa a ser um direito social e fundamental de todos, devendo ser efetivado pelo Estado mediante a atuação de políticas públicas visando sua máxima efetividade, seja nos direitos e garantias individuais, seja nas garantias coletivas.

Ocorre, porém, que considerando os recursos financeiros limitados do Estado, bem como a má administração das finanças públicas e até mesmo atos de corrupção causando feridas na sociedade, nem todos os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde é efetivado, levando determinado percentual de pessoas a acionarem o Poder Judiciário para a garantia do fornecimento de determinado medicamento e com isso a garantia de uma vida minimamente digna.

Por outro prisma, o Poder Judiciário, por receber diversas ações individuais visando o fornecimento de medicamentos e as reiteradas ações procedentes e sem prévia análise da organização, gestão e administração do Estado, pode provocar maior desorganização e deixar ainda mais limitados os recursos financeiros, prejudicando a coletividade.

Duas vertentes do direito surgem neste contexto: de um lado os direitos individuais indisponíveis em paralelo aos direitos e garantias individuais e as ações individuais de medicamento visando a efetivação destes direitos. Doutra norte, o princípio da reserva do possível, a limitação administrativa do SUS e o atendimento à coletividade, obedecendo a ordem de ingresso e gravidade em cada caso concreto para o acesso aos serviços públicos de saúde, dentre eles o fornecimento de medicamentos pela via administrativa.



O presente artigo buscará, através do contexto histórico do direito à saúde no Brasil e dados quantitativos coletados na Comarca de Criciúma/SC, esclarecer os fatos e as possibilidades de atuação do Poder Judiciário, ponderando pela justiça em cada caso concreto, sem deixar de analisar os pontos de uma determinada ação que vise a tutela de algum direito.

2 SAÚDE PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A saúde pública está atualmente estabelecida no rol de direitos sociais na Constituição Federal de 1988, classificadas dentro os direitos de segunda dimensão, ou seja, aqueles direitos positivos em que o Estado é instigado a atuar em prol dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos. Em capítulo que lista o rol de direitos sociais, o artigo 6º mais especificamente assim define que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Destaca Rodrigues (2016, p. 26) “identifica-se o direito à saúde como um direito de cidadania, posto que o legislador constituinte brasileiro elencou no rol desses direitos, no capítulo destinado aos direitos sociais, tratando, portanto, a saúde como um direito social fundamental do cidadão”.

O conceito de direito à saúde está destacado na 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida entre 17 e 21 de março de 1986, que assim dispôs:

Direito à Saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às condições e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (BRASIL, 2015, p. 4).

Através do conceito elaborado pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, a Constituição Federal de 1988 incorpora o mesmo em seu artigo 196, definindo o direito à saúde e suas diretrizes e princípios. Indo mais nesta esteira, o direito à saúde encontra respaldo também no cenário mundial. A Primeira e Segunda Guerras Mundiais, por exemplo, expuseram formas diferentes no pensamento dos juristas, no que tange aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tamanho o



impacto e as cicatrizes deixadas por tais guerras, sobretudo entre as décadas de 1950 e 1970, década essa conhecida como a era de ouro da medicina e o avanço das políticas sociais em saúde no mundo político. Mais, no século XX ocorreram avanços e descobertas, como a descoberta da penicilina, a pasteurização de alimentos como forma de prevenção à doenças alimentares, a estreptomicina para o tratamento de tuberculose e programas de erradicação da varíola, inclusive havendo o período no Brasil conhecido como a “Revolta da vacina”³. O positivismo jurídico e o estrito cumprimento as leis dos países fizeram a humanidade repensar no modo de agir, sobretudo porque pairaram questionamentos se justamente a ideia de estrito cumprimento à lei deveria prevalecer sobre prerrogativas já inerentes, dentre elas a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos então adquiriram um caráter universal e indivisível: um no que tange a dignidade da pessoa humana como valor inerente a própria condição humana, outro versa sobre as categorias interligadas e interdependentes entre si, tais como direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos⁴.

Insta citar a Declaração Universal de Direitos Humanos elaborada pela ONU (Organização das Nações Unidas), mais especificamente no artigo XXV:

Todo o ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle (ONU, 1948).

Outrossim, os Direitos Humanos, a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos Humanos passam a ser entendidos em gerações, classificados inicialmente por três distintas e ligadas gerações: os direitos de primeira geração (direitos de liberdade), segunda geração (direito de igualdade) e de terceira

3ALVES, F. A. P; PAIVA, C. H. A; FALLEIROS, I; Saúde e desenvolvimento, a agenda do pós-guerra, disponível em: http://observatoriahistoria.coc.fiocruz.br/local/File/na-corda-bamba-cap_5.pdf, acesso em: 15 março 2019.

4Conforme destaca Sarlet (2016, p. 263): “seu fundamento na dignidade da pessoa humana se traduz na ideia amplamente difundida, de que no princípio da dignidade da pessoa humana podem e até mesmo devem ser deduzidas posições subjetivas fundamentais e deveres, ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma do direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, que existe um direito fundamental à dignidade”.



geração (direito de fraternidade). Com a modernização do direito, o avanço no conhecimento e na pesquisa, então duas novas gerações passam a inserir referido rol: a quarta geração (direito a globalização ou universalidade dos direitos humanos) e o direito de quinta geração (o direito à paz). (RODRIGUES, 2016, p. 55).

Considerando o tema proposto no presente artigo, cabe reforçar os direitos de segunda geração. Tais direitos envolvem justamente os direitos sociais, os direitos de atuação positiva do Estado, ou seja, o dever de o Estado atuar de forma a promover políticas públicas de maneira igualitária, indivisível e universal.

O Estado brasileiro, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, recepciona tratados que versam sobre os Direitos Humanos, bem como o seguimento a própria Declaração da ONU que, embora de caráter meramente recomendativo, serve como base e parâmetro para signatários de tratados que visam a efetivação dos Direitos Humanos em sua essência.

Considerando a atuação positiva do Estado, é sabido que este deve atuar promovendo políticas públicas que visem o desenvolvimento social, o desenvolvimento econômico, e eliminação das discriminações sociais através de princípios que esculpem a saúde pública como o princípio da igualdade formal e material (tratar os iguais como iguais e os desiguais dentro de suas desigualdades).

São os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Inicialmente, na Constituição Imperial de 1824, o Imperador sequer cita o termo saúde pública, preferindo classificá-lo como socorros públicos. Logo após, a Constituição Republicana de 1889 intitula a saúde pública, porém inicialmente somente aqueles que contribuíam para a Previdência Social gozariam dos benefícios das políticas públicas de atenção à saúde, claramente em dissonância com o princípio da universalidade. A Constituição de 1937 então visa a efetivação dos direitos à saúde pública, porém mais voltada para os trabalhadores e os direitos a eles assegurados, dentre eles as férias, 13º, FGTS, adicionais e etc (RODRIGUES, 2016 p. 59-65).

Observa-se neste período acontecimentos que veem a mudar a história e o pensamento dos juristas. O Estado Liberal, interferindo de forma mínima nas questões sociais, o surgimento das grandes guerras mundiais, a criação da ONU, bem



como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o surgimento do Estado Social, preocupado com a idealização e efetivação de políticas públicas e sociais de longo alcance, o surgimento do Estado de (VIEIRA, 2013, p. 16), foi então montada e abalizada a estrutura social hoje conhecida e aplicada do ordenamento jurídico a realidade, dentre elas o SUS.

Por fim, após a Constituição de 1964 e o período ditatorial, tem-se o início da reforma constituinte e uma série de movimentos para as implementações que seriam aplicadas a partir da nova Constituição que entrava em debate, em 1987, onde teve início a revolução democrática. Um dos enfoques foi a implementação das políticas públicas voltadas não somente à saúde, mas em métodos para a sua efetivação dentro do âmbito social e a nível nacional. Com sua implementação dentro do ordenamento jurídico máximo dentro do rol de direitos sociais, e ainda, como um dos direitos fundamentais da Constituição, e com aplicação imediata das normas, as políticas públicas começam então a tomar novas proporções (RODRIGUES, 2016, p. 59-65)

Atualmente, a saúde pública, bem como as políticas que a englobam, são pautadas por princípios inerentes a ela, sendo estes princípios, porém derivados do contexto histórico no qual foram inseridos atualmente. Conforme preceitua Rodrigues (2016, p.44):

[...] os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um estado social de direitos, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social e são consagrados como fundamentos do estado democrático pelo art. 1º, IV da Constituição Federal de 1988.

Segundo Aith (apud RODRIGUES, 2016, p. 59):

[...] o direito à saúde constitui-se também em um direito subjetivo público, na medida em que é reconhecido o direito de ação ao indivíduo ou a uma coletividade, que podem demandar em face do estado, pleiteando a tutela ao seu direito por meio de ações positivas do Estado como, por exemplo, para reclamar a concessão de medicamento ou de um procedimento cirúrgico, ou, ainda, visando à abstenção de condutas que possam colocar em risco a saúde, como a proibição de poluição ambiental.

É notório que as dimensões de direitos estão intimamente ligadas em um emaranhado de fios, impossíveis de separá-las, pois caso contrário, as dimensões



deixam de serem aplicáveis tanto na realidade fática quanto nos ordenamentos jurídicos.

O problema inicial detectado foi que a maior parte do controle estatal nas mediações das políticas sociais de saúde se concentravam dentro do âmbito federal. Portanto, surge a Lei Federal nº 8080/1990 com o viés de regular a atuação estatal no âmbito da saúde, e então criar o Sistema Único de Saúde (SUS). A Constituição Federal de 1988 não os classifica necessariamente como princípios, mas classifica-os como diretrizes que devem ser seguidas.

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DO SUS

Anterior a Constituição de 1988, apenas tinham acesso ao sistema público de saúde aqueles que contribuíam com a previdência social. Com o advento da reforma constituinte em 1987/1988 e a extensiva participação popular em todas as esferas da sociedade, a reforma sanitária foi um dos temas centrais, também com o intuito de formulação de políticas públicas visando à saúde, amplamente debatidas, sobretudo na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília entre 17 e 21 de março de 1986.

Da aceção de democracia participativa, oriunda da democracia representativa, onde os cidadãos, por meio de seus representantes eleitos atuam no intuito de governar o Brasil, bem como atuam de maneira direta nos debates, políticas públicas sociais, reconheceram por assim dizer o direito social a saúde como pauta fundamental a ser não apenas discutido, mas amplamente efetivado na sociedade.

Na Constituição Federal de 1988 a saúde está englobada no título VIII da ordem social, mais especificamente no capítulo que trata da seguridade social. Os direitos sociais estão englobados no rol de direitos fundamentais, visto que o Estado não pode ficar inerte quando se deparar com situações de desigualdades causadas pelas conjunturas econômicas (CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 50).

Com tais prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde – SUS é criado e com isso a Lei 8.080/1990 com o intuito de regulamentar sua atuação e abrangência. O artigo 7º da Lei 8080/1990, amplia o rol de princípios que derivam daqueles previstos no artigo 198 da Constituição Federal. Insta frisar aquele rol previsto na Constituição, que abarcam os basilares do SUS.



Tem-se o artigo 7º da referida Lei:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;

e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (BRASIL, 1990)

A partir da Constituição Cidadã, houve a necessidade de criação de um Sistema estruturado e organizado para a procedimentalização e efetivação da saúde pública no Brasil, criado a partir daí a Lei 8.080/1988, pautado pela democracia participativa e representativa, tanto nas esferas federais, estaduais e municipais. Destaca-se o princípio da universalidade e da equidade que, incorporado no ordenamento jurídico como uma das diretrizes basilares, torna a saúde pública de um direito apenas para contribuintes da previdência social, para toda as pessoas, pois faz parte dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser prestado a todos aqueles



que se encontram em território nacional, sejam nacionais, naturalizados ou estrangeiros, independentemente de qualquer condição.

Canut (2013, p. 19) assim conceitua:

O SUS foi definido constitucionalmente no artigo 198, *caput* e incisos I, II e III, como um sistema único que conforma uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde a ser organizada sob um desenho descentralizado que permita a participação da comunidade para cumprir o atendimento integral à população.

Em síntese, o SUS surge no ordenamento jurídico para dar suporte e efetivação às políticas públicas descentralizadas, hierarquizadas e regionalizadas de saúde. Além destas características, a participação social também compõe as diretrizes básicas da saúde, conforme previsto no rol do artigo 198 da Constituição brasileira .⁵

Nesse contexto:

Um sistema público nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde de toda a população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental, a integridade do atendimento e a participação popular da comunidade. (FIGUEREDO, *apud* LIMA, PAGANINI, 2013, p. 69).

O Brasil, assim como considerável parte dos países, adotou o modelo de saúde mista, ou seja, compõe-se de duas formas: a saúde voltada para a promoção e efetivação de políticas públicas, que no caso do Brasil, tem o suporte de um Sistema Único, integralizado, descentralizado e com as demais diretrizes previstas na Lei 8080/1990, bem como a intervenção do setor privado no sistema público de saúde.

Para a “iniciativa privada fora do SUS, existe um regime jurídico diverso” que explicita o dever do poder público em controlar a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde tendo em vista o reconhecimento de relevância pública de tais ações (artigo 197, da Constituição Federal). Nesse sentido, os planos privados de assistência à saúde são regulados pela lei 9.656/1998 e encontram-se sob a

⁵Falar em políticas públicas traz um deslinde na história. Inicialmente, pensava-se em Estado Liberal, com a mínima intervenção na sociedade. Com o surgimento do Estado Social, sobretudo o Estado Democrático de Direito, e em se tratando de Democracia, a cidadania está fundamentalmente ligada, e a em se tratando de cidadania, todos os direitos a ela inerentes devem ser buscados e efetivados. Daí o surgimento das políticas públicas, que significam “o Estado em ação, do processo de construção de uma ação governamental para um setor, o que envolve recursos, atores, arenas, ideias e negociações” (CANUT, 2013, p. 15).



supervisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961/2000 (CANUT, 2013, p. 24).

Insta frisar que, para a intervenção do setor privado no sistema de saúde, atendo-se às diretrizes previstas na Lei 8.080/1990 e na Constituição Federal, em especial o contido no artigo 196 e seguintes, devendo atuar em respeito ao que a lei determina, bem como atuar de maneira complementar, quando o Estado Brasileiro não prover de meios e recursos suficientes para a efetivação das políticas públicas, ou seja, dando assistência e suporte à saúde.

Em suma, o sistema público de saúde, sobretudo o SUS atua de maneira universal, porquanto o setor privado atua de maneira a complementar, dando a assistência e o suporte necessário para que o poder público garanta assim o máximo alcance em todo o território.

Falar em SUS portanto, significa não apenas a abrangência e efetivação das políticas públicas de saúde em sentido estrito, mas também as políticas básicas de prevenção a doenças, programas de atendimento às famílias como a visita aos domicílios, o fornecimento de medicamentos básicos e complexos para o atendimento e erradicação de doenças, principalmente àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, e inclusive a realização de cirurgias, sejam elas complexas ou não, nos mesmos moldes.

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL NO QUE TANGE AS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

A mobilização do Poder Judiciário, no que se refere a obrigação de fazer por parte do Estado, sejam nos âmbitos federal, estadual, distrital e/ou municipal, para o fornecimento de medicamentos fornecidos ou não pelo SUS, ou mais ainda, registrados ou não na ANVISA, geram debates e polêmicas a respeito.

Tem-se aqui duas dimensões dentro do direito à saúde, como afirma Rodrigues (2016, p. 100) que:

A dimensão objetiva consistindo em normas gerais e coletivas de acesso à saúde, e a subjetiva, baseado nos direitos e garantias individuais, a busca do indivíduo de uma tutela prestacional do estado pela via judicial, para assegurar seu direito garantido pela Constituição Federal de 1988.



Paira aqui a dicotomia de que, de um lado, a inviolabilidade do direito à vida e a garantia dos direitos individuais que devem ser tutelados pelo Estado. Essa primeira corrente está clara na Constituição Federal, tanto que o artigo 60, §4º, IV assegura as garantias individuais no rol de cláusulas pétreas, impossíveis de serem modificados em emendas constitucionais.

Analisando as cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, há a seguinte conclusão sobre: “Afirmar que o direito à saúde é um direito fundamental, importa dizer que ele vincula os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e que não pode ser retirado, sequer por emenda constitucional, apenas ampliado.” (SOUZA, 2018, p. 13).

O debate acerca do direito ao fornecimento de medicamentos por parte do Estado, para o tratamento de dada enfermidade abrange um leque de debates ainda dentro dessa primeira corrente. Um questionamento pertinente seria com relação aos direitos positivos de segunda dimensão. Cabe salientar que estes direitos abrangem as políticas públicas positivas do Estado para com cada indivíduo, ou seja, a obrigação do estado em intervir na vida de cada um de forma a melhorar a qualidade de vida da coletividade. Dito isso, o direito à saúde, como uma garantia individual, deve ser tutelada de maneira irrestrita e ilimitada pelo estado.

Porém há outra vertente, sobre o excesso de demandas judiciais em paralelo com as decisões judiciais arbitrárias, sem mensurar a real necessidade de cada indivíduo com relação ao medicamento pleiteado, juntamente com os recursos oriundos do Estado, a disponibilidade financeira do Estado em relação ao fornecimento de medicamentos de maneira descontrolada.

Parte então o questionamento das demandas individuais e a limitação da universalidade do direito à saúde no que tange à coletividade. Isso porque o Poder Judiciário, por meio de decisões baseadas na discricionariedade, julgando procedentes as demandas individuais, podendo causar desorganização na Administração Pública. Mais, os magistrados, desembargadores e ministros, em que pese o conhecimento e dedicação às normas jurídicas, diferentemente do Poder Executivo e Legislativo, não são membros eleitos pelo povo, e além de decisões meramente formais, sem análise dos recursos financeiros do estado, desequilibram a balança dos poderes e prejudicam o sistema democrático, sobrecarregando o próprio Poder Judiciário com volumosas demandas de medicamento, por individualmente a



parte demandante entender ser o caminho mais fácil e concreto de obter um medicamento ou uma cirurgia, sem simplesmente analisar a organização coletiva para o fornecimento do medicamento (RODRIGUES, 2016, p. 121).

Nesse contexto,

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativo e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. (BARROSO, 2009, p. 310).

O princípio que define esta corrente é o princípio da reserva do possível. Tal princípio tem origem alemã, quando candidatos a vagas nas Universidades de Hamburgo e Munique pleitearam perante a corte judicial alemã a ampliação do acesso no curso de medicina alegando a escolha de profissões no rol de direitos fundamentais da constituição da época. Portanto, insta salientar que a reserva do possível não teve origem por insuficiência financeira, mas foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro desta forma (SOUZA, 2016, p. 34-35)

Nas ações individuais visando o fornecimento de medicamentos, o Estado abordará a falta de recursos financeiros como o problema para a prestação da política pública. O problema deste entendimento é que a falta de recursos financeiros, sua finitude, não resulta necessariamente do limitado orçamento público, mas sim da má administração dos cofres públicos e sua incorreta distribuição, bem como dos desvios das verbas ao qual deveriam ser destinadas.

Observa-se os vários tipos de demandas judiciais que são postuladas, e há casos em que, bastando uma simples análise acerca do caso, paralelo à disponibilidade e organização por parte do Estado para concluir a real necessidade pela procedência da demanda judicial. Medicamentos de alto custo, que na verdade são fornecidos pelo SUS com alternativas mais rentáveis igualmente eficazes, ou mesmo ações de cirurgia em que não possuem caráter de urgência, mas pelo fato de o demandante concluir que o Poder Judiciário é o caminho mais rápido para conseguir a cirurgia, tudo a custo da coletividade.

Assim é entendido:



Não significa que o Estado deva ser compelido a prestar toda e qualquer prestação postulada individualmente pelos cidadãos sem qualquer critério, visto que algumas demandas podem efetivamente causar prejuízos ao orçamento público, e por essa razão gerar danos à coletividade. Nestes casos comprovados a insuficiência de recursos, poderá o Estado temporariamente eximir-se de sua responsabilidade (WEICHERT, 2010 apud RODRIGUES, 2016, 136).

Salienta-se que o envolvimento do poder judiciário para a efetivação de políticas públicas de medicamentos é algo que foge do controle das esferas de poder tradicionais para a resolução desta questão, no caso o Poder Executivo e Poder Legislativo. A preocupação doutrinária então parte do pressuposto de que o Poder Judiciário e os tribunais superiores, compostos por membros não eleitos, versarem e resolverem litígios envolvendo políticas públicas de saúde, responsabilidade essa incumbida aos Poderes Executivo e Legislativo, compostos por membros eleitos pelo povo em plena participação democrática, pode ferir então a separação dos poderes⁶.

Por outro lado, deixar de analisar cada caso concreto, em observância aos direitos e garantias individuais, sendo a saúde um deles, e simplesmente ponderar pela coletividade, insuficiência de recursos financeiros, organização administrativa (obediência às filas de espera e medicamentos genéricos e não eficientes como o medicamento pleiteado), infringe direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o Poder Judiciário, como garantidor dos direitos e garantias individuais, dentre eles o direito à saúde, partindo da análise do caso concreto e observando a organização administrativa e orçamento financeiro, por meio de formulações técnicas, provas e argumentações jurídicas, terá maiores chances de prolatar decisões que garantam o bem-estar individual e coletivo. Em suma, como garantidor da lei e sua efetividade, o Poder Judiciário pode ter legitimidade para interferir nas ações do Poder Executivo e Poder Legislativo de maneira a ser realizada

⁶Luiz Roberto Barroso *apud* Liliane Satiro Borges (2018, p. 55) discorre que “os membros do Poder Judiciário juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dos Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?”



a política pública como garantia dos direitos individuais e a dignidade da pessoa humana, ou seja, mesmo que em demandas individuais, o Estado deve garantir a vida minimamente digna a cada ser humano, sejam eles brasileiros natos, naturalizados ou estrangeiros, e consecutivamente pautar pelo bem-estar coletivo.

A conclusão sobre essa questão é lógica: não há o desrespeito a dignidade humana sob nenhuma hipótese, o que há é a ponderação, o estudo, a formulação de perguntas técnicas e quesitos, de forma que o Poder Judiciário analise a real necessidade do fornecimento de medicamentos e ainda, dentro da organização da Administração Pública, pois o problema atual está nas decisões judiciais desmedidas e simplesmente baseadas na inviolabilidade do direito à vida, sem nenhuma outra análise da real necessidade, podendo desequilibrar e bagunçar a organização administrativa, bem como estourar os recursos financeiros para a atuação em projetos públicos que envolvam o bem-estar coletivo.

2.4 AS AÇÕES JUDICIAIS PLEITEANDO MEDICAMENTOS NA COMARCA DE CRICIÚMA/SC NO PERÍODO DE 2018

Com o escopo à garantia do equilíbrio dos três poderes, bem como a tutela dos direitos difusos e coletivos, e direitos individuais indisponíveis, o Ministério Público foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e está no seio da sociedade como uma espécie de ouvidor, atuando pelo clamor social nos segmentos do direito do consumidor, direito da criança e do adolescente, meio ambiente, cidadania, fiscal das fundações, da família, etc. Além destas, é o fiscal da ordem tributária e o titular da ação penal pública, funções essas já previstas em constituições anteriores.

Das funções essenciais à justiça, o Ministério Público está previsto no artigo 127 *caput* da Constituição Federal, e tem como característica: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988).

Pensando no alcance máximo desta instituição perante toda a sociedade, o constituinte criou os Ministérios Públicos Estaduais (art. 128, II), atuando em cada ente federativo com o propósito de fiscalizar e exigir o cumprimento das leis locais e federais, além do maior alcance social, com o propósito da efetividade e a garantia no cumprimento da lei. Na Constituição Catarinense, por exemplo, a previsão do



Ministério Público Estadual está no artigo 93, nos mesmos moldes da Constituição Federal de 1988.

Em análise as ações de medicamentos, foi realizada pesquisa quantitativa pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por intermédio da 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Criciúma/SC com o fito de levantar dados relativos as ações de fornecimento de medicamentos pleiteados na comarca, ações essas que tem como parte o Estado de Santa Catarina, e os municípios de Criciúma, Siderópolis e Nova Veneza. A pesquisa envolveu o número de ações pleiteadas e em tramitação ao longo do ano de 2018. Salienta-se que não foram encontradas na pesquisa, ações que envolvessem o município de Treviso, também pertencente a comarca de Criciúma/SC.

Na pesquisa foram identificadas todas as ações de medicamentos no ano de 2018 e analisadas individualmente. Na análise, foram coletados os seguintes dados: o número da ação, se a ação envolvia pessoa com deficiência física, se envolvia idoso, qual o medicamento pleiteado, tratamento ou cirurgia era pleiteada, entes federativos no polo passivo, o valor da ação e, em caso de medicamento, se este estava ou não padronizado na lista do RENAME.

Após individualizadas as ações e seus respectivos dados, com base nos questionamentos acima expostos, foram levantados quais medicamentos eram mais pleiteados em relação a Comarca de Criciúma e o Estado de Santa Catarina. Dentre estes, destacam-se cinco: Xarelto (Rivaroxabana), Concor (bisoprolol), Eyllia (aflibercepte), Lucentis (Ranibizumab) e Clonazepam. Destacam-se estes por estarem entre os mais visados nas ações judiciais da Comarca de Criciúma.

Além de identificar os medicamentos mais requisitados perante o poder judiciário em busca do direito subjetivo, foram identificados os valores totais pleiteados em todas as ações no ano de 2018, mais especificamente englobando os meses de janeiro a novembro, conforme segue:

- Os valores totais pleiteados em ações contra o Estado e os Municípios de Criciúma, Siderópolis e Nova Veneza foram de R\$ 3.391.261,64;
- Os valores totais pleiteados contra o Estado de Santa Catarina e o Município de Criciúma apenas foram de R\$ 2.346.714,42;
- Os valores totais pleiteados contra o Estado de Santa Catarina e o Município de Siderópolis apenas foram de R\$ 66.076,80;
- Os valores totais pleiteados contra o Estado de Santa Catarina e o Município de Nova Veneza apenas foram de R\$ 27.881,04;
- Os valores totais pleiteados somente contra o Estado de Santa Catarina foram de R\$ 724.126,58;



Os valores totais pleiteados somente contra o Município de Criciúma foram de R\$ 226.462,80 (MPSC, 2019)

Com esses dados, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, dentro de suas prerrogativas constitucionais e legais, pretende requisitar informações do Poder Executivo, por meio de Procedimentos Extrajudiciais, no sentido de levantar dados do fornecimento de medicamentos à coletividade para então investigar a causa do *deficit* de medicamentos a ponto de tantas ações judiciais envolvendo questões individuais serem ajuizadas e com isso, procurar as soluções, em todos os âmbitos do Poder Executivo, para prevenir o número excessivo de ações judiciais e causar maior e melhor satisfação tanto coletiva, quanto individual.

3 CONCLUSÃO

Com o exposto, conclui-se que há a *dúplice* problemática: no que envolve a garantia e efetividade dos direitos e garantias individuais e sua fragilidade no alcance universal, assim como o excesso de demandas judiciais envolvendo as questões medicamentosas sem a devida análise técnica do Magistrado em cada caso concreto, levando as referidas problemáticas a um denominador comum: a limitação do princípio da universalidade.

Isso porque as garantias individuais para o fornecimento de medicamentos ficam limitadas, dependendo cada vez mais de provimento jurisdicional para o devido fornecimento, e ao mesmo tempo a limitação dos recursos financeiros, pondo em risco a organização do Estado em atender à coletividade.

A melhor ponderação do Poder Judiciário, e a atuação conjunta do Ministério Público em todos os âmbitos, para avaliar tecnicamente cada caso concreto em ações individuais de medicamentos, avaliando os quesitos necessários para a conclusão da necessidade, disponibilidade e urgência no fornecimento do medicamento pelo qual o indivíduo pleiteia, e ainda, a atuação do Ministério Público, fiscalizando e exigindo a efetividade por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, de acordo com o determinado na Constituição Federal e nas Leis, além de desafogar o Poder Judiciário de ações de medicamentos, melhorará a gestão e organização da Administração Pública, e efetivar com isso os direitos e garantias individuais, bem como os direitos difusos e coletivos.



4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESC. Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html, acesso em: 25 mar 2019.

ALVES, F. A. P; PAIVA, C. H. A; FALLEIROS, I; **Saúde e desenvolvimento, a agenda do pós-guerra**, disponível em: http://observatoriahistoria.coc.fiocruz.br/local/File/na-corda-bamba-cap_5.pdf, acesso em: 15 março 2019.

BORGES, Liliane Satiro. **A insuficiência de políticas públicas referentes aos medicamentos de alto custo, frente ao processo de judicialização**: uma análise com relação à dimensão da saúde coletiva. Criciúma: SC, UNESC, 2018.

BRASIL. 8ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf, acesso em: 08 mar 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 08 mar 2019.

_____. Lei 8.080/1990: 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: 02 mar 2019.

_____. Histórico do Ministério Público no Brasil. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>, acesso em: 25 mar 2019.

CANUT, Letícia. Estado Democrático de Direito, políticas públicas e direito à saúde: uma breve introdução sobre o SUS. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; CERETTA, Luciane Bisognin (Org.). **Temas em direito sanitário & saúde coletiva**: SUS – uma política pública de Estado. Criciúma: SC. Ed. UNESC, 2013. cap. I, p. 13 – 28.

CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B.; **Manual de Direito Previdenciário**. 13 ed. São Paulo: SP, Conceito Eleitoral, 2011.



LIMA, Fernanda da Silva. PAGANINI, Juliana. O direito à saúde como um direito fundamental à criança e ao adolescente normatizado no ordenamento jurídico brasileiro. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; CERETTA, Luciane Bisognin (Org.). **Temas em direito sanitário & saúde coletiva: SUS – uma política pública de Estado**. Criciúma: SC. Ed. UNESC, 2013. cap. IV, p. 61 – 78.

MATTOS, K. D. G.; SOUZA, G. A.; Ativismo judicial e direito à saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos. In: **Revista Direito Público**, ed. 8, p. 7 – 23, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>, acesso em: 08 mar 2019.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: SP, Saraiva, 2016.

SARLET, I. W.; MAURER, B.; SEELMAN, K.; KLOEPFER, M.; HÄBERLE, P. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: RS, Livraria do Advogado, 2005.
RODRIGUES, Adriana Bandeira. **A judicialização do fornecimento de medicamentos frente a universalidade do Sistema Único de Saúde**. Criciúma: SC, UNESC, 2016.

SOUZA, Maurício Milanezi. **Ações de medicamentos e a hipossuficiência financeira como requisito para o deferimento de ações de medicamentos face ao direito constitucional à saúde: uma análise das decisões proferidas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Criciúma: SC, UNESC, 2018.

SANT'ANA, Rodrigo Nóbrega. **Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde**. In: Revista brasileira de políticas públicas, ed. 8, p. 195 – 212, 2018.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. In: Revista Saúde Pública, Brasília: DF, p. 365 – 369, 2008.