

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35385-a-problem-tica-da-sa-de-no-brasil-tens-o-entre-direito-sa-de-e-recursos>

Autore: Marina Matos Sillmann

A problemática da saúde no Brasil: tensão entre direito à saúde e recursos

A PROBLEMÁTICA DA SAÚDE NO BRASIL: TENSÃO ENTRE DIREITO À SAÚDE E RECURSOS

Marina Matos Sillmann*

RESUMO:

Partindo de uma leitura da doutrina a respeito do tema escolhido, o presente trabalho traz uma análise crítica sobre os aspectos mais relevantes do Direito à Saúde no Brasil, identificando as dificuldades estruturais e financeiras que envolvem a efetivação deste Direito Constitucional e suas conseqüências para a sociedade. Busca também demonstrar as possibilidades de se efetivar essa garantia dentro dos limites do Estado; identificar as principais conseqüências da judicialização da saúde para a sociedade, para o indivíduo e para o médico; e encontrar possíveis soluções alternativas para o problema da efetivação do Direito à Saúde no Brasil.

Palavras-Chave: judicialização da saúde; direito médico; sistema de saúde brasileiro

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do Direito à Saúde: noções gerais. 3 Sistema Público de Saúde: evolução histórica. 3.1 SUS: Sistema Único de Saúde. 3.2 Recursos e gestão. 4 A Judicialização da Saúde. 5 Soluções alternativas ao ingresso no Judiciário. 5.1 Parâmetros criados pelo Prof. Barroso. 5.2 Sistema da ponderação. 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO:

* * Graduando da Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis"

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade. A Constituição brasileira de 1988 aplica essa definição em seu texto e com isso transformou a saúde numa garantia fundamental, tendo o Estado a incumbência de garantir o acesso universal a cada indivíduo ao que for necessário para a preservação de saúde.

A efetivação desse direito tem se mostrado comprometida, quer seja, por limitações de ordem financeira ou de gestão do sistema público de saúde. Vivencia-se no cotidiano o conhecimento de hospitais públicos sucateados, com uma demanda assistencial excessiva, a ausência de medicamentos, desde os de uso comum aos mais complexos e recursos humanos da área de saúde insatisfeitos com as condições de trabalho, bem como os salários recebidos.

A maior parte da população brasileira depende exclusivamente do sistema de saúde pública (76,2% da população, dados de 2009) e outra significativa parcela utiliza o sistema privado para procedimentos rotineiros e depende do sistema público para intervenções mais complexas, pois estas possuem um maior custo.

Então um fato que se tornou rotineiro foi a grande demanda judicial para tornar esse direito real, trazendo como consequência a solução pontual de um problema que interessa toda a coletividade. A presente questão exige dos juízes uma determinação a ser cumprida pelas instituições de saúde, que nem sempre têm condições efetivas de acatá-las.

Assim, uma das questões que decorrem do tema é se essa reivindicação judicial é justa. A princípio é justa, pois é a busca pela efetivação de um direito fundamental constitucional. Ao mesmo tempo, promove resultados injustos pelo fato de privilegiar apenas um indivíduo que teve a oportunidade e a orientação de solicitar diante da justiça esse direito, podendo usufruir de recursos que, em tese, diminuiriam o total financeiro a ser utilizado para o atendimento à coletividade. Entretanto, justo ou injusto, o apelo ao Poder Judiciário é necessário, uma vez que o sistema público de saúde não é capaz de assegurar o atendimento integral a recuperação da saúde daquele que necessita de tratamento.

Questiona-se também até que ponto o judiciário pode interferir nesse sistema de responsabilidade da administração pública. O Judiciário não pode deixar de tutelar

direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação e ao mesmo tempo não pode tomar para si o que é de competência de outro Poder. Deve buscar o equilíbrio, para que suas decisões não afetem de forma brusca a coletividade.

Por fim, deve-se ter em mente que em uma democracia nenhum direito é absoluto e que durante a efetivação deste deve-se ponderar o que será mais benéfico para a sociedade.

2 DO DIREITO À SAÚDE – NOÇÕES GERAIS:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, 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 (MORAES, 2009, p. 195).

Segundo o art. 6º da referida Carta Magna são Direitos Sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde), que é dever do Estado garantir a todos o acesso universal ao que for necessário para preservar a saúde de cada indivíduo. Portanto, conforme Pedro Lenza (2010, p. 838), são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público, sua regulamentação, fiscalização e controle.

Para podermos tutelar o Direito, usando as palavras de Hoefel:

questiona-se, então, o que é saúde. Julio Cesar de Sá Rocha entende que é a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade. José Afonso da Silva, ao tratar de saúde, lembra que ‘nos casos de doença cada um tem o direito a um tratamento condignido de acordo com o estado atual

da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais'. (HOEFEL, 2009, p. 2).

Dentre tantas definições acataremos neste artigo a escolhida pela OMS (Organização Mundial da Saúde): saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade.

O sistema de saúde do Brasil pode ser caracterizado como um sistema de saúde misto, ou seja, os setores público e privado atuam em conjunto para promover o sistema de saúde. Em outras palavras, o sistema de saúde público atuaria sobre toda a população e o privado atuaria de modo suplementar, de modo a suprir as necessidades do primeiro sistema, porém de forma onerosa, ou gratuita (para quem usufruiu do serviço, pois haveria o pagamento posterior do governo à entidade privada associada ao sistema público).

3 SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em um país com diferentes níveis de inclusão como o nosso, com grande parte da população sobrevivendo em condições de extrema pobreza, é evidente que a garantia constitucional do Direito à Saúde deve ser tutelada de forma estratégica pelo Estado, através de políticas sociais e econômicas.

Faremos agora uma breve análise histórica de como foi abordada a questão da tutela do direito à saúde pelo Estado Brasileiro desde a Primeira República (1889 - 1930), até o advento da Constituição de 1988.

O período da República Velha foi marcado pelo início da criação e implementação dos serviços, em nível nacional, de saúde pública, trazendo noções de sanitização, que visavam combater as crescentes epidemias da época. O período também foi marcado pela Revolta da Vacina, um movimento popular contra as campanhas governamentais de vacinação obrigatória.

O próximo período a ser analisado é a Era Vargas (1930 - 1945). O Presidente se valeu de políticas sociais para mascarar seu sistema autoritário de governo e apaziguar os ânimos de revolta. No plano da saúde, Vargas, centralizou os serviços, uniformizou a estrutura dos departamentos de saúde estaduais e levou os serviços públicos de saúde para o interior do país.

No período da redemocratização (1945 - 1964) houve a manutenção da política populista implementada por Vargas, com a criação de vários órgãos de saúde. Houve também um aumento nos gastos governamentais com este setor, beneficiando assim uma maior parcela da população.

Ao analisar o Regime Ditatorial (1964 – 1980) chega-se a conclusão que este período finalizou a era da democracia populista. A Ditadura perseguiu líderes políticos, estudantis, sindicais e religiosos que lutavam por uma melhor condição do sistema público de saúde, considerando – os comunistas (BERTOLI FILHO, *apud*, ACURCIO 1996).

Neste período a ênfase dada às medidas de saúde pública de caráter preventivo e coletivo é substituída por políticas individualistas e assistencialistas. Isto levou o Sistema à falência.

Após o fim do Regime Ditatorial e a promulgação da Carta Magna de 1988, de cunho social e em conformidade com os Direitos Fundamentais, houve o renascimento do Sistema Público de Saúde.

O que a legislação brasileira propõe é decorrente das diretrizes trazidas pelo art. 198 da Constituição de 1988:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Outra proposta que nasceu da referida Carta foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), proposta regulamentada pelas leis no. 8080/90 e no. 8142/90. O SUS é

constituído por ações e serviços de saúde federais, estaduais, municipais e subsidiariamente por órgãos de iniciativa privada, credenciados no Sistema.

O SUS, apesar de ser uma excelente proposta do governo, não alcançou a eficácia desejada pela legislação na prática devido a problemas que analisaremos a seguir.

3.1 SUS: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Como dito anteriormente o SUS (Sistema Único de Saúde) foi uma proposta regulamentada pelas leis no. 8080/90 e no. 8142/90. É definido pela série de ações e serviços relacionados à saúde, prestados por órgãos e instituições das três esferas de governo e pela iniciativa privada que se vincular ao Sistema. Neste último caso, o serviço privado vinculado ao SUS deverá portar-se como se fosse um serviço público.

A Constituição de 1988 faz referencia ao SUS no artigo 200:

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

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Além das competências trazidas pelo artigo 200, CR/88, o Sistema Único de Saúde tem como características principais o atendimento a todos de acordo com suas necessidades, independente do pagamento de taxas, a descentralização de suas políticas e a racionalidade na utilização dos recursos disponíveis para que gastos desnecessários sejam feitos.

Assim, na obra de Accurcio:

Deve ser descentralizado, ou seja, o poder de decisão deve ser daqueles que são responsáveis pela execução das ações, pois, quanto mais perto do problema, mais chance se tem de acertar sobre a sua solução. Isso significa que as ações e serviços que atendem à população de um município devem ser municipais; as que servem e alcançam vários municípios devem ser estaduais; e aquelas que são dirigidas a todo o território nacional devem ser federais. (ACURCIO, 1996)

Sobre a lei infraconstitucional que regulamenta o SUS temos, nas palavras de Rezende, que:

A legislação determina que o Sistema Único de Saúde deva ter a participação das três esferas de governo, estruturado em uma rede articulada, regionalizada e hierarquizada, descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, exercida, respectivamente, pelo Ministério da Saúde – MS, Secretarias Estaduais de Saúde – SES e Secretarias Municipais de Saúde. As ações e serviços devem ser ofertados de acordo com as políticas e diretrizes aprovadas por Conselhos de Saúde – compostos por representantes do governo, dos profissionais de saúde, dos prestadores de serviços e dos usuários - vinculados institucionalmente aos órgãos executivos, respectivamente: Conselho Nacional de Saúde, Conselho Estadual de Saúde e Conselho Municipal de Saúde. A ação dos Conselhos é pautada por recomendações de Conferências de Saúde, realizadas nas três esferas de governo, com ampla participação dos vários segmentos sociais, convocadas, a cada quatro anos, pelo Poder Executivo para avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde. (REZENDE, 2009, p. 37)

O SUS é financiado pelas receitas das três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal) e também por recursos provenientes de transferências

intergovernamentais. Estas arrecadações são depositadas em uma conta diferente para cada esfera de governo: Fundo Nacional de Saúde, Fundo Estadual de Saúde e o Fundo Nacional de Saúde. O objetivo dessas contas é concentrar os recursos alocados ao setor visando facilitar a gestão financeira.

Apesar de ser um Sistema eficiente na teoria e bem regulamentado ele não pode ser implantado de repente, pois as mudanças propostas são complexas e exigem dos governos trabalhos de adaptação e gestão de recursos, que muitas vezes, são deixadas de lado causando a falência do sistema de saúde brasileiro

3.2 RECURSOS E GESTÃO

O Estado brasileiro gasta 3,4% de seu PIB (Produto Interno Bruto), com recursos destinados a saúde (dados de 2007), parece pouco, mas na realidade essa quantia seria suficiente para atender boa parte das demandas referentes à saúde.

Pergunta-se então, por que há filas de espera para leitos em hospitais, medicamentos que não são cedidos pelo governo e equipamentos sucateados, se os recursos disponíveis seriam suficientes?

Para muitos doutrinadores da área de gestão a resposta é bem simples: o problema da saúde no Brasil não é a falta de recursos, mas sim a gestão destes. A má gestão leva à gastos com procedimentos desnecessários chegando a quase 30% das internações, a grande burocratização do sistema acarreta em lentidão e a falta de profissionais da saúde no sistema público de saúde aumenta o número de diagnósticos errados e a fila de espera.

Porém, a solução buscada não é a correção destes erros administrativos, mas sim a procrastinação da retificação dos referidos problemas. Para a população brasileira não ficar desamparada ela se vale da busca pelo Poder Judiciário, visando solucionar seu problema de saúde.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O fenômeno da judicialização da política pode ser definido como a ação do Poder Judiciário diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em relação a um assunto de relevante interesse social.

Devido às dificuldades de concretização deste direito por parte do Estado tem-se observado uma grande procura para efetivar a garantia constitucional à saúde por meio do Poder Judiciário, observando o fenômeno do ativismo judicial na esfera da saúde.

Acerca do tema Gandin, Barione e Souza, escreveram que:

A omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação dessa assistência médico-farmacêutica deu azo ao fenômeno que vem sendo denominado *judicialização da saúde*, compreendido como a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dessa assistência. (GANDIN, BARIONE, SOUZA. 2008 p. 1)

Uma consequência que se tira da judicialização da saúde é que o Judiciário tem sido provocado a coagir a Administração Pública, de modo a cumprir sua função de tutelar o Direito quando este for ameaçado.

O direito de se valer do Poder Judiciário diante de lesão a um direito é tão certo como o direito à vida ou ao voto. Isto é garantido pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Porém, a efetivação do direito à saúde não envolve apenas uma decisão judicial. Coagir a Administração Pública a criar vagas em leitos de UTI ou fornecer medicamentos de custo elevado traz consequências como o comprometimento do orçamento público.

Em via de regra, cabe a Administração Pública cumprir a decisão judicial, fazendo os devidos ajustes em sua previsão orçamentária, uma vez que, o direito à saúde tem preferência à previsão orçamentária. Porém, quando há impossibilidade da Administração Pública cumprir uma decisão judicial alegando que a modificação do orçamento público for causar mais danos do que benefícios a coletividade, cabe a este invocar o princípio da reserva do possível, conforme Mânica:

A reserva do possível traduzida como insuficiência de recursos, também denominada reserva do financeiramente possível, portanto, tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto. Tal viés da teoria da reserva do possível é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos. Esse postulado, fundamento da ciência econômica, deve ser levado em conta tanto na definição das políticas públicas quanto na decisão judicial no caso concreto. (MÂNICA, 2007, p.15)

Portanto, o juiz deve estar atento a todos estes aspectos quando for decidir uma lide referente ao direito à saúde, tomando o devido cuidado para cumprir sua função de tutelar o direito e não invadir a esfera de atuação de outro Poder.

5 ELABORAÇÃO DE PARÂMETROS PARA AS DECISÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A doutrina e a jurisprudência brasileiras buscam encontrar parâmetros para solucionar a problemática da saúde no Brasil e evitar a excessiva judicialização da saúde. Estes parâmetros possuem o objetivo de uniformizar as decisões a respeito de entrega de medicamentos ou concessão de leitos em hospitais. Além do mais, buscam encontrar a melhor solução de acordo com o caso concreto, adequando-a aos princípios

da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial (seria o mínimo que uma pessoa necessita para sobreviver com dignidade).

Neste artigo serão apresentadas duas possíveis soluções: uma lista de critérios a serem observados com a respectiva conduta a ser seguida pelo Juiz, elaborada pelo Professor Luis Roberto Barroso e a utilização do Sistema da Proporcionalidade.

5.1 PARÂMETROS CRIADOS PELO PROF. BARROSO

Em estudo denominado “da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial”, o Professor Luis Roberto Barroso elaborou uma lista de critérios a serem observados pelo Juiz diante do caso concreto, com a respectiva conduta a ser seguida.

O primeiro critério ou parâmetro seria diante das ações individuais. Neste caso o Juiz deve ater-se à lista de medicamentos elaborada pelo ente federativo competente. As justificativas apontadas pelo autor do texto seriam que os Poderes Legislativo e Executivo ao elaborarem tais listas tenham observado as necessidades prioritárias da coletividade, adequadas aos recursos disponíveis. Além do mais, tais Poderes foram eleitos pelo Povo, que paga os tributos que serão transformado em recursos para a saúde e ninguém melhor do que os representantes do povo para decidir quais são as prioridades de seus representados

Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos. A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário. (BARROSO, 2007, p. 30)

O segundo parâmetro seria em relação ao âmbito das ações coletivas, em que a alteração da lista de medicamentos poderia ser objeto de discussão pelo Poder Judiciário. A permissão para a alteração da lista no âmbito das ações coletivas se basearia no desejo da coletividade em ver tal medicamento incluso na lista, uma vez que sua ausência foi devido a uma falta do Poder competente. Além do mais, as ações coletivas produzem efeitos *erga omnes* no limite territorial da Justiça que está analisando o caso e tornariam possível ter uma noção mais real da necessidade daqueles que precisam de medicamentos fornecidos pelo governo.

Em *terceiro lugar*, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado. (BARROSO, 2007, p. 32)

Após determinar os parâmetros referentes às ações individuais e coletivas, o Professor elaborou alguns critérios complementares. O primeiro desses critérios seria que o Judiciário só teria poder para incluir em lista de medicamentos os remédios de eficácia comprovada, excluindo assim, os experimentais e os alternativos.

Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a *comprovada eficácia das substâncias*. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Perguilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substâncias como o composto vitamínico

“cogumelo do sol”, que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia. (BARROSO, 2007, p. 33)

O segundo critério auxiliar seria que o Judiciário só poderia optar por substâncias disponíveis no Brasil, pois deve-se privilegiar, sempre que possível, o mercado de medicamentos nacional, em especial os laboratórios vinculados ao SUS (Sistema Único de Saúde).

O terceiro parâmetro seria que o judiciário deverá optar pelo medicamento genérico de menor custo, uma vez que, estaria conforme o Princípio da Reserva do Possível.

Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade. (BARROSO, 2007, p. 34)

O quarto seria que o Judiciário só poderá fornecer medicamento indispensável para a manutenção da vida do (ou dos) requerente(s). Mais uma vez o Luís Roberto Barroso demonstrou preocupação com os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência. (BARROSO, 2007, p. 34)

Por fim, o Professor determina que o ente federativo que deve figurar como pólo passivo em ações relacionadas à obtenção de medicamentos deve ser aquele que é responsável pela elaboração da lista na qual consta o medicamento requerido.

Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista. (BARROSO, 2007, p. 35)

Parecem ser razoáveis os parâmetros propostos pelo Professor Luís Roberto Barroso em seu estudo, pois tornariam as decisões do Poder Judiciário sobre o fornecimento de medicamentos uniformes. Além do mais, o estudo referido demonstra preocupações com os dois princípios em conflito: Mínimo Existencial e Reserva do Possível.

5.2 SISTEMA DA PROPORCIONALIDADE

Como o Judiciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação e ao mesmo tempo não pode tomar para si o que é de competência de outro Poder ele deve buscar o equilíbrio, para que suas decisões não afetem de forma brusca a coletividade. Este equilíbrio seria alcançado com o Sistema da Proporcionalidade, aplicado de acordo com o caso concreto.

Antes de analisar o Sistema da Proporcionalidade é importante definir o que é um princípio. Segundo Robert Alexy princípios jurídicos seriam mandamentos, comando de utilização, ou seja, prescrevem que algo deva ser cumprido na maior intensidade possível tendo em vista outros princípios e a realidade fática.

Como cada princípio limita a atuação dos demais, este sistema visa solucionar o conflito aparente entre dois princípios fundamentais diante de um caso concreto e sua aplicação é feita em três etapas. Este Sistema define até que ponto a restrição de um princípio é justificada pelo Direito tendo em vista um caso concreto

A primeira etapa é a adequação. Nesta etapa o magistrado deve se perguntar se o meio escolhido é adequado para promover em qualquer intensidade o fim pretendido. “Também chamada de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o fim perquirido”. (LENZA, 2010, p. 138)

A segunda etapa é a necessidade. Nesta fase o Juiz se pergunta se há outro meio igualmente promotor daquele fim e que ao mesmo tempo seja menos restritivo em relação a outros princípios.

Na obra de Lenza:

Por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e se não puder substituí-la por outra menos gravosa. (LENZA, 2010, p. 138)

Por fim, a terceira etapa é a proporcionalidade em sentido estrito. Na última etapa cabe ao magistrado se perguntar se ao final do processo de análise temos uma maior garantia do que restrições a princípios e perceber quais são as vantagens e desvantagens da adoção do meio escolhido para a resolução do caso concreto.

Conforme Lenza:

Sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. (LENZA, 2010, p. 138)

Portanto, apesar de ser um instituto de ordem subjetiva se utilizado de forma adequada ele apresentará a solução mais benéfica, ao mesmo tempo, para a coletividade e para o indivíduo demandante.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar o conceito de saúde, o histórico do sistema de saúde brasileiro e perceber toda a sua complexidade pode-se inferir que a intervenção do Poder Judiciário

se faz necessária, mesmo sendo incompreendida em alguns momentos, uma vez que, o Direito à Saúde é um Direito Fundamental Constitucional e deve ser protegido.

Porém esta intervenção deve ser feita de um modo cauteloso, pois além da efetivação deste Direito envolve gastos e recursos que não seriam destinados somente ao setor da Saúde, envolve também a possível ultrapassagem da tênue linha dos limites do campo de atuação de outro Poder. Se isso se confirmar, seria configurada uma afronta ao princípio, também constitucional, de separação dos poderes. Por isso o Judiciário deve ficar atento ao seu limite de tutela do direito atingido.

Portanto, ao aceitar uma demanda referente ao direito à saúde, o Juiz deve ter em mente a real necessidade do fornecimento de medicamentos, tratamentos ou leitos em hospitais e, inclusive, se valer das doutrinas jurídica e médica para fundamentar sua decisão. Para chegar à melhor decisão para o caso concreto ele também pode usufruir do princípio da proporcionalidade, uma vez que, essas demandas colocam princípios constitucionais em colisão.

REFERÊNCIAS

ACURCIO, Francisco de Assis. **Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil.** Disponível em: < <http://www.farmacia.ufmg.br/cespmed/text1.htm>>. Acesso em 26/06/10.

ALMEIDA, Arlindo de. **A solução para o problema da saúde é mista e solidária.** Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000100012&script=sci_arttext> Acesso em 06/06/10.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 26/06/10.

BRASIL, **Constituição**, 1988.

BRASIL, **Lei 8080/90.**

BRASIL, **Lei 3268/57.**

BUYS, Eduardo. **Saúde Brasil: problema é na gestão.** Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/saude-brasil-problema-e-na-gestao/23437/>>. Acesso em 06/06/10.

CASTILHO, Paulo José. *Estado patina para conseguir gestão eficiente na saúde.* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-abr-03/judicializacao-saude-existe-falta-gestao-eficiente>>. Acesso em 30/05/10.

COORDENADORIA de Editoria e Imprensa. **Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562>. Acesso em 27/05/10.

DICIONÁRIO, enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Sob a direção de André – Jean Arnaud...[et al.]; tradução de: Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar 2009.

GANDIN, João Agnaldo Donizeti. & BARIONE, Samantha Ferreira. & SOUZA, André Evangelista. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32344>>. Acesso em 27/05/10.

GOMES, Luíz Flávio. **Judicialização da saúde: até onde pode o juiz interferir no orçamento público.** Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6306/Judicializacao_da_Saude_ate_Onde_Pode_o_Juiz_Interferir_no_Orcamento_Publico>. Acesso em 27/05/10.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. **Erro médico: reflexões.** Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v2/reflerro.html>>. Acesso em 30/05/10.

HOEFEL, Ana Helena Karnas, **Normas infraconstitucionais e o direito fundamental à saúde: eficácia e legitimidade.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32928/public/32928-41098-1-PB.pdf>>. Acesso em 27/05/10.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em 06/06/10.

JORNAL, do CRMMG. Judicialização da saúde: medicina no banco dos réus. Minas Gerais, Agosto de 2010, p. 8.

LUCENA, C. E. M. Relação médico-paciente e a judicialização do Ato Médico. **Jornal do CRMMG**, Minas Gerais, Março/Abril de 2010, p. 06.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**. 2007. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/31286>> Acesso em 30/05/10.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. ed. 24. São Paulo: Atlas, 2009.

NETO, Delfim. **O problema da saúde no Brasil**. Disponível em: <http://temaseconomia.blogspot.com/2007/01/o-problema-da-sade-no-brasil.html>. Acesso em 06/06/10.

Revista brasileira de direito público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. Disponível em: < http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em 26/10/10.

REZENDE, Thelma Battaglia. **MBA executivo em saúde: sistemas de saúde no Brasil**, Rio de Janeiro: FGV, 2009.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2582> >. Acesso em 30/05/10.

SILVA, E.J. Percalços da Medicina de Hoje. **Jornal do CRMMG**, Minas Gerais, Março/Abril de 2010, p. 04.

TEMMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. ed. 16. São Paulo: Malheiros. 2000.

