

APONTAMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO DEBATE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE¹

NOTES FOR THE UNDERSTANDING OF THE DEBATE ABOUT THE JUDICIALIZATION OF HEALTH CARE

*Stefania Becattini Vaccaro*²

*Leonardo Torres Vasconcelos*³

*Livia Furtado Borges*⁴

Resumo

O presente artigo busca abordar a temática da Judicialização da Saúde pela análise dos anais da Audiência Pública nº 04 promovida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009. Além disso, o artigo realiza um levantamento bibliográfico das discussões teóricas envolvidas nesse debate. A partir da leitura dos registros da referida audiência buscou-se identificar os pontos de convergência e de divergência entre os discursos dos convidados a fim de evidenciar os principais posicionamentos ali sustentados. O objetivo foi realizar uma síntese dos argumentos que permita a compreensão do tema “judicialização da saúde”, bem como identificar as principais correntes teóricas envolvidas no debate. O resultado dessa análise evidencia que o direito à saúde e suas políticas se encontram numa posição de fragilidade, especialmente, pela natureza dicotômica desse direito, o qual apresenta um caráter material e um caráter burocrático.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Audiência Pública; Decisões Judiciais; Judicialização da Saúde.

Abstract

This article tries to approach the thematic through the analysis of Public Audience promoted by the Supreme Court in 2009, once the decision was a mandatory reference in this debate. After this registers reading we look

¹ Artigo recebido em: 28/05/2016. Aceito para publicação em: 09/06/2016.

² Doutora em ciências sociais e jurídicas pela UFF, mestre em política social pela UFES, especialista em Bioética pela PUC/MG. Advogada, Pesquisadora e Professora da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). E-mail: <fanivaccaro@yahoo.com.br>.

³ Bacharel em Gestão de Serviços de Saúde pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Graduando no curso de Tecnologia em Gestão Pública na UEMG. Pesquisador vinculado ao Núcleo de Gestão em Saúde e ao laboratório de políticas públicas.

⁴ Especialista em Direito Público e Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Coimbra. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduanda no curso de Processos Gerenciais com ênfase no Terceiro Setor pela Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). Advogada e Pesquisadora vinculada ao laboratório de políticas públicas.

for identifying the convergence and divergence points among the guests speeches to evidence the main supported positions. The goal was to accomplish an arguments synthesis that allows the comprehension of this theme: "Legalization of the right to health". The result of our analysis shows that the right to health and their policies are in a weakness position because the dichotomy nature of this right.

Keywords: Right to Health, Public Audience, Judges's Decisions, Legalization of the right to health.

Sumário: 1 *Introdução*; 2 *O processo de judicialização como estratégia de acesso aos serviços de saúde no Brasil*; 3 *Visões relevantes sobre o tema da audiência pública*; 3.1 *Desafios identificados*; 4 *Os desdobramentos da audiência*; 5 *Considerações finais*; 6 *Referências*.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a partir da década de 90, as áreas da saúde e da justiça, devido à implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), começaram a estabelecer outra dinâmica em sua relação, seja pela interdependência das decisões no âmbito da gestão do serviço, seja pela maior facilidade do cidadão em acessar o poder Judiciário. Com efeito, se verificou um crescimento da propositura de ações judiciais, individuais e coletivas⁵, com pedidos relativos à saúde e movidas simultaneamente contra mais de um ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A esse fenômeno se denominou "Judicialização da Saúde".

Uma das causas da sua ocorrência está no fato da Constituição Federal de 1988 (CF/88) ter determinado, no âmbito da saúde, competências⁶ comuns e concorrentes aos membros da federação. No que tange ao cuidado à saúde a competência é comum, uma vez que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Porém, a competência de legislar é concorrente, ou seja, há uma hierarquia entre os entes, sendo que a União se limita a estabelecer as regras gerais, enquanto os estados estabelecem as normas regionais e os municípios legislam sobre as normas locais, determinando as peculiaridades, por exemplo, no modo que se dará o atendimento.

⁵ Ações individuais são propostas pelo indivíduo em particular, a fim de salvaguardar interesse próprio. Ações coletivas são aquelas que vislumbram interesse coletivo, versando sobre direitos difusos e coletivos e são propostas por um órgão representativo. São fundamentadas no Código de Processo Civil e na Lei nº 7.347/85. Cf. Theodoro Júnior, 2006.

⁶ Vide arts. 6º, 23, II, 30, VII, 196 e 198 todos da CF/88. Além disso, é importante verificar os arts. 15 a 18 da Lei 8.080/90 que disciplina a organização e o funcionamento dos serviços de saúde.

Além disso, há também determinação de competência em relação à complexidade do caso em tratamento. Se o caso for de baixa complexidade será competência dos municípios; de média complexidade será dos estados; e por fim, de alta complexidade será da União, a quem compete o cuidado em sentido amplo, isto é, oferecendo tratamento e medicação adequados.

Observa-se, portanto, que a divisão de competências em matéria de saúde não é trivial. Isso acarreta uma falta de clareza à população no que tange aos deveres, de cada ente da federação, em relação aos serviços de saúde. Daí a confusão dos usuários que costumeiramente acionam mais de um ente federativo.

Outro problema percebido aqui se refere à natureza das políticas de saúde que, por um lado, atendem diferentes necessidades da população - como assistência médica e controle epidemiológico - e por outro, estão também diretamente ligadas a parâmetros estabelecidos por um estado burocrático, com planos de gerenciamento, contratos e orçamentos. Essa natureza dicotômica leva recorrentemente a um desequilíbrio no objeto final da saúde e faz com que a sociedade busque o poder Judiciário para efetivar este direito fundamental⁷.

Tendo em vista a crescente demanda destas ações movidas pela população pleiteando o acesso a serviços e a insumos no âmbito da saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF) organizou, em 2009, uma Audiência Pública. O objetivo desta foi colher subsídios para decidir a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175-CE e também conformar balizas de entendimento sobre o tema em pauta.

Graças à ocorrência da Audiência Pública nº 04 se realizou um debate democrático de todas as instituições envolvidas na temática ao longo dos anos. Com isto, foi promovida a publicidade na defesa dos pontos de vista

⁷ Segundo Dimoulis e Martins, “os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas e jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” Esses autores ainda explicam que “a categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos ‘sociais’ ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 38 e 51).

institucionais e foi objetivada a construção de estratégias para promover o acesso mais rápido e eficaz ao direito fundamental da saúde. Todo este procedimento foi registrado em anais.

Assim, este documento foi analisado com o objetivo de verificar quais os principais desafios enfrentados, tanto no âmbito da gestão dos serviços de saúde, quanto no âmbito do poder Judiciário. Para isso, foi utilizado o registro da audiência em vídeo, bem como o texto organizado pela relatoria. Foi, então, feita uma leitura exaustiva com a finalidade de identificar os assuntos mais citados no âmbito da judicialização da saúde, suas proposituras e soluções. Com efeito, foram selecionados os principais argumentos expostos pelo Ministério Público, pelo poder Judiciário, pelo Ministério da Saúde e pela sociedade organizada. Nessa análise, também se buscou identificar as principais correntes teóricas envolvidas no debate sobre a judicialização da saúde. Em sequência, buscou-se identificar os parâmetros adotados pelo STF na decisão da STA nº 175-CE, bem como as medidas designadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – instituição pública que realiza o controle do Sistema Jurídico Brasileiro visando a sua transparência administrativa e processual – para apoio aos Tribunais nas demandas pertinentes à temática da saúde.

Como resultado das leituras, foi identificada a natureza dicotômica do direito à saúde que apresenta um caráter material e um caráter burocrático. Este debate teoricamente se estabeleceu por meio da discussão da “reserva do possível⁸” e de “mínimo existencial⁹”. Noutros termos, essa discussão foi

⁸ Os direitos sociais possuem um limite fático à sua efetivação, que está na real existência de meios por parte dos cofres públicos do Estado para cumprir com suas obrigações. Além desse limite fático, existe também limitação quanto à possibilidade jurídica do Estado de dispor desses recursos. Essas duas limitações formam a chamada “reserva do possível”. Assim, é realizada uma ponderação entre a efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica de dispor desses recursos - em função da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas - e a razoabilidade daquilo que está sendo pedido. Cf. Sarlet; Figueiredo, 2008.

⁹ A teoria sobre do mínimo existencial induz a ideia que o Estado é obrigado a criar condições materiais mínimas para uma vida digna de todos os seus cidadãos. Essa teoria se fundamenta no princípio da dignidade humana, no direito à vida e no direito à integridade física e no direito de liberdade. Argumenta-se que não basta a proibição de violação a tais direitos, é necessário uma postura ativa do Estado para sua efetiva proteção. A despeito disso, não se identifica *a priori* um conjunto de direitos que componha o mínimo existencial. Sua definição deve ser avaliada à luz das circunstâncias de cada caso. Cf. Sarlet; Figueiredo, 2008.

realizada em dois eixos. Por um lado, foi suscitado o questionamento se o Estado deveria privilegiar o interesse coletivo, delimitando o benefício a ser oferecido ao indivíduo-autor da ação. Por outro lado, foi suscitado o questionamento da (in)existência de limites para o Judiciário deferir medidas na área da saúde, sem se preocupar com o orçamento público.

Em suma, a Audiência Pública nº 04 foi um momento democrático que promoveu a reflexão sobre a importância e o impacto da judicialização da saúde, ouvindo diversos pontos de vistas para buscar possíveis caminhos em prol de soluções. Na análise dos argumentos levantados nessa Audiência se evidencia, por uma parte, a posição de fragilidade da saúde e suas políticas frente ao seu papel social e, por outra, a necessária adequação destas políticas aos parâmetros burocráticos estabelecidos pelo Estado.

2 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, que é pressuposto de existência de qualquer direito e, por tal, é protegida por todo o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal destina a Seção II, do Título VIII especificamente para o tema da saúde e a inicia, nos seguintes termos:

Art. 196. 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).

Essa previsão constitucional foi uma conquista da reforma sanitária, dado que anteriormente este direito era apenas conferido à determinada parcela da sociedade ligada ao mundo do trabalho. Diga-se, inclusive, que justamente em razão desta limitação Santos (1979) cunhou o conceito “cidadania regulada”. Ou seja, a novel previsão constitucional consagrou o conceito de cidadania ampla e irrestrita estendendo a todo o tecido social o direito à saúde.

Essa inovação legislativa trouxe ao menos dois importantes questionamentos sobre a sua aplicabilidade, quais sejam: o direito à saúde

apresenta um conjunto específico de tratamentos ou contempla todo e qualquer procedimento e insumo? O Judiciário deve intervir no controle das políticas públicas de saúde para assegurar sua efetivação a qualquer pessoa que demande ou a promoção e a prestação dos serviços de saúde são matérias restritas ao planejamento do Executivo?

Na época, o Ministro da Justiça e Presidente do STF Gilmar Mendes demonstrou claramente esse dualismo da intervenção do Poder Judiciário, que transita entre o direito individual e os direitos sociais à coletividade, ao afirmar que:

[...] se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais tem significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores de políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. (BRASIL. 2009b, p. 31)

Já o Procurador-Geral da República, à época Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, enfatiza que o Judiciário é o espaço para se pleitear os direitos quando há omissão do Estado. Porém, ele ressalva que o magistrado, em sua decisão, deve levar em conta a avaliação técnica do caso, as pactuações vigentes entre os entes da federação e as razões técnicas, médicas e econômicas para condenar o ente público à prestação do serviço de saúde.

Em outras palavras, a decisão deve avaliar se a prescrição médica está de acordo com consensos ou posições majoritárias encontradas na literatura médica mais recente, e considerar que os recursos para saúde não são ilimitados e devem ser aplicados para garantir o direito à saúde como direito social, e não apenas como direito individual. (BRASIL. 2009b, p. 42)

Por sua vez, o Advogado Geral da União - à época José Antônio Dias - Toffoli – ressalta que o Estado reconheceu a “absoluta essencialidade do direito à saúde” em todas suas instâncias (Legislativa, Executivo e Judiciário) da forma como é organizada. Porém, argumentou a importância da defesa do direito nos mesmos termos do artigo 196 da Constituição, mostrando-se um tanto quanto legalista em suas colocações.

É claro que o equilíbrio deste pêndulo está na aplicação do princípio da razoabilidade¹⁰ e na análise factual pelo Judiciário. Isso, entretanto, não significa a impossibilidade de se fixar parâmetros para a atuação coordenada deste Poder. Ao contrário. Esta necessidade é premente, visto crescer continuamente o número de cidadãos que recorrem a essa alternativa para pleitear seus direitos fazendo, por consequência, que sejam também crescentes as despesas oriundas de decisões judiciais.

Ora, a falta de parâmetros claros e coordenados institucionalmente pode, paradoxalmente, levar à própria inviabilização do direito à saúde. Como se sabe, um sistema não organizado, em que não há compartilhamento de informações entre os órgãos causa uma falsa impressão de resolução de problemas, uma vez que a decisão judicial impacta diretamente no orçamento disponível para todo o setor da saúde. Dessa forma, atender a necessidade integral de um único indivíduo pode ocasionar desamparo da coletividade, que não receberá atendimento adequado, além de outros motivos, por falta de verba. Ademais, ações descoordenadas podem ir contrariamente à expectativa dos cidadãos de que as medidas judiciais promovam o acesso aos serviços de saúde de forma mais célere e eficaz.

Embora a interposição de ações judiciais deva ser uma exceção - utilizada em caso de ameaça ou de lesão a direito -, hoje este procedimento tem sido a regra. Isto vem agravando ainda mais a situação da saúde. É claro que não se desconhece a gravidade e a urgência de muitos casos que chegam ao Judiciário, porém é preciso estabelecer uma ordenação das práticas aí adotadas sob pena, repita-se, de inviabilizar o próprio sistema de saúde.

Por tudo isso, afirma-se que esse movimento da sociedade tem conformado um quadro contraditório de tensão entre o Judiciário e o Executivo. Por uma parte, os juízes não querem deixar ninguém desamparado; por outra, suas decisões vêm travando a atuação do Executivo, que se vê impedido de realizar as políticas públicas planejadas ao ter as verbas orçamentárias restritas para cumprimento de ordens judiciais¹¹.

¹⁰ O princípio da razoabilidade pressupõe proporcionalidade. Isso quer dizer que subjetivamente há uma relação de “bom senso” entre os meios utilizados pela Administração e os fins que ela pretende alcançar. Cf. Di Pietro, 2001.

¹¹ Pereira e Carneiro fazem um bom estudo sobre a o Impacto das Decisões Judiciais na Estrutura da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais – SES-MG. Pereira; Carneiro, 2012. Judicialização da Saúde e Mudanças Organizacionais: o Impacto das Decisões Judiciais na Estrutura da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais.

Afora isso, é ainda preciso registrar que nesse debate também se apresentam grandes interesses econômicos que exigem a mediação do Estado, nos termos do art. 170 da CF/88. Este argumento aparece claramente no teor da decisão do STF, a saber:

Um ambiente fortemente monopólico, dominado por interesses econômicos que desconsideram o equilíbrio da justiça, pelo que criam de assimetria entre necessidades e saúde e voracidade do capital. Nisso, a força do governo, como regulador, passa a ter relevância máxima, tanto no sentido de garantir uma incorporação técnico-científica segura, como no de estabelecer os meios pelos quais se possa avaliar adequadamente os impactos sociais, de indicadores de saúde e financeiros desta incorporação. (BRASIL, 2009b, p. 316)

Essa situação ilustra a necessidade de estabelecer padrões a serem seguidos pelos magistrados na tomada de suas decisões, a fim de viabilizar a prestação do serviço de saúde à maior quantidade de cidadãos possível. Além do que, essas definições irão servir de amparo para que as decisões sejam mais justas e igualitárias e, também, irão criar uma segurança jurídica para a população requerente, na medida em que define balizas de análise dos casos individuais.

Resta, portanto, claro que para alguns participantes da audiência pública o direito à saúde não é necessariamente a garantia integral de acesso a todo e qualquer serviço ou insumo de saúde. Estes estariam adstritos à oferta regulamentada pelo SUS. Justamente neste sentido, Toffoli argumenta ser “necessário que as políticas públicas contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade”. Em outra direção, no entanto, o representante da Defensoria Pública da União, Leonardo Lorea Mattar, em uma visão mais atenta à dignidade humana e pautada na efetivação dos direitos fundamentais, ressalta que alguns argumentos parecem “contrários ao reconhecimento da garantia do direito à saúde a cada um dos brasileiros”. A isso acrescenta que a discussão deve partir da “premissa da existência do direito constitucional garantido a todos os brasileiros” para, então, buscar a melhor maneira possível de fazê-lo, intervindo na Administração Pública de forma plena para fazer cumprir o dever constitucional. Para ele, a judicialização é a manifestação de desamparo da sociedade que se vê desatendida da prestação dos serviços de saúde.

Por fim, para compreender a amplitude deste debate e seus desdobramentos é necessário ter em mente os significados dos princípios substantivos do Sistema Único de Saúde: a **universalidade** que garante de acesso ao sistema público de saúde a todo e qualquer cidadão em todos os níveis de assistência, a **equidade** que tem por finalidade minimizar as desigualdades garantindo ao cidadão condições iguais de acesso ao serviço público de saúde e a **integralidade de atenção à saúde** que fomenta a articulação entre as ações e os serviços em todos os níveis de complexidade no campo da saúde pública. Justamente por isso, espera-se que o poder Judiciário quando provocado profira decisões justas e ponderadas que busquem universalizar o acesso de todos os cidadãos ao sistema.

3 VISÕES RELEVANTES SOBRE O TEMA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Algumas proposições foram essenciais para a discussão e explicitaram uma tendência no entendimento dos participantes acerca do tema judicialização da saúde. Dentre estas linhas que permeiam a construção dos discursos apresentados na audiência se destacam: (i) a relação entre direitos sociais e políticas de governo; (ii) os interesses econômicos envolvidos; (iii) direitos individuais versus direitos sociais da coletividade; (iv) a discussão sobre a ótica da não prestação de serviços por falta de recursos ou por recusa do Estado.

A fala do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, evidencia o desamparo daquele que bate às portas do poder Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento, ou seja, quem o faz é porque teve negada tal prestação pelo Estado. A partir deste raciocínio explica que:

[...] é importante destacar que a negativa da prestação não decorre sempre do mesmo fundamento. Três hipóteses podem ser sublinhadas: a) em alguns casos há política pública que não é executada; b) em outros a política pública é inadequada; e c) finalmente, há casos em que não há política pública definida. (BRASIL, 2009b, p. 37)

O Procurador salienta ainda que, na maioria dos casos, não existe clareza mínima sobre o tratamento previsto na política pública e esta situação

motiva prescrições médicas, inclusive de médicos do SUS, que recomendam o uso de medicamentos e a realização de tratamentos não oferecidos ordinariamente pelo Sistema. O fato, entretanto, é que o discurso desses profissionais está dotado de poder social e isso faz com que sejam acatados pelos usuários como a melhor alternativa terapêutica, mesmo que existam outras possibilidades.

Esta situação esclarece uma das faces da judicialização. A falta de conhecimento clínico somado a um conhecimento raso das políticas é o ponto de partida para que o cidadão acione o poder Judiciário em busca do que entende ser um direito. Surge com isso a necessidade do cidadão de entender questões organizativas do Estado como, por exemplo, a identificação das responsabilidades de cada ente da federação.

Para Antônio Fernando Barros é importante respeitar essas definições para que não se incorra contra as diretrizes constitucionais do SUS, o que pode contribuir para a desorganização do serviço e ir de encontro aos princípios da eficiência¹² e da economicidade¹³.

É, pois, importante ressaltar que não só do discurso de ampliação do acesso à saúde se sustenta o tema da judicialização. José Gomes Temporão, por exemplo, salienta que o acesso a serviços e a insumos de saúde por meio de decisões judiciais pode promover desperdício de recursos e excessiva medicalização, se usado de forma indiscriminada.

Temporão explicita a importância do saber especializado para a construção de estratégias no âmbito da saúde.

[...] a via judicial bem educa o gestor omissivo que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação arfítica (*sic*), desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas. (BRASIL, 2009b, p. 318)

¹² Pode ser entendido como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos alcançando satisfação com os menores custos possíveis Cf. Moreira Neto, 2014.

¹³ Consequência do princípio da eficiência, porém propõe uma relação especialmente financeira avaliando custo benefício Cf. Moreira Neto, 2014.

Desta forma, Temporão ilustra esta relação direta de causa e efeito das decisões judiciais, não somente no orçamento ou no planejamento de ações de saúde, mas também na dinâmica de educação dos cidadãos.

3.1 Desafios identificados

Diversas barreiras devem ser enfrentadas na construção de um sistema de saúde universal. Estes desafios nem sempre estarão colocados desde o seu planejamento, pois vão surgindo na medida em que diferentes situações vão sendo experimentadas. Daí alguns participantes da audiência se manifestarem favoravelmente à necessidade da intervenção do poder Judiciário.

Na exposição de todos os representantes dos órgãos participantes da Audiência Pública nº 04, se evidencia a falta de recursos e de investimento na área da saúde. Portanto, para não sucatear a prestação dos serviços de saúde é premente a necessidade de se destinar maior quantidade de verba pública para essa área. Porém, tendo em vista a organização burocrática do Estado e o tempo necessário para que essa mudança aconteça também é unânime o entendimento da necessidade de se remediar os desafios sugeridos pela temática. E o remédio aqui seria prescrito justamente pela intervenção do poder Judiciário nas políticas de saúde.

Com isso, várias questões surgem ao longo dos discursos, tais como: o Estado deve fornecer medicamento prescrito por médico que não seja conveniado ao SUS? O Estado deve fornecer medicamento ou tratamento considerado como alternativos ou não contemplados nas políticas de saúde? Deve, ainda, fornecer algum tipo de medicamento que não seja cadastrado pela ANVISA? Deve custear tratamento de saúde para determinado cidadão no exterior?

A Procuradora Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Janaína Barbier Gonçalves, argumenta que para que para efetivação da Constituição Federal no âmbito da saúde, é preciso que sejam estabelecidos limites que contribuam:

[...] para a compreensão do Poder Judiciário no que se refere à política de assistência farmacêutica no âmbito SUS, mormente ao fato de que a canalização de recursos para situações individualizadas,

independente do valor a ser destinado e da organização do SUS, fere o espírito do artigo 196 da Constituição Federal, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. (BRASIL, 2009b, p. 220)

Em contrapartida, a Defensoria Pública, na pessoa do Defensor Leonardo Lorea Mattar, expõe a essencialidade da intervenção do poder Judiciário no âmbito da saúde, principalmente em casos excepcionais e urgentes. Na sua fala destaca, inclusive, a discussão de quais são as funções do Estado, nos seguintes termos:

Enfim, parece-me que o Estado tem como elemento essencial garantir o direito à saúde e à vida dos brasileiros. E eu pergunto: se esse não for o elemento essencial, um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro, quais seriam? Assim, a intervenção firme e segura do sistema de Justiça e do Poder Judiciário, quando necessário e quando deficiente a prestação do serviço pela administração pública, deve, sim, ocorrer na área da saúde e é essencial. (BRASIL, 2009b, p. 54)

O ponto de convergência nos diferentes discursos é no sentido de que as decisões do poder Judiciário interferem no planejamento do Poder Executivo e, conseqüente, na promoção do direito à saúde para a coletividade.

4 OS DESDOBRAMENTOS DA AUDIÊNCIA

Depois de ouvidas as manifestações de diversos espectros da sociedade, o STF – no voto da STA 175-CE – interpretou os contornos do direito à saúde e traçou parâmetros para que o Judiciário atue nas ações sobre esta temática.

Sob o primeiro ângulo de análise, o STF assegurou que a disposição normativa do art. 196 que estabelece a saúde como um direito de todos, dá ensejo tanto a direito individual, quanto a direito social da coletividade. A dimensão individual constitui um direito público subjetivo e conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. A dimensão coletiva traduz a necessidade prestacional positiva do Estado, que se materializa dentro de uma discricionariedade administrativa¹⁴. Daí o STF ter afirmado que “a garantia

¹⁴ Os atos administrativos discricionários são aqueles que por lei possuem um grau de

judicial da prestação judicial individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS” (BRASIL, 2009b, p. 110). Não bastando, no entanto, a mera alegação da falta de recursos ou do alto custo de um medicamento para negar a prestação de serviço a um indivíduo, visto que a saúde foi acolhida no texto constitucional como um direito fundamental. Ou seja, o STF reconheceu a força normativa¹⁵ do art. 196 e afastou as interpretações que lhe atribuíam a simples natureza programática.

No que tange a responsabilização dos entes federativos na prestação do serviço de saúde, o STF ratificou manifestações anteriores daquela Casa no sentido de responsabilidade solidária. Salientou, no entanto, que este entendimento foi adotado em cognição cautelar e que o mérito deste tema deve ser objeto apreciado no RE 566.471¹⁶ de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Sob o segundo ângulo de análise, o STF afirmou a importância de criar distinções, de duas naturezas, entre as situações de judicialização da saúde, de forma a estabelecer critérios e parâmetros para a intervenção judicial.

De acordo com a manifestação do STF, grande parte das demandas de judicialização da saúde resulta de um problema “de execução (administrativa) de políticas públicas pelos entes administrativos” (BRASIL, 2009b, p. 15). Neste caso, é evidente o direito subjetivo público. Logo, não se cogita qualquer interferência do Judiciário na discricionariedade administrativa de outro Poder porquanto a política pública já está estabelecida e falta apenas o seu cumprimento efetivo.

Outro caso é quando ocorre o acionamento da justiça para a prestação de serviço de saúde não contemplado em uma política pública. Aqui é preciso

liberdade, dando ao administrador público autonomia de decidir qual a melhor forma de se atingir o interesse coletivo. Cf. Di Pietro, 2001.

¹⁵ Dentro da visão moderna do Direito Constitucional todas as normas constitucionais, mesmo as de caráter programático, são entendidas como de natureza normativa. Ou seja, são capazes de criar obrigações e direitos. Este entendimento buscou afastar o esvaziamento do texto constitucional que, muitas vezes, constituía numa promessa vazia de conteúdo. Para aprofundar nesse debate sugerimos a leitura de Hesse Cf. Hesse, 1991.

¹⁶ Este RE foi distribuído no ano de 2007 e, até a presente data, ainda não foi julgado em caráter definitivo. Esta lacuna de decisão faz com que hoje a responsabilidade dos entes federativos na prestação de serviço à saúde seja, na prática, solidária. Isto, por sua vez, tem várias implicações nos orçamentos de cada ente. Implicações essas que demandam estudos em diferentes aspectos, em especial sobre as possibilidades de cobranças retroativas.

distinguir três ocorrências diferentes: (i) a não prestação decorre de uma omissão legislativa, (ii) a não prestação decorre de uma decisão administrativa de não fornecimento, ou (iii) a não prestação decorre de uma vedação legal a sua dispensação.

Dentre essas ocorrências, a primeira situação que se identifica é quando determinado medicamento não tem registro na ANVISA. O STF entendeu que, a princípio¹⁷, o Estado não tem a obrigatoriedade de fornecimento. Isto porque o registro junto a essa autarquia é o primeiro requisito para que o SUS possa incorporá-lo e, especialmente, porque este registro funciona como um atestado da segurança e do benefício do fármaco.

A segunda situação a ser considerada é quando há decisão administrativa para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Isto pode ocorrer porque o SUS fornece tratamento alternativo aquele demandado pelo indivíduo na ação ou porque o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Na primeira hipótese, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente. O caminho contrário deverá ser adotado apenas quando comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde adotada pelo SUS.

Já quando a rede pública não fornecer nenhum tratamento específico para a patologia é, uma vez mais, preciso se ater a duas distinções: (i) o tratamento solicitado é experimental ou (ii) o tratamento solicitado apenas não foi ainda testado¹⁸ pelo SUS. Sendo experimental o Estado não pode ser obrigado a seu fornecimento, seja porque lhe falta registro na ANVISA (justamente porque ainda não foram comprovados os efeitos do fármaco), seja porque a participação neste tipo de tratamento rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica, seja porque o SUS se filiou à corrente da medicina com base em evidências¹⁹.

¹⁷ Apesar da proibição ao fornecimento de fármacos experimentais o Ministro Edson Facchin, no dia 08 de outubro de 2015, deferiu medida liminar (PET 5828) garantindo a um paciente o fornecimento, pela USP São Carlos, da substância fosfoetanolamina supostamente para controlar os efeitos de um câncer. O caso tem gerado imensa repercussão na sociedade e na comunidade acadêmica, a qual tem se posicionado contrariamente a decisão adotada pelo ministro. Ainda dentro do tema da proibição de medicamentos não registrados na ANVISA é importante ater-se à exceção prevista na Lei 9.782/99.

¹⁸ Vide Lei 12.401/11, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

¹⁹ A Medicina Baseada em Evidências é uma metodologia criteriosa que utiliza de uma

Se, no entanto, a questão versar sobre novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, o entendimento é outro. O STF afirmou que a saúde do indivíduo não pode estar submetida aos ritmos da burocracia estatal. De modo que, “a inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema” (BRASIL, 2009b, p. 22). Por consequência, o indivíduo deve ter atendido o seu pleito na medida em que não se justifica “a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada” (BRASIL, 2009, p. 22).

Frente a essas balizas interpretativas fornecidas pelo STF, o CNJ vem estabelecendo parâmetros para que os Tribunais consigam lidar com as demandas de judicialização. Uma delas foi, em 2009, com a Portaria 650, a qual criou grupos de trabalho com a finalidade de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Já em 2010, o CNJ editou a Resolução nº 107, instituindo o fórum judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. No ano seguinte, 2011, editou a Recomendação de nº 36, solicitando a adoção de medidas, por parte dos tribunais, que visem a subsidiar o trabalho dos magistrados e a assegurar com maior eficiência a solução dos casos de judicialização da atenção à saúde. Além destas, outras medidas vêm sendo adotadas com a finalidade de dar suporte aos magistrados nas decisões no âmbito da saúde. Tudo no intuito de estabelecer diretrizes para auxiliar os juízes em relação a essas demandas e também nortear a atuação dos Tribunais.

Apesar de todo esse esforço, verifica-se que essas medidas não têm sido consideradas, por completo, nas decisões. O próprio CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 43) identificou na pesquisa “*Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*” a baixa menção - à audiência, ao CNJ, às recomendações 31 e 36, ao Fórum Nacional e aos Comitês Estaduais - realizada nas decisões judiciais proferidas em 6 (seis) estados. Isto, por si, mostra claramente que ainda permanece certo distanciamento dos tribunais à discussão nacional acerca da judicialização da saúde.

abordagem sistemática de análise de publicações para embasar decisões clínicas. Cf. Moimaz, Zina, 2008.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção da audiência pública se revelou um instrumento democrático, capaz de fomentar a troca de diferentes entendimentos sobre a prestação do direito à saúde pelo estado brasileiro. Também permitiu estabelecer um diálogo multidisciplinar que fortalece essa política social. Apesar disso, a pesquisa realizada pelo CNJ revela a baixa adesão, pelos próprios órgãos do Poder Judiciário, aos conteúdos emanados no âmbito da audiência.

Na leitura dos anais da Audiência Pública nº 04 ficou evidente a existência de unidade, entre todos os participantes, no discurso que defende o direito à saúde como primordial. Esta situação demonstra, por parte dos representantes das entidades participantes, uma preocupação em pautar as discussões sobre a ótica das necessidades e dos direitos do cidadão.

Também é evidente que o principal debate gira em torno da dissonância entre a imediata necessidade da população que acessa o serviço e o tempo imposto pela dinâmica burocrática do Estado. Assim, a questão da falta de acesso é deslocada para um segundo plano. Além disso, é unânime o entendimento da necessidade premente de rediscutir a questão orçamentária que envolve as decisões judiciais.

Vale, portanto, lembrar que se temos o direito ao acesso à saúde, temos também o dever de nos envolver nas questões que nos competem como juristas, legisladores, executores, profissionais ou cidadãos. É, pois, preciso promover o diálogo e a reflexão permanente diante das posturas tomadas frente às demandas. Afinal, só a partir da apropriação destas estaremos aptos para propor estratégias capazes de mudar, para melhor, a realidade encontrada.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8080 de 19 DE SETEMBRO DE 1990.
Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31** de 30 de março de 2010.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36** de 12 de julho de 2011.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 107** de 06 de abril de 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, **Portaria nº 650** de 20 de novembro de 2009a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública:** saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação, de Jurisprudência, 2009b.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil:** dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015. 137p.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; ZINA, Livia Guimarães. **Manual de odontologia baseada em evidência e revisão sistemática.** V. 1. Araçatuba: Faculdade de Odontologia de Araçatuba - UNESP, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. BIS, **Bol. Inst. Saúde.** v.12, n. 2 São Paulo, ago./ 2010.
- PEREIRA, Lucimara Ribeiro; CARNEIRO, Ricardo (2012). **Judicialização da Saúde e Mudanças Organizacionais:** o Impacto das Decisões Judiciais na Estrutura da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais – SES-MG. Trabalho apresentado no Encontro de Administração Pública e Governo – ANPAD. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2012/2012_EnAPG_285.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça:** a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campos, 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais:** orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol III. 36. ed. São Paulo: Forense, 2006.