

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS DESAFIOS

Eduardo Carlos Pottumati*
Jussara Maria Leal de Meirelles**

1 Introdução. 2 Direitos Sociais e Políticas Públicas. 3 A Constituição de 1988 e o direito à saúde. 4 Sistema Único de Saúde. 5 Fundamentos para o controle judicial de políticas públicas. 6 Limites ao controle judicial de políticas públicas de saúde. 7 Críticas à judicialização da saúde. 8 Desafios para a judicialização da saúde. 9 Conclusão. Referências

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar reflexões acerca do papel do controle judicial de políticas públicas na concretização do direito à saúde em nosso país. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação. Inicialmente é traçado um breve histórico acerca da atuação judicial na concessão de medicamentos. Na sequência, é verificada a função do Sistema Único de Saúde na distribuição de medicamentos. Fundamentos e limites para a judicialização da saúde também são trazidos. As principais críticas ao controle judicial de políticas de saúde são apresentadas. Por fim, são expostos vários dos desafios trazidos pela judicialização da saúde.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. Políticas públicas. Direitos sociais.

1 INTRODUÇÃO

O movimento de judicialização da saúde teve início na década de 1990, com as reivindicações dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), que postulavam junto ao Judiciário o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público.

* Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito Individual do Trabalho pelo Instituto dos Advogados do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: eduardopottumati@hotmail.com

** Professora Titular de Direito Civil, integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico Socioambiental e do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito, Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra-Portugal. Procuradora Federal. E-mail: jumeirelles29@gmail.com.

Os pedidos eram fundamentados no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios.¹

De maneira tímida e limitada ao fornecimento de antirretrovirais, a atuação judicial logo se estendeu para a concessão de medicamentos para o tratamento de outras moléstias. Além dos pedidos por novos medicamentos, as demandas judiciais passaram a versar sobre novos tratamentos e terapias.

O aumento exponencial desse tipo de demanda está provocando questionamentos na comunidade jurídica e revolta dos gestores públicos, uma vez que o elevado número de ordens judiciais enseja grandes impactos financeiros no orçamento público, em prejuízo das políticas de saúde já previamente instituídas e planejadas.²

2 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição brasileira de 1988 instituiu um modelo de Estado Social, com o objetivo de concretizar a dignidade da pessoa humana, tanto é verdade que destinou um capítulo aos Direitos Sociais, inserido no título dos Direitos e Garantias Fundamentais.³

Na subdivisão dos direitos humanos proposta por Karel Vasak, a segunda dimensão dos direitos humanos refere-se aos direitos da igualdade, que são os direitos sociais, culturais e econômicos.

Os direitos humanos de segunda dimensão são fruto da transição do Estado liberal para o Estado social e revelam uma alteração do paradigma no fenômeno do direito, pois o Estado deixa de ter uma postura abstencionista e passa a ter uma postura prestacional⁴. José Afonso da Silva apresenta o seguinte conceito de direitos sociais:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁵

Os direitos sociais têm como principais características o fato de serem positivos e prestacionais: para tanto, o Estado é obrigado a agir, seja por intermédio das políticas públicas de conotação social, seja pela intervenção no domínio econômico.

A função prestacional confere à pessoa o direito de “obter um benefício do Estado, impondo-se a este o dever de agir, para satisfazê-lo diretamente, ou criar as condições de satisfação de tais direitos.”⁶

A implantação dos direitos sociais previstos na Constituição vincula-se à realização de políticas públicas que dirijam a atuação do Estado para alcançar tais finalidades. Maria Dallari Bucci define políticas públicas como

[...] programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instruída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade política-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico⁷

As políticas públicas têm o papel de concretizar os direitos sociais, pois pouco importa o mero reconhecimento formal de direitos se não existem instrumentos que os efetivem.⁸

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

Os direitos sociais são garantias fundamentais constitucionais. A Constituição de 1988 reconhece um rol desses direitos, sendo que o direito à saúde está expressamente previsto no art. 6º.

O art. 196 da Constituição prescreve que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que é garantido por meio de 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 aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao Estado é imposta uma dupla obrigação, pois deve abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros, bem como deve adotar políticas que visem à concretização do direito à saúde.

Logo, o direito à saúde está vinculado ao desenvolvimento de políticas públicas que objetivem a existência digna das pessoas, que é efetivada por meio de prestações positivas. O direito à saúde também pode ser classificado como direito de defesa, já que o Estado não pode causar danos à saúde dos indivíduos.⁹

4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios, conforme previsto nos arts. 24, XII, e 30, II.

À União cabe o estabelecimento de normas gerais de acordo com o art. 24, § 1º, da Constituição. Aos Estados cabe a competência para suplementar

a legislação federal, conforme previsto no § 2º do art. 24 da Constituição. Aos Municípios foi atribuída a competência para legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II, da Constituição).

No que se refere aos aspectos administrativos, a Constituição atribui competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, inciso II). Dessa forma, os três entes que formam a federação brasileira podem formular e executar políticas relacionadas à saúde. Luís Roberto Barroso leciona que:

Como todas as esferas do governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição da competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição sobre a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos os detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.¹⁰

As ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constituem o Sistema Único de Saúde (SUS), que atua na prevenção e no tratamento de problemas de saúde da população (art. 198¹¹ da Constituição).

A Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) regula as ações e os serviços de saúde em todo o território nacional. A referida lei fixa a estrutura e o modelo operacional do SUS, bem como determina a sua organização e o seu funcionamento.

O SUS representa o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (*caput* do art. 4º da Lei nº 8.080/1990), sendo que a iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar (§ 2º do art. 4º da Lei 8.080/1990).

Dentre as atribuições do SUS, está a “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI, da Lei nº 8.080/1990).

A Lei nº 8.080/1990 também prevê os princípios que devem nortear a atuação do SUS, dentre eles, devem ser ressaltados o da universalidade, que assegura a todas as pessoas o acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, e o da “subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução de políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)”.¹²

No que tange à distribuição de medicamentos, a competência da União, dos Estados e dos Municípios, não está expressa nem na Constituição nem na Lei, sendo que tal competência é apenas esboçada em atos

administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos.¹³

Assim, os diferentes níveis federativos elaboram listas de medicamentos que serão comprados e fornecidos à população. Ao gestor federal cabe a tarefa de formular a Política Nacional de Medicamentos, que envolve além do auxílio aos gestores municipais e estaduais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).¹⁴

Os Municípios têm a atribuição de determinar a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, que é a lista dos medicamentos que tratam das doenças mais recorrentes na população brasileira, e executar a assistência farmacêutica. A prioridade na atuação dos Municípios é garantir o suprimento de medicamentos reservados à atenção básica à saúde.¹⁵

A RENAME contém medicamentos até a segunda opção terapêutica das doenças mais recorrentes no Brasil e também fornece orientações para a elaboração de listas nos níveis estadual e municipal.¹⁶

Segundo informações extraídas do portal do Ministério da Saúde, para a aquisição dos medicamentos da atenção básica que constam na RENAME, o Ministério efetua mensalmente o repasse da verba necessária para os Estados e Municípios. Assim, tanto a compra quanto a distribuição dos medicamentos são de responsabilidade dos Estados e Municípios.¹⁷

Diante da formulação e execução de uma política de distribuição de medicamentos, que evidentemente pode ter falhas, está claro que os Poderes Executivo e Legislativo não são omissos ou inertes, ao menos do ponto de vista normativo, no que se refere à distribuição de medicamentos à população.¹⁸

5 FUNDAMENTOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já asseverado, para a implementação dos direitos sociais, são necessárias atuações positivas por parte do Estado, que ocorrem por meio de políticas públicas de caráter social. Porém, para que ocorra o controle judicial de tais políticas, devem ser sopesados diversos aspectos.

Quando Montesquieu criou a teoria da separação dos poderes, afirmou que a reunião de poderes permitiria o surgimento de leis tirânicas, que seriam executáveis também de maneira tirânica. A teoria elaborada por Montesquieu surgiu no momento histórico do liberalismo.¹⁹

O Estado liberal tinha como aspecto marcante a ideia do Estado mínimo, não intervencionista, que defendia a proteção à liberdade individual, sem se preocupar com questões de cunho social, assim, o abstencionismo foi marcante nesse momento histórico.

Com a Revolução Industrial, a classe operária assumiu papel de grande relevância no contexto social, projetando-se como um porta-voz das suas reclamações, por intermédio dos sindicatos.

A transição do Estado liberal para o Estado social ocorreu no século XX e foi nesse período que surgiram constituições inspiradas em ideais sociais (Mexicana/1917 e Weimar/1919).

Essa transição promoveu alteração substancial no conceito de Estado e de suas finalidades. Assim, o Estado passou a cuidar do bem comum e, por consequência, satisfazer direitos fundamentais e assegurar a igualdade material entre as pessoas. Surgiu a segunda dimensão dos direitos humanos: o Estado deixou de ter uma postura abstencionista e passou a atuar de maneira positiva.²⁰

Por muito tempo, os tribunais brasileiros entenderam que não era possível adentrar o mérito do ato administrativo. Com o advento da Lei da Ação Popular foi aberta, ao Judiciário, a possibilidade de apreciação do mérito do ato administrativo, conforme previsto nos hipóteses do art. 4º, II, b e V, b, da Lei nº 4.717/1965, elevando a lesão à condição de nulidade do ato, sem necessidade do requisito de ilegalidade²¹.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a ação popular abriu o caminho do Poder Judiciário em relação ao controle do mérito do ato administrativo. Salienta ainda, que a Constituição de 1988 fez mais, quando fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no seu art. 3º.²²

Para atingir os objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição, o Estado deve adotar uma postura positiva e prestacional, mediante a realização de políticas públicas para a consecução de tais objetivos.²³

Apesar de uno, o poder do Estado é exercido segundo especialização de suas atividades as quais, de acordo com a estrutura normativa constitucional, apresentam três formas de expressão: legislativa, executiva e judiciária.²⁴

As formas de expressão do poder estatal são instrumentos para a consecução dos fins do Estado, pelo que não podem ser consideradas isoladamente.

Os Poderes, além de independentes, “devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados”.²⁵

Por tais razões, ao Poder Judiciário é atribuído o papel de investigar o fundamento de todos os atos do Estado, tendo como alvo os objetivos fundamentais inseridos no art. 3º da Constituição.

Enquanto aos poderes legislativo e executivo cabem as atividades características pró-ativas, ao Poder Judiciário incumbe o exame de constitucionalidade e de legalidade dos atos praticados pelos demais poderes. Trata-se, portanto, de atividade jurisdicional corretiva, que

não emite juízo de valor sobre a ação dos demais poderes, apenas de compatibilização com as normas constitucionais.

Como toda a atividade exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV), a constitucionalidade respectiva. Aquilo que se convencionou chamar de “ato de governo” ou questões políticas” deverá ser examinado pelo Poder Judiciário sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (CF, art. 3º).²⁶

O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Judiciário, não deve ser feito, tão somente, sob o aspecto da infringência frontal à Constituição pelos atos da Administração Pública, mas também mediante a confrontação desses atos com a finalidade do Estado.²⁷

6 LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O Poder Judiciário tem o papel de interpretar a Constituição e as Leis, bem como resguardar direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico.

Contudo, a atividade judicial deve respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas pelos órgãos competentes. Assim, onde houver omissão legislativa ou administrativa para implementar a Constituição, deve ocorrer a atuação do Poder Judiciário. Também deverá ocorrer a ação deste Poder, se houver lei ou ato administrativo, que não estejam sendo devidamente cumpridos.²⁸

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que o Estado tem o dever de fornecer, de maneira gratuita, medicamentos aos portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição²⁹. O posicionamento de maior representatividade em favor do controle judicial de políticas públicas é oriundo do STF, mais precisamente na ADPF nº 45-9. Na decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, observa-se que, para o controle judicial de políticas públicas, são necessários alguns requisitos:

(1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas.³⁰

O mínimo existencial consiste em um direito às condições mínimas da existência humana digna, que é exigido mediante prestações positivas do Estado:

O mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dig-

nidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.³¹

É formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.³²

O desrespeito ao mínimo existencial justifica o controle das políticas públicas pelo Judiciário, com a finalidade de corrigir seus rumos ou implementá-las.³³ Para a melhor aferição do mínimo existencial, principalmente em casos de tensão ou conflitos, deve-se recorrer do princípio da proporcionalidade.

A utilização do princípio da proporcionalidade na intervenção do Judiciário nas políticas públicas é de grande importância, pois é por meio desse princípio que o juiz poderá examinar o caso concreto e dirá se o administrador público realizou conduta pautada em interesses individuais ou coletivos, estabelecidos na Constituição e nas leis. Desta forma, pelo lado do autor, apreciará a razoabilidade do pedido deduzido contra a Administração Pública. Já com relação ao Poder Público, será analisada a escolha feita pelo agente público, ou seja, se ela foi arazoada ou desarazoada.³⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que a “censura judicial não implica invasão do mérito do ato”.³⁵ Em síntese, o controle judicial de políticas públicas só deve acontecer em situações em que fique demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pela Administração Pública, sendo que, nesta hipótese, o juiz deve conduzir sua apreciação tendo como norte o princípio da proporcionalidade.³⁶

Construção da doutrina alemã, a “reserva do possível” preceitua que a efetivação de direitos está subordinada à disponibilidade de recursos financeiros. Dessa maneira, a implementação de uma política pública depende de recursos financeiros, obtidos mediante o recolhimento de impostos, ou seja, são limitados.

Entretanto, a “reserva do possível” não pode ser alegada de maneira evasiva pelo Poder Público, com o fim de eximir-se do cumprimento das obrigações previstas na Constituição. Ada Pellegrini Grinover afirma que “a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la”.³⁷

Desta forma, a reserva do possível não pode servir de escudo para justificar omissões do Estado na implantação de políticas públicas de caráter social.

7 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Segundo estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em abril de 2011 tramitavam no Poder Judiciário brasileiro 240.980 processos judiciais na área de saúde, as denominadas demandas judiciais da saúde. Na

maioria dessas ações judiciais, as pessoas reivindicam acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo SUS e vagas em hospitais públicos, sendo que algumas dessas demandas foram movidas por usuários de seguros e planos privados junto ao setor.³⁸

O fenômeno da judicialização da saúde iniciou-se com as demandas judiciais por medicamentos, em razão do movimento deflagrado pelos portadores do vírus HIV, que pleiteavam o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público. Tais medicamentos eram indispensáveis para a garantia de sobrevivência destes pacientes, que, apesar de já liberados nos Estados Unidos da América, ainda não haviam sido disponibilizados nas unidades de saúde pública do Brasil.³⁹

Inicialmente, as demandas judiciais por medicamentos se limitavam às hipóteses de fornecimento de antirretrovirais aos portadores de HIV (década de 1990), porém a atuação do Judiciário foi gradativamente aumentando, tendo-se estendido para a concessão de medicamentos para o tratamento de outras doenças.⁴⁰

Além das demandas reivindicatórias de medicamentos, os pedidos judiciais passaram a postular tratamentos com a utilização de novas terapias e medicamentos, tais como: internação hospitalar a portador de “leucemia aguda”, fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes portadores de esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, providências para a melhoria de atendimento hospitalar, custeio de tratamento médico no exterior com a finalidade de impedir a evolução de doença ocular progressiva, dentre outros.⁴¹

O crescente aumento das demandas judiciais da saúde tem suscitado questionamentos na comunidade jurídica, bem como tem gerado revoltas por parte dos administradores públicos, pois ao mesmo tempo em que o Judiciário tem sido fundamental para a efetividade do direito à saúde, o grande número de ordens judiciais vem causando grandes impactos financeiros à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

A efetivação dos direitos sociais está subordinada à existência de recursos financeiros, que são limitados, pois são obtidos por meio da cobrança de impostos. Essa talvez seja a justificativa mais usual da Administração Pública, pois os recursos públicos seriam insuficientes para atender todas as necessidades sociais, cabendo ao gestor público a árdua decisão acerca da alocação dos investimentos. Gisele Chaves Sampaio Alcântara assevera que:

Não se pode olvidar que, para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais o Estado precisa criar fontes de receitas, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Com efeito, o financiamento dos direitos fundamentais por meio de receitas fiscais ajuda a se ver claramente que os direitos são bens públicos: contribuintes financiadores e governo de gestão dos serviços sociais destinados a melhorar o bem-estar coletivo e individual. (HOLMES; SUSTEIN, 2000, p. 94).

Sendo tais recursos, por sua vez, limitados, depreende-se que as decisões alocativas para a efetivação do direito à saúde implicam escolhas disjuntivas de natureza financeira, ou, nas palavras de Guido Calabresi e Philip Bobbit, *tragic choices*. (CALABRESI; BOBIT, 1978). Elas são feitas por meio de *trade-offs*: para implementar uma determinada prestação de saúde, outras prestações da mesma natureza restarão comprometidas⁴².

Para os defensores da “reserva do possível”, as decisões judiciais relacionadas à saúde provocariam a desorganização da Administração Pública. O excessivo número de ordens judiciais causaria um elevado impacto financeiro para o Poder Público, em prejuízo das políticas de saúde já previamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender toda a coletividade.⁴³

Ainda, considerando-se a análise econômica do Direito, é defendido que o benefício recebido pela população com a distribuição de medicamentos é menor do que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos tivessem sido investidos em políticas de saúde pública, como nas políticas de saneamento básico. Luís Roberto Barroso⁴⁴ cita situação ocorrida no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2007 em que, nos programas de Assistência Farmacêutica, foram gastos R\$240.621.568,00, enquanto, nos investimentos com saneamento básico, foram gastos R\$102.960,276,00. Os números demonstram certo paradoxo, pois os recursos absorvidos com investimentos em saneamento básico foram muito menores do que os utilizados na compra de medicamentos.

A jurisprudência das Cortes brasileiras tem se apoiado em uma visão individualista dos problemas sociais contudo uma “gestão eficiente dos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios”⁴⁵. Gisele Chaves Sampaio de Alcântara partilha da mesma opinião:

Com efeito, percebe-se que, malgrado tenha assumido o papel de concretizador dos direitos sociais, o Poder Judiciário ainda permanece atrelado a uma formação de viés individualista, própria do Estado liberal. Tal formação impõe-lhe uma espécie de “miopia cognitiva”, que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida a sua apreciação.⁴⁶

Carlos Frederico Marés de Souza Filho afirma que todo o direito do Estado moderno está assentado na concepção dos direitos individuais e que a organização estatal foi criada para garantir, individualmente, o exercício de direitos.⁴⁷ Além disso, assevera que o processo civil foi criado e desenvolvido dentro de um rígido formalismo para resolver conflitos intersubjetivos, que serviu e serve aos direitos individuais tradicionais.⁴⁸

As políticas públicas são destinadas a reduzir as desigualdades sociais, entretanto, quando o Poder Judiciário se investe no papel de protagonista da implementação de tais políticas, pode cometer o pecado de privilegiar aqueles

que têm mais chances de pleiteá-los, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem suportar os custos de uma demanda judicial.⁴⁹

Uma das mais recorrentes críticas à jurisprudência relativa à judicialização da saúde fundamenta-se em que a norma constitucional respectiva está positivada na forma de norma programática. O art. 196 da Constituição prevê que o direito à saúde será assegurado por intermédio de políticas sociais e econômicas e não mediante decisões judiciais. Assim, segundo a referida norma constitucional, a tarefa de implementação de políticas públicas de saúde seria de incumbência dos seus órgãos executores e não do Judiciário.⁵⁰

O controle judicial em matéria de saúde também é censurado no que se refere à questão da legitimidade democrática, pois haveria uma “impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos”.⁵¹ A forma como os recursos públicos deveriam ser investidos caberia ao povo, por intermédio de seus representantes eleitos, ou diretamente, nos casos e na forma em que a lei permitir.

Ainda, deve ser acrescentada a crítica técnica à judicialização da saúde, pois o Judiciário não detém o conhecimento específico para implementar políticas públicas de saúde.

O Judiciário não tem como avaliar se um medicamento é necessário para promover a saúde das pessoas, pois o juiz analisa, tão somente, os casos concretos, ao contrário do administrador público que deve ter uma visão mais ampla do gerenciamento de recursos públicos.⁵²

8 DESAFIOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No Estado Democrático de Direito, a judicialização da saúde representa uma forma legítima de o cidadão reivindicar direitos expressos na legislação constitucional e infraconstitucional. E, apesar das críticas feitas ao controle judicial das políticas de saúde, este tem contribuído para a melhoria de acesso aos medicamentos no âmbito do SUS.⁵³

Os avanços das políticas públicas de fornecimento de medicamentos aos portadores do vírus HIV parecem ter fomentado alguns movimentos sociais organizados e a população, já que, nas últimas décadas, constatou-se que esse tipo de demanda passou a ser amplamente utilizada como mecanismo para assegurar direitos e ampliar as políticas públicas de saúde.⁵⁴

Apesar do progresso das políticas e ações públicas de assistência farmacêutica, ainda existem dificuldades de acesso da população aos medicamentos necessários à assistência integral à saúde. No ano de 2000, estimou-se que aproximadamente 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que equivaleria a 41% da população brasileira.⁵⁵

A maioria das demandas está concentrada em processos individuais, nos quais o fornecimento de medicamentos vem postulado com base em apenas uma prescrição médica. Outra questão a ser considerada é que as prescrições médicas apresentadas pelos postulantes contêm tanto medicamentos incorporados quanto não incorporados pela assistência farmacêutica do SUS; alguns deles ou não são registrados no Brasil ou não possuem indicação terapêutica no registro sanitário.⁵⁶

O crescimento exponencial das demandas relacionadas à saúde vem ocasionando o aumento desordenado dos gastos do Poder Público, bem como tem gerado dificuldades de gestão da assistência farmacêutica para o cumprimento das ordens judiciais, já que simultaneamente necessita atender à demanda ordinária da saúde. Adiante, serão relacionados alguns dos efeitos negativos decorrentes da judicialização da saúde.

A grande maioria dos pedidos feitos em juízo é concedida liminarmente, o que implica a determinação de entrega imediata dos medicamentos pelo gestor público, provocando o aprofundamento das iniquidades de acesso no sistema público de saúde, pois tendem a favorecer os que têm maior possibilidade de acionar o Judiciário, além do que, por serem majoritariamente individuais, não beneficiam os demais portadores da mesma patologia.⁵⁷

A concessão de tratamentos médicos e de medicamentos por meio de liminares contribui muito para dificultar a gestão da assistência farmacêutica, já que

[...] a ágil resposta às demandas judiciais, não previstas no planejamento dos serviços, faz com que alguns deles criem uma estrutura “paralela” para seu acompanhamento, se utilizem de procedimentos de compra não usuais na administração pública e tenha maior gasto na aquisição destes medicamentos.⁵⁸

Como, neste tipo de demanda, por vezes, são concedidos novos medicamentos em relação aos quais as evidências científicas não estão bem estabelecidas, a segurança do paciente pode estar fragilizada, em razão de possíveis prescrições médicas inadequadas. Além disso, o uso de “medicamentos sem registro sanitário ou fora das indicações para as quais foram registrados (uso *off label*) pode significar riscos à saúde”.⁵⁹

As demandas judiciais que objetivam o fornecimento de medicamentos ainda não registrados podem fazer parte da estratégia de pressão da indústria farmacêutica para a aprovação do seu produto pela autoridade brasileira competente.⁶⁰ Dessa forma, a indústria farmacêutica consegue induzir a formulação de políticas públicas de saúde, numa clara demonstração de que os interesses privados se sobrepõem aos interesses da coletividade.

A judicialização da saúde também tem contribuído para o acesso a medicamentos de última geração, como adiante exposto:

As ações judiciais têm sido um importante caminho para o acesso a medicamentos de última geração, sendo de importância verifi-

car as evidências que baseiam sua prescrição e utilização. Análise da demanda judicial de medicamentos antineoplásticos contra a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, entre 2006 e 2007, contatou a concentração de prescrição em poucos profissionais. Em 2006, dois prescritores concentraram 17,8% das prescrições e, em 2007, os mesmos concentraram 12,1%. O referido estudo encontrou ainda demanda de medicamentos para indicação não aprovada no Brasil (uso *off label*).⁶¹

Como já relatado, a RENAME se trata da lista norteadora da Política Nacional de Medicamentos. Contudo, as ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos não relacionados na RENAME, geralmente, desconsideram a importância dessa etapa, tanto para o paciente, como para o funcionamento do sistema de saúde, podendo interferir de duas maneiras, seja pela supressão da etapa de seleção, seja pela pressão que as ordens judiciais exercem no sistema de saúde, que obriga a selecionar determinado medicamento para a lista oficial pública.⁶²

Por fim, é importante salientar que a aquisição de medicamentos pelo Poder Público em razão de ordens judiciais, em alguns casos, tem sido caracterizada como emergência e feita sem licitação, o que pode favorecer fraudes.⁶³

Os fatos referidos indicam algumas das situações problemáticas que estão sendo criadas ou agravadas pelo excesso da judicialização. Porém, como se trata de um tema muito delicado, a maior efetividade às políticas das políticas públicas de saúde deve ser amplamente discutida, pois, como os recursos necessários para o custeio dos medicamentos são obtidos por meio dos impostos, os contribuintes devem decidir como esses recursos serão investidos.

9 CONCLUSÃO

Inicialmente, a judicialização da saúde teve um papel relevante para romper a inércia do Estado, no que tange à concessão de novos medicamentos e tratamentos.

Contudo, aos poucos, essa participação do Judiciário foi se tornando tão frequente que, a continuar no mesmo ritmo, o controle judicial de políticas públicas de saúde pode vir a ocasionar um verdadeiro colapso do sistema de saúde, pois os recursos para políticas públicas de saúde são limitados, enquanto as necessidades dos usuários são infinitas.

Apesar do desenvolvimento econômico e social ocorrido nos últimos anos no Brasil, é incongruente gastar grandes somas do orçamento público com a compra de medicamentos para poucos, num país onde grande parcela da população não tem condições mínimas de saneamento básico.

É preciso lembrar, agora sob aspecto um tanto diverso, que o direito à saúde não é somente assegurado pelo Estado com a alocação de recursos públicos para a compra de quaisquer medicamentos; o referido direito também é

garantido pelo Estado quando este assegura o distanciamento de medicamentos e tratamentos que possuem eficácia duvidosa e que ainda não foram aprovados pelas autoridades brasileiras.

Outro ponto a ser considerado é que a implementação de alguns direitos pode conduzir a que outros direitos sejam colocados à parte; assim, além da correta e eficiente alocação dos recursos públicos, também deve haver um planejamento econômico público eficaz, no qual exista uma real e efetiva preocupação com o coletivo.

Portanto, a judicialização da saúde merece ser profundamente discutida por todos os envolvidos, pois, se não ocorrerem mudanças sensíveis e eficazes, possivelmente o sistema atual não terá condições de se manter e de funcionar. Para tanto, importa tomar como fundamentos basilares os fins para os quais o sistema de saúde foi estabelecido na Constituição, no sentido de assegurar o direito à saúde como direito de todos.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio Alcântara. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**. Brasília, ano XVI, n. 57, mai./ago. 2012.

ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de Almeida; ACIOLI, Catarine Gonçalves. A judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamentos e a efetividade do princípio da supremacia do interesse público. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do CESMAC**. Alagoas, v. 1, n. 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. v. 31, n. 66, jul./dez. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. **CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP. Orientador: Kazuo Watanabe, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

CUNHA, Bruno Santos. **Direitos fundamentais: da Constituição às políticas pú-**

blicas. Revista **Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, n. 1, v. 1, jan./jun. 2011.

FACHIN, Zulmar. Funções dos Direitos Fundamentais. **Cadernos Jurídicos – OAB/Paraná**. n. 06, set./2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**. v. 7, n. 7, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NASCIMENTO, Fernanda do Nascimento; DAL RI, Luciene. O controle judicial das políticas públicas de saúde e a influência do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí-SC, v. 8, n. 1, 1º quadrimestre de 2013.

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Miriam. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Ciência & Saúde Coletiva. v. 15, n. 5, Rio de Janeiro. Ago. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

SOUZA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. Controle judicial de políticas públicas. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – UFBA – Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia: políticas de dissenso e hegemonia global**. São Paulo: Vozes/FAPESP, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral: Estado do Rio de Janeiro**, v. 41, 1990.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 20, 2010.

1 VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 20, 2010, p. 78.

2 ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio Alcântara. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, mai./ago. 2012, p. 89.

3 NASCIMENTO, Fernanda do Nascimento; DAL RI, Luciene. O controle judicial das políticas públicas de saúde e a influência do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica Direito e Política**. v. 8, n.1, 1º quadrimestre de 2013, p. 176.

4 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari.

- (Org.). **Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2-3.
- 5 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 277.
 - 6 FACHIN, Zulmar. Funções dos Direitos Fundamentais. **Cadernos Jurídicos – OAB/Paraná**. n. 06, set./2009, p. 7.
 - 7 BUCCI, op. cit., p. 31.
 - 8 CUNHA, Bruno Santos. Direitos fundamentais: da constituição às políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 1, n.1, jan./jun. 2011, p. 71.
 - 9 ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de Almeida; ACIOLI, Catarine Gonçalves. A judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamentos e a efetividade do princípio da supremacia do interesse público. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do CESMAC**. v. 1, n. 1, 2012, p. 8.
 - 10 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 31, n. 66, jul./dez. 2007, p. 99.
 - 11 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.
 - 12 BARROSO, op. cit., p. 99.
 - 13 Ibid., p. 100.
 - 14 Ibid., p. 101.
 - 15 Ibid., p. 101.
 - 16 PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Miriam. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Ciência & Saúde Coletiva. v. 15, n. 5, Rio de Janeiro. Ago. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2013. p. 2408
 - 17 http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=32330&janela=1. Acesso em: 16 nov. 2013.
 - 18 BARROSO, 2007, p. 102.
 - 19 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**. v. 7, n. 7, 2010. p. 10.
 - 20 Ibid., p. 11.
 - 21 Ibid., p. 11.
 - 22 Ibid., p. 12.
 - 23 Ibid., p. 12.
 - 24 Ibid., p. 13.
 - 25 Ibid., p. 13.
 - 26 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP. Orientador: Kazuo Watanabe, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 22 nov. 2013. p. 70.
 - 27 GRINOVER, op. cit., p. 14.
 - 28 BARROSO, op. cit., p.103-104.
 - 29 RE/STF 271.286 e AgRg/STF 271.286.
 - 30 GRINOVER, op. cit., p. 17.
 - 31 TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral: Estado do Rio de Janeiro**, v. 41, 1990, p. 69.
 - 32 GRINOVER, op. cit., p. 18.
 - 33 Ibid., p. 18.
 - 34 Ibid., p. 23.
 - 35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 777.
 - 36 GRINOVER, op. cit., p. 24.
 - 37 Ibid., p. 24.
 - 38 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. **www.cnj.jus.br**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

- 39 ALCÂNTARA, op. cit., p. 89.
40 Ibid., p. 89.
41 Ibid., p. 89.
42 Ibid., p. 92.
43 Ibid., p. 89.
44 BARROSO, op. cit., p. 107.
45 Ibid., p. 107.
46 ALCÂNTARA, op. cit., p. 91.
47 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Os direitos invisíveis**. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. Os sentidos da democracia: políticas de dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes/FAPESP, 2000, p. 309.
48 Ibid., p. 327.
49 BARROSO, op. cit., p.107.
50 Ibid., p.104.
51 Ibid., p.105.
52 Ibid., p.108.
53 VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, op. cit., p. 77.
54 Ibid., p. 78.
55 Ibid., p. 79.
56 PEPE; FIGUEIREDO; SIMAS; OSORIO-DE-CASTRO; VENTURA, op. cit., p. 2406.
57 Ibid., p. 2406.
58 Ibid., p. 2406.
59 Ibid., p. 2407.
60 Ibid., p. 2408.
61 Ibid., p. 2410.
62 Ibid., p. 2408.
63 Ibid., p. 2408.

THE JUDICIALISATION OF HEALTH AND SOME OF ITS CONSEQUENCES

ABSTRACT

This article aims to analyze the role of judicial control of public policies related to the guarantee of right to health in Brazil. On this purpose, it was applied bibliographic research and the deductive evaluation method. Firstly, it was made a brief history on the court decisions granting the receipt of medicines, from the State, by patients. Next, the role of National Health System in the distribution of medicines is studied. In addition, the fundamentals and the limits of judicialisation of health are brought as well the main contrary views on the possibility of judicial control on health policies are presented. Finally, are taken into discussion many of the challenges brought by the judicialisation of health.

Keywords: Judicialisation. Health. Public policies. Social rights.

Submetido: 10 mar. 2015

Aprovado: 15 ago. 2015