



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Direito

ARTIGO

**EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS E
SOLUÇÕES**

Nome do autor: Guilherme Pinheiro Rechden

Brasília

Junho de 2020

EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS E SOLUÇÕES

GUILHERME PINHEIRO RECHDEN

Projeto de Pesquisa da Graduação em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Karla Margarida Martins Santos

RESUMO

O presente artigo pretende tratar da judicialização da saúde, com foco nos impactos positivos e negativos que podem ser gerados, levando em conta a quantidade atual de ações de saúde tramitando na justiça e os impactos orçamentários que essas decisões acarretam. Além disso, será analisada a eficiência dessas decisões no âmbito da prestação judicial e medidas alternativas mais eficazes para efetivar o direito de acesso à saúde e saúde universal, e a implementação de políticas públicas para fornecer acesso igualitário a saúde.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	DO DIREITO À SAÚDE	6
2.1.	Direito à Saúde como Direito Fundamental	6
2.2.	Dos Princípios Constitucionais.....	7
3	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	9
4	DOS IMPACTOS E DAS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	12
5	ALGUMAS SOLUÇÕES PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	15
6	CONCLUSÃO.....	19
	REFERÊNCIAS	20

1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de estabelecer delimitações neste artigo, em um primeiro momento será estabilizado para seus propósitos o conceito de saúde, que é definido como estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. De acordo com esse conceito e com os dispositivos constitucionais acerca da saúde, o tratamento de enfermidades, fornecimento de medicamentos, medidas de prevenção, e outras políticas públicas são medidas que o Estado deve desenvolver, para garantir o acesso igualitário e eficaz a saúde.

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi introduzido no rol de direitos sociais do art. 6º, isso significa que são direitos que necessitam de prestações concretas do Estado, para que esse direito seja garantido e assim gerar igualdade material em relação aos cidadãos. Diante disso, como os direitos sociais exigem implementação, “os direitos econômicos constituem pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”. (SILVA, 2014, p. 183)

Para poder garantir os direitos sociais, são exigidos custos mais altos tendo em vista que a prestação é realizada pelo Estado. A implementação dos direitos sociais ocorre por meio do intermédio das políticas públicas, sendo uma função típica do Poder Executivo e Legislativo. Porém, embora a realização de políticas públicas seja a encargo dos Poderes Executivo e Legislativo, quando ocorre omissão, o Poder Judiciário pode concretizar esse direito omissivo por meio da judicialização. O fato do direito à saúde ser um direito social, atribui a ele uma dupla titularidade, isso é, a possibilidade de acesso ao judiciário para a concretização do direito, de maneira individual ou coletivamente.

“O direito à saúde encontra-se positivado no artigo 197 da Constituição Federal dando um caráter a saúde de serviço de relevância pública, vez que indispensável para a manutenção da vida, e no art. 198, inciso II, estipulou-se que as ações e serviços públicos referentes à saúde deveriam ter atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (ACHOCHE, 2008). “Desse modo, o direito à saúde é dotado de dupla função: tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais

como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia” (OHLAND, 2010, p. 31).

Porém, a implementação do direito à saúde no Brasil, passa por diversos problemas, quais sejam de ausência de recursos, bem como a ineficiência de políticas públicas. A saúde, nos dias de hoje, é vista como uma mercadoria comercializável entre os que têm possibilidade financeira para arcar com os gastos, colocando cerca de 70% da população a depender única e exclusivamente do SUS, deixando-as a margem deste direito fundamental, conforme a pesquisa desenvolvida pela OMS e coordenada no país pelo Centro de Informação Científica e Tecnológica (CICT) da Fiocruz. Dessa maneira, fica evidente que o financiamento público na área de saúde é deficiente para atender a demanda social que o SUS abarca, afetando assim toda a estrutura e desenvolvimento do SUS, ameaçando a efetivação das políticas públicas de saúde.

O fornecimento dos serviços de saúde compete comumente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com o artigo 23 da Constituição, isto é competência concorrente. Nos dias de hoje, quando o Estado não presta sua função de garantidor da saúde, a opção encontrada pelos juristas para efetivar o direito à saúde, é buscar no judiciário, decisões judiciais que defiram a prestação de medicamentos e de serviços de saúde. Porém, no decorrer do artigo, será demonstrada as consequências que envolvem essa judicialização, como o impacto no sistema orçamentário brasileiro, e o desvio de recursos que negligenciam as políticas públicas capazes de garantir a saúde.

Desse modo, é necessário questionar até que ponto esta atuação do Poder Judiciário é eficiente, pois essa atuação é passível de críticas ao passo que esse poder acaba inviabilizando melhores condições para efetivar o disposto na Constituição.

2 DO DIREITO À SAÚDE

2.1. Direito à Saúde como Direito Fundamental

A Constituição de 1988 garantiu a todos o acesso universal a saúde, trazendo a saúde um caráter de direito fundamental e positivando-o no art.196 que assim dispõe: 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**.

Na análise de quem vem a ser o titular do direito à saúde, estão incluídos os estrangeiros não residentes no Brasil, pois embora o “caput” do art. 5º da Carta Magna, afirme que as garantias e direitos previstos aplicam-se apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes

no país, a interpretação do art. 196 da Constituição que traz em seu texto que saúde é direito de todos, nos leva a entender que todo cidadão é titular do direito à saúde¹. A partir deste artigo, fica definida a universalidade da cobertura do Sistema Único de Saúde. Esse sistema faz parte das ações definidas na Constituição como sendo de “relevância pública”, cabendo ao poder público o controle das ações e serviços de saúde, sua fiscalização e regulamentação. A Constituição Federal de 1988, define que as ações e serviços públicos de saúde formam uma rede organizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

Diante da interpretação do mesmo art. 196, podemos entender que a saúde é dever do Estado, devendo este garantir sempre o acesso universal e igualitário, mediante políticas sociais e econômicas. “O reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental à preservação da vida e dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, às subjetividades, aos direitos e liberdades pessoais, e uma dimensão coletiva, que requer assegurar esse bem-estar individual a todos, a um custo aceitável para a sociedade; de como alcançar este estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados”. (VENTURA,2010)

“A concretização do direito à saúde é uma questão extremamente complexa, pois outras questões acabam influenciando na qualidade desse direito, como por exemplo, por ele está relacionado a áreas como educação, informação, lazer, ambiente de trabalho e a habitação, a má prestação desses direitos afeta diretamente o direito à saúde. A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa com inúmeras conseqüências práticas, sobretudo quanto à sua efetividade, e desempenhando concreto de sua função social”. (JÚNIOR, 2012, p.72)

2.2. Dos Princípios Constitucionais

Ao se tratar do direito à saúde, para uma melhor compreensão do tema, é necessário observarmos quais princípios constitucionais se aplicam a esse direito, e como eles balizam o processo de criação das normas envolvendo o assunto em pauta: a saúde. Desse modo, o primeiro princípio que iremos observar é o princípio da igualdade, que garante tratamento igual entre os homens, sem distinções e discriminações, viabilizando melhor qualidade de vida a todos. A igualdade perante a lei, também repousa na aplicação igualitária do direito, afirmando

¹ PARA ENTENDER A GESTÃO DO SUS - 2003 CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf.

que “a igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”. (CANOTILHO,2002, p.426).

Leny Pereira da Silva - Subprocuradora Geral do Distrito Federal, em seu trabalho de pós-graduação², trata a respeito de outro princípio aplicado no direito à saúde, o princípio da proporcionalidade, que traz a ideia de adequação e proporção a aplicação dos direitos fundamentais, conferindo validade as possíveis limitações que possam afetar esses direitos. Esse princípio consiste em solucionar conflitos entre direitos e interesses para desse modo alcançar uma medida justa. Deve ser levado em conta se os meios escolhidos são adequados para que o seja obtido o resultado esperado; se o meio escolhido é o mais conveniente ou o menos oneroso entre os meios existentes e se o benefício alcançado preservou os direitos fundamentais. “Com a incidência do princípio da proporcionalidade, sela-se uma solução de compromisso cujo resultado é dar mais valor, numa dada situação concreta a certo princípio/valor, em detrimento de outro, sem que, com isso, se deva necessariamente repetir a operação no futuro, para um caso ou situação diferentes. O princípio da proporcionalidade incide de molde a resolver o caso de acordo com as suas peculiaridades, como que indicando a solução que se amolde de maneira perfeita às circunstâncias”. (ALVIM, p.382)

Outro princípio constitucional que serve de baliza para as decisões proferidas pelos magistrados, é o princípio da reserva possível. Não cabe ao Estado alegar insuficiência dos recursos financeiros, quando o pedido envolve o “mínimo existencial”, sendo que a insuficiência alegada pelo Estado nas ações de saúde, tem sido parte de um grande debate entre a doutrina, jurisprudência e até mesmo o STF, pelo fato de o direito à saúde ser uma garantia constitucional³. Porém, quando o pedido confronta a possibilidade financeira do Estado, consolida a liberdade de recursos materiais para consumação de eventual de condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica, medicamentos órfãos ou tratamentos terapêuticos, constituindo assim a “reserva do possível”. Dessa forma, quando o Estado se nega

² DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL; fonte do trabalho: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf

³ Com esse entendimento a professora Leny Pereira da Silva afirma em seu trabalho acadêmico: DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, que não basta o Estado negar a prestação jurisdicional, devendo também apresentar comprovação que não apresenta possibilidades financeiras.

³ FARENA, D. V. M. A saúde na Constituição Federal. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.

a efetivar um direito social, este deve provar que nem detém de viabilidade econômica para a concretização da ordem judicial. É o que destaca Farena (1997):

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagrada em matéria de direitos sociais (1997, p.13).

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde ocorre quando nosso Sistema Único de Saúde – SUS, falha em prestar qualquer tipo de assistência médica, desse modo quando um cidadão tem seu direito negado pelo sistema, ele pode recorrer à justiça para poder ter seu direito à saúde efetivado. A busca de decisões judiciais para garantir o acesso ao tratamento se chama judicialização da saúde e tem sido cada vez mais comum no direito brasileiro.

Após o reconhecimento formal da saúde como um direito, qualquer cidadão poderá ingressar na justiça toda vez que essa garantia for violada. Se o Estado falhar na prestação desse serviço, qualquer pessoa interessada poderá invocar seu direito para um atendimento adequado as suas necessidades. Porém, por mais que a justiça seja um direito fundamental e de acesso igualitário, por si só, não são suficientes à satisfação do objetivo buscado, privilegiando, infelizmente, aqueles que têm melhores condições financeiras resultando numa maior desigualdade no atendimento médico e não alcançando, dessa forma, os objetivos sociais.

De acordo com Ramiro Nobrega, em seu trabalho de pós-graduação⁴, os primeiros contornos da judicialização da saúde no Brasil são atribuídos ao movimento de direito por pessoas portadoras do vírus da imunodeficiência humana - HIV, principalmente em relação a garantia de acesso a medicamentos e implementação de uma política de assistência farmacêutica para esse tipo de paciente. Com isso, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal - STF, que ao julgar o RE 271.286/RS AgR, publicado em novembro do ano 2000, considerou dever do Estado a prestação de tratamento medicamentoso, bem como reconheceu o direito subjetivo público à saúde do paciente. Essa decisão pode ser considerada *leading case*, servindo como base para orientar a questão da judicialização da saúde.

⁴ Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12414/1/61350132.pdf>

“Após o *leading case* citado, a quantidade de ações envolvendo judicialização da saúde aumentou drasticamente. Em quase todas as demandas, as decisões foram favoráveis aos pacientes. A situação de aumento no número de demandas judiciais combinada com o amplo índice de deferimento dos pedidos conduziu a um movimento de busca por critérios para orientar a atuação jurisdicional dos magistrados e, ao mesmo tempo, estimular outras formas de lidar com os litígios em saúde” (SANTANA, Ramiro Nóbrega). Diante disso, o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, realizou uma audiência pública com o intuito de debater acerca da judicialização da saúde e seus impactos.

Essa audiência representou um marco para a judicialização da saúde no Brasil, pois dela advieram consequências significantes, como o posicionamento claro de instituições e atores sociais sobre as consequências da judicialização, a determinação de diversas iniciativas institucionais a serem tomadas, o STF estabeleceu um conjunto de orientações jurisprudenciais e o Fórum Nacional do Judiciário foi criado para monitorar e resolver as demandas de assistência à saúde. Diante das críticas apresentadas em audiência, uma delas merece mais relevância, pois orienta até o momento atual os debates em torno do tema. Essa crítica se baseia na suposta violação da equidade de tratamento, pois ao se judicializar a saúde, dois tipos de decisões podem surgir: decisões com caráter liminar e decisões em que o paciente deve se submeter aos trâmites burocráticos e filas do SUS. Essa crítica trata da injustiça no plano individual, que embasou até propostas com a intenção de reservar apenas aos mais pobres, o direito de ingressar com ações na justiça, com a finalidade de evitar que os “mais favorecidos” gozem de acesso privilegiado “via liminar”.

Outro julgamento de extrema relevância para o referido tema foi a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, que firmou um precedente no sentido de reconhecer o acesso à justiça como forma de garantir prestações específicas envolvendo saúde, bem como a necessidade de se assegurar o “mínimo existencial” desse direito. Porém, tais assertivas devem respeitar a necessidade de conciliar as dimensões subjetivas (individual e coletiva) e objetivas do direito à saúde. Com isso, essa interpretação dada pelo STF, reconhece o direito à saúde com preponderância na dimensão fundamental do direito social à saúde e se inclina para adoção do posicionamento doutrinário pela proteção de um mínimo existencial. Desse modo, tal proteção é materializada pela exigibilidade, em juízo, de prestações concretas a partir desses direitos.

Há ainda uma outra questão para se analisar a respeito da judicialização. O fenômeno da judicialização, cresce a cada ano, gerando impacto orçamentário na área. Diante disso, 11 governadores se reuniram com o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, para

reclamar que, ao garantir medicamentos caros a poucos, a Justiça pode acabar limitando o acesso de muitos a tratamentos básicos. Em relação aos medicamentos de alto custo, o governador Reinaldo Azambuja, de Mato Grosso do Sul, representando o Fórum de Governadores, afirmou: “a desproporção de valor é gritante. Vamos atender a 500 mil pessoas com o valor que atendemos a 30 milhões de pessoas na atenção básica. A judicialização está tirando recursos da universalização”. Levando em conta os fatos supra narrados, há de se ponderar quando a prestação individual de medicamentos de alto custo, pode gerar impactos orçamentários e assim afetar a ingressão de outros cidadãos à justiça.

Diversos fatores levam a judicialização da saúde, como a falta de subsídio que segundo a Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa, 75% das vendas de medicamentos é o brasileiro que arca com os custos; as dificuldades financeiras que o País enfrenta; o envelhecimento da população que gera maior frequência de doenças; a falta de orçamento para a área da saúde devido aos cortes econômicos, entre outros.

A judicialização da saúde tem aumentado muito nos últimos anos, e esse deferimento desenfreado por parte dos magistrados no que tange à saúde, desorganiza as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde, assim como o planejamento da indústria farmacêutica. Os magistrados na maioria das vezes emitem parecer favorável ao paciente ao deferir quase todos os pedidos, o que tem gerado sérias críticas de que os magistrados não possuem conhecimentos técnicos para analisar com discernimento, e isso faz com que os juízes apenas ignorem os efeitos de sua decisão.

“É preciso dar respostas institucionais, pragmáticas e técnicas para problemas igualmente técnicos e práticos da vida. É preciso uma preparação para o diálogo entre as diversas instituições como uma forma de garantir mecanismos capazes de atender tais demandas em tempo hábil e dentro do respeito de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, acesso à justiça e imparcialidade do juízo, em concomitância com uma menor onerosidade ao Estado, com o fim de não inviabilizar a concretização de outras ações de saúde pública”. (FERREIRA, Siddharta Legale, 2013, p. 220).

No cenário atual da pandemia denominada Covid-19, os países têm sofrido com uma enorme quantidade de pessoas contaminadas e milhares de mortes. Com isso, os Estados passaram a adotar diversas medidas com a finalidade de garantir a tutela da saúde coletiva, como por exemplo, a quarentena, isolamento social e *lockdown*. Com o aumento dos números de contaminados, o sistema de saúde brasileiro não tem capacidade em atender os pacientes, pois a quantidade de contaminados é muito superior à capacidade de leitos. Dessa maneira, a

justiça brasileira começa a sentir os reflexos recebendo várias ações com o conteúdo relacionado a Pandemia. As ações visam, por exemplo, buscar leitos de UTI, pleitear direito à vida, uso de respiradores, etc. Fica evidente, então, que além do sistema de saúde ficar sobrecarregado, a justiça também ficará abarrotada de ações de saúde relacionadas ao Covid-19. Portanto a judicialização não deve ser a saída para solucionar os problemas de saúde do Brasil, mas, sim, os investimentos na área de saúde, proporcionando, deste modo, um acesso igualitário e justo para todos.

4 DOS IMPACTOS E DAS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Ao passar dos anos, a demanda de ações pleiteando medicamentos e tratamentos médicos aumentou drasticamente. Nesse tópico, serão analisados e discutidos, os motivos que ensejam a essa excessiva judicialização. Um motivo apontado pela Audiência Pública da Saúde, que gera a excessiva judicialização da saúde, é a falta de preparo técnico dos juízes e tribunais ao emitirem decisões concernentes ao deferimento de medicamentos, insumos ou tratamentos médicos eletivos. Sabe-se que um juiz que possui múltiplos processos para serem decididos e não possui o conhecimento técnico necessário para julga-los pode ocasionar sérios problemas, tanto para os órgãos públicos como para os pacientes.

Segundo o Ministro Barroso, com a evolução das disposições constitucionais, foi atribuído a elas um caráter de normatividade e efetividade. Desse modo, em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Porém, tal fato não impede que essa intervenção seja passível de críticas e sofra objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes.

A primeira crítica oposta à jurisprudência se baseia no fato de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de *norma programática*. O art.196 da CF, em sua redação, deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas*, não através de decisões judiciais. O modo de positivação do art. 196, emprega forte obstáculo a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar o direito à saúde independentemente de mediação legislativa. Fica claro que nesse artigo, é deferido a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

A próxima crítica, enfatiza a incoerência de tratar o problema como uma mera interpretação de preceitos constitucionais. “Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um

problema de desenho institucional”. (SCHAUER, Frederick 1998). Dessa maneira, pode-se entender que a melhor maneira de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde, é atribuir ao Poder Executivo a competência para tomar as decisões nesse campo, pois possui visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas. Esta tinha sido a ideia do poder constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. Porém, as decisões judiciais que determinam a prestação gratuita de medicamentos pelo Poder Público levaram a alteração do arranjo institucional firmado pela Constituição de 1988.

Outra impugnação à atuação judicial no âmbito da saúde, diz respeito a questão da legitimidade democrática. Há uma quantidade relativa de juristas que sustentam o equívoco de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos serão gastos. Referidos recursos são arrecadados por meio da cobrança de impostos. Os impostos são pagos pelo próprio povo, cabendo a esse decidir de que modo os recursos devem ser gastos. Assim, o povo pode, por exemplo, dar preferência a medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte do recurso para a educação das novas gerações. Essas preferências são razoáveis e caberia ao povo tomá-las, de maneira direta ou por meio de seus representantes eleitos.

A questão que talvez seja mais criticada, é a financeira, formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”. Os recursos públicos são finitos enquanto os anseios humanos são infinitos, desse modo, os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Ao se investir recursos em um setor, isso significa deixar de investi-los em outros. Realmente, o orçamento, revela-se em regra, insuficiente para suprir a demanda social por efetivação de direitos individuais e sociais. Em julgados mais antigos, essa linha de pensamento predominava. Um exemplo a ser citado é o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que indeferiu a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegando o alto custo do medicamento, demonstrando a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como do impedimento do Poder Judiciário imiscuir-se na política de administração pública.

Atualmente, a crítica que tem sido mais recorrente, é em relação as decisões judiciais em matérias de medicamentos, que provocam a *desorganização da Administração Pública*. Programas de atendimento integral, são comuns, fornecendo além de medicamentos, atendimento médico, psicólogo e social. “Quando há alguma decisão judicial determinando a

entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável”. (GOUVÊA, Marcos Maselli. “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”). Essas decisões limitariam a capacidade da Administração de se planejar, afetando a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. O deferimento das ações de medicamentos ou de prestação de serviço médico atendem às necessidades imediatas do jurisdicionado, porém de um ponto de vista global, impede a otimização das possibilidades estatais no tocante a promoção da saúde pública. Com isso, essas decisões seriam meras medidas “*tapa buraco*”, ou seja, não resolve o problema, apenas atende a uma necessidade imediata.

Ao se observar a judicialização da saúde sob o enfoque da *análise econômica do direito*, costuma-se criticar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é consideravelmente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como exemplo das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Barroso, em seu artigo a respeito da judicialização da saúde, traz como exemplo o caso do Estado do Rio de Janeiro, que em 2007 foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. De acordo com Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub em seu livro *Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social*, tal opção não se mostra eficiente, pois se sabe que essa política é substancialmente melhor que aquela no que toca à promoção da saúde. Desse modo, “a jurisprudência brasileira a respeito da concessão de medicamentos se baseia em uma abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefício”, de acordo com o Relator Desembargador Carpena Amorim, ao julgar a apelação cível 1994.001.01749.

A função das políticas públicas, é de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Porém, quando o Poder Judiciário toma o papel principal na realização dessas políticas, privilegia os cidadãos que possuem acesso qualificado a justiça. Isso demonstra que o Judiciário ao determinar a entrega gratuita de medicamentos, favorece mais a classe média que aos pobres. Essa seria outra crítica que é apresentada quando o Poder Judiciário se responsabiliza pela implementação dessas políticas públicas de saúde, o acesso desigual a justiça.

Por último, há a ainda a crítica técnica, que tem como base a percepção de que o Poder Judiciário não detém o conhecimento específico necessário para adotar políticas de saúde. O Judiciário não possui capacidade técnica suficiente para avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida. Ainda que guiado por laudos técnicos, o judiciário nunca conseguiria rivalizar seu ponto de vista com o da Administração Pública. De acordo com a explicação de Ana Paula de Barcellos, em sua obra *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

5 ALGUMAS SOLUÇÕES PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.

Em relação as **ações individuais**, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal o direito à saúde está associado a políticas sociais e econômicas, até para que se assegure a universalidade das prestações e preservação da isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu maior ou menor acesso ao Poder Judiciário. Pressupõe-se que os poderes Legislativo e Executivo, ao elaborarem as referidas listas, avaliaram, em primeiro lugar, os recursos disponíveis e as necessidades prioritárias a serem supridas, diante da visão global que detém de tais fenômenos. Também, devem avaliar os aspectos técnicos-médicos envolvidos na eficácia do medicamento.

O argumento que embasa a referida solução é democrático, pois os recursos que custeiam os medicamentos são obtidos através da cobrança de tributos. E o próprio povo é quem paga os tributos, cabendo a esse decidir por meio de seus representantes eleitos, a maneira como os recursos públicos serão gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A realidade é que os recursos públicos não são suficientes para atender a todas as necessidades da sociedade brasileira, cabendo assim ao Estado a permanente necessidade de tomar decisões complexas: o investimento de recursos em um determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. Portanto, as decisões judiciais que determinam a prestação de medicamentos que não constam na lista em questão, sofre com todos esses argumentos jurídicos e práticos.

Seguindo essa linha a Ministra Ellen Gracie ao tratar da Suspensão de Segurança – SS 3073/RN, julgou impertinente o fornecimento de medicamentos que não estão na lista do

Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Foi enfatizado pela Ministra que o Governo Estadual do Rio Grande do Norte não estava se negando a prestar serviços de saúde. Desse modo, as decisões ao desconsiderarem as políticas públicas estipuladas pelo Poder Executivo, inclinam-se a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde.

No Superior Tribunal de Justiça essa mesma orientação predominou, em ação que tratava de distribuição de medicamentos fora da lista. De acordo com o entendimento do Ministro Nilson Naves, existindo uma política nacional de fornecimento gratuito, a decisão que determina o fornecimento de qualquer espécie de substância, atinge o princípio da independência entre os poderes e não atende a critérios técnicos-científicos. Em um primeiro momento, não deveria haver interferência do Poder Judiciário na distribuição de medicamentos que não estão contemplados na lista. Visto que os órgãos específicos do governo já estabeleceram políticas públicas e definiram, com base em estudos técnicos, os medicamentos próprios para o fornecimento gratuito, não seria lógica a ingerência recorrente do Judiciário.

Agora em relação as **ações coletivas**, um parâmetro que pode racionalizar e uniformizar a atuação do judiciário na prestação de medicamentos, é a possibilidade de contestar a alteração das listas. O que fundamenta o referido parâmetro, é a presunção legítima de que os Poderes Públicos ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, realizaram adequadamente uma avaliação das necessidades que são prioridades, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Mesmo que não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, este tem o dever de coibir certos abusos.

Destarte, embora as decisões judiciais não possam deferir a concessão de medicamentos que não estejam na lista, não impede que as listas possam ser discutidas judicialmente. O Poder Judiciário ao verificar na lista grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, poderá rever a lista elaborada determinando a inclusão de determinado medicamento. Assim, o que o Ministro Barroso propõe é: que essa revisão seja realizada apenas se tratando de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

Assim sendo, o Ministro Barroso apresenta uma proposta no sentido de o Judiciário procurar mecanismos de transformar postulações individuais em coletivas, com a intenção de levar a questão a debate, possibilitando que o Poder Público defenda sua política pública no

âmbito da saúde ou até mesmo forçar o governo a implementar uma política pública ainda inexistente no sistema de saúde. A ideia de Barroso é que o Judiciário officie o Ministério Público nesses casos, que pode transformar a demanda individual em coletiva. Ou o próprio Poder Judiciário é capaz de agir nesse sentido, notificando órgãos e entidades que tenham interesse na causa a participar dos debates. Com isso, a ideia de universalização e igualdade é realizada, afastando o atendimento lotérico á varejo das prestações individuais. A cultura brasileira ainda hoje é a busca do privilégio e não do direito, dessa maneira favorecendo quem detém mais informação e acesso ao advogado ou defensor público.

Com isso, as soluções apresentadas são:

1) “Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos” (BARROSO, Luís Roberto).

2) “No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo” (BARROSO, Luís Roberto).

3) “As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica” (BARROSO, Luís Roberto).

A judicialização da saúde se tornou um problema o qual se passou a pensar na criação de alternativas que diminuíssem a demanda que sobrecarrega os tribunais e também os cumprimentos das decisões que comprometem os planos orçamentários e geram até prisões de gestores por não executarem a decisão judicial. Como exemplo dessas alternativas, no estado do Rio Grande do Norte foi instituído o Cirads (Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde) por meio de um acordo de assistência técnica realizado entre a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte DPU/RN, a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte PU/RN-AGU, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte PGE/RN, a Procuradoria-Geral do Município de Natal

PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública Sesap/RN e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal SMS/Natal. Esse comitê, tem a finalidade de efetuar uma análise prévia das demandas que chegam a Defensoria Pública, contando com o apoio do Ministério da Saúde para a produção de um parecer técnico, que por sua vez é enviado à Procuradoria da União para apresentação nas reuniões da Comissão.

Outra forma de conter a judicialização excessiva e evitar o deferimento de ações as quais os juízes não têm preparo técnico para decidir, foi a criação dos Núcleos de Assessoria Técnica. Após o Conselho Nacional de Justiça - CNJ expedir a Recomendação nº 31/2010, os tribunais de justiça foram orientados a celebrar convênios para apoio técnico, formados por médicos e farmacêuticos. Com isso, foram criados os Núcleos de Assessoria Técnica - NATs que têm a finalidade de prestar uma assessoria técnica aos magistrados como uma forma de auxílio em suas decisões nas demandas movidas sobre saúde, conferindo assim uma maior eficiência na solução dessas demandas. Além do suporte técnico, os NATs têm a finalidade de oferecer um melhor atendimento ao cidadão e ainda reduzir o inchaço Judiciário servindo como uma espécie de filtro que examina quais ações podem ser resolvidas na esfera administrativa e quais seguirão os trâmites judiciais. É como afirma GOMES:

Os NATs têm como missão oferecer assessoria e consultoria técnica aos magistrados para apoiá-los em suas decisões; são formados por equipe multidisciplinar encarregada de elaborar pareceres técnicos que explicam tanto aspectos clínicos como de políticas públicas em saúde relacionadas à demanda judicial.

Ainda, acerca das alternativas à judicialização da saúde, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Felipe Salomão afirma que os conflitos que envolvem o acesso da população à saúde, podem ser resolvidos por meio das soluções extrajudiciais. Segundo Salomão, é evidente que a judicialização ocorre por diversos fatores, como a precariedade do atendimento na rede de saúde pública e a massificação de atendimentos. De acordo com Salomão:

É um problema com raízes profundas, com múltiplas tentativas de solução. Alguns números falam em aumento de 600% de ações contra planos de saúde privada. Devemos imaginar soluções, pois sabemos o tamanho do problema.

Além disso, com o nosso Novo Código de Processo Civil, a Lei da Mediação e a Lei da Arbitragem, o ministro aponta que muitas soluções para a judicialização tratam apenas dos litígios já existentes, sendo necessário dessa forma alguma resposta para a fase anterior ao litígio. Segundo o ministro:

Precisamos trabalhar a fase anterior ao litígio. Antes que ele se torne um caso judicial. Temos hoje um ambiente muito favorável para as soluções extrajudiciais.

Nesse ponto de vista, a judicialização poderia ser resolvida e amenizada por meio da conciliação e métodos adequados para a solução de conflitos, em que nosso Código de Processo Civil de 2015 tem se baseado.

6 CONCLUSÃO

Diante do que foi tratado, nota-se que a judicialização da saúde é um tema que merece a atenção dos juristas e autoridades governamentais, pois seu aumento descontrolado gera sérias complicações ao equilíbrio orçamentário do país e ainda acaba muitas vezes por ferir a igualdade do acesso à saúde pública. A saúde no Brasil é um direito fundamental, porém encontra-se mal implementada, sendo esse o principal motivo que desencadeia a judicialização excessiva. Dessa forma, é imprescindível uma proporcionalidade entre a consecução do direito individual e das políticas públicas previstas, pois, assim, o orçamento público não será onerado de maneira a tornar inviável a atuação do Estado.

Destarte a solução aparente para o problema da grande demanda de judicialização da saúde é buscar alternativas para diminuir a quantidade e custo das ações judiciais, porém, sem afetar o exercício do direito à saúde por parte dos cidadãos. Essas soluções em um primeiro momento não são complicadas, mas exigem um esforço conjunto de todos os sujeitos que participam do processo: Judiciário, Ministério Público, juristas, funcionários da saúde, pacientes e a sociedade como um todo. Importante salientar que todas as respostas para a judicialização, devem caminhar paralelamente com a reivindicação de investimentos para o nosso sistema de saúde, buscando um sistema público de saúde de qualidade objetivando que no futuro a judicialização da saúde não seja mais necessária.

REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12578>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

ALVIM, Arruda. O PRINCÍPIO da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea. Doutrina: edição comemorativa 15 anos, p. 370-396, 14 maio 2005.

BARCELOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, revista de direito do estado 3:32, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Dissertação de mestrado (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, [S. l.], 2007.

BRAGANÇA, Arthur Vasconcellos Weintraub em seu livro Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p.57-63, Feb. 1988, Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489101988000100008&lng=en&nrm=iso>.

LIMA, Oséias Vicente Ivo de Lima. O SEQUESTRO de verbas públicas para garantia do Direito fundamental a Saúde. 2016. Monografia (Curso de graduação em Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE FACULDADE DE DIREITO, p. 54-63, 2016.

MEZEI, Victor. Por que o brasileiro recorre à Justiça para adquirir medicamentos? *R. Verbo Divino*, p. 1-20, 1 jun. 2016.

MOURA, Elisangela Santos. O DIREITO à saúde na Constituição Federal de 1988. *Revista Âmbito Jurídico*, p. 1-12, 1 jul. 2013.

FARENA, Duciran Van Marsen. A saúde na Constituição Federal. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, n. 4, 1997.

FERREIRA, Siddharta Legale/ Aline Matias da Costa. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, V. 20, n. 36, p. 220. 2013.

GOMES, Dalila F. Et al. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? SAÚDE DEBATE, RIO DE JANEIRO, V. 38, N. 100, p.150

JUNIOR, I.F.B., Pavani, M. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. Disponível em: R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013

MASELI, Marcos. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, Revista forense 37: 113, 2003,

OHLAND, Luciana. Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos públicos com saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. Estud. av., São Paulo, v. 32, n. 92, p. 47-61, Apr. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142018000100047&lng=en&nrm=iso

SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 2017.1f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENTURA, Miriam. Direitos humanos e saúde: possibilidades e desafios. Saúde e direitos humanos, Brasília, ano 7, n.7, p. 87-101, 2010.

<https://www.conjur.com.br/2018-ago-18/conciliacao-ajuda-resolver-judicializacao-saude-saloma>