

A judicialização da saúde

Sérgio de Moraes Antunes*

Especialista em Direito Público pela UNIG Campus V – Itaperuna; Professor Universitário de Direito Processual Civil da UNIG Campus V-Itaperuna; Instrutor da ESAJ – Escola da Administração Judiciária – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Marcelo Fróes Padilha*

Doutorando em Direito Público pela Universidade Nacional de La Plata – Nação Argentina; Mestre em Direito pela Universidade Iguazu – UNIG; Pós Graduação em Direito Tributário e Legislação de Imposto pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; MBA em Gestão de Negócios de Petróleo e Gás pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; Coordenador do Escritório modelo – ESAJUR da UNIG Campus V-Itaperuna; professor universitário de Direito Tributário da UNIG Campus V – Itaperuna; Advogado.

Resumo

O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Não obstante, a determinação constitucional, o que vemos atualmente, em todos os estados da federação, é a população sofrendo devido ao péssimo serviço prestado pelos órgãos públicos responsáveis, justamente, por velar pela saúde pública. O artigo pretende estabelecer os motivos que tem levado as pessoas, em um número cada vez maior, a se socorrerem do Poder Judiciário para ter efetivado o seu direito fundamental à saúde, e as possíveis consequências que podem se revelar desastrosas ao Estado.

Palavras chaves: direito à saúde; judicialização; direito fundamental.

Abstract

Article 196 of the Federal Constitution states that "health is everyone's right and duty of the state, guaranteed through social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other health problems and to equal universal access to actions and services for its promotion, protection and recovery. "Nevertheless, the constitutional provision, which we see today, in all states of the federation, is the population suffering from the bad service provided by public agencies responsible precisely for ensuring public health. The article seeks to establish the reasons that has led people in increasing numbers, to bailing the judiciary to have effected their fundamental right to health, and the possible consequences that may prove disastrous to the state.

Keywords: right to health; legalization; fundamental right

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê, como direito fundamental, o acesso a saúde, sendo certo que a sociedade brasileira é destinatária final dessa proteção conferida pelo Estado. Vê-se, portanto, que foi dada peculiar importância ao direito à saúde uma vez que tratado pelo Constituição em capítulo próprio, realçando o fato de que este direito está intimamente ligado ao direito à vida, privilegiando, ambos, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

Claro fica que a Constituição Federal, ao reconhecer a saúde como direito fundamental, estabeleceu para o Estado o dever de implementar ações positivas no sentido de formular políticas públicas sociais e econômicas para promover, proteger e até recuperar a saúde dos cidadãos.

Ainda que, hodiernamente, o conceito de saúde esteja atrelado ao completo bem-estar físico, mental e social do homem, o debate sobre o direito à saúde ainda se circunscreve ao combate as enfermidades e, conseqüentemente, o acesso aos medicamentos/tratamentos. A regra constitucional não delimitou o objeto desse direito fundamental e, assim, ficou em aberto o alcance do dever do Estado de prestação dos serviços de saúde, porém, permanece a sua responsabilidade pela consecução da saúde, incluída aí, o amplo acesso aos medicamentos e tratamentos, como se depreende da leitura do artigo 196 da Constituição Federal.

Mister se faz, no entanto, que a regra jurídica não se torne inócua e sem efetividade uma que a saúde é direito de todos e, paralelamente, dever do Estado.

Entretanto, ainda que constitucionalmente assegurado, é fato que nosso sistema de saúde não consegue dar efetividade, por mínima que seja, ao Direito à Saúde, é recorrente abrimos os jornais, assistirmos a mídia televisiva informar e mostrar o caos que se transformou a saúde pública. Todos os dias nos deparamos com cenas grotescas de pessoas perambulando de hospital em hospital para conseguir atendimento médico, hospitais sem material e medicamentos básicos, pessoas internadas nos corredores, doentes brigando entre si por vagas em macas e, absurdo dos absurdos, pessoas morrendo em frente das câmeras de televisão por falta de atendimento médico. Assim, nesse estado de coisa, como última *ratio*, o cidadão necessitado faz do Poder Judiciário seu último amparo e, através de demandas judiciais, tem tentado compelir o Estado a implementar políticas públicas deficitárias, o acesso a tratamentos médicos e medicamentos, são exemplos.

2 Demandas Judiciais e o Estado

Há uma expansão desenfreada de demandas judiciais contra os entes federativos em função da deficiente prestação de serviços públicos na área da saúde. Esse crescimento tem alarmado juristas e gestores, preocupados com os custos que pesam sobre a economia do ente público, causando desequilíbrio orçamentário que vai desembocar na não consecução de outras políticas públicas. Também o Poder Judiciário se vê envolvidos em gastos já que os autores das demandas são, na sua grande maioria, pessoas pobres,

beneficiários da justiça gratuita e que movimentam a máquina judicial que é de custo elevado.

Permanece, porém, o direito fundamental insculpido na Constituição Federal de 1988, que resta precário ou não atendido, assim, pacientes e seus familiares procuram o Poder Judiciário pela iminência de permanecerem sem o atendimento adequado ao seu caso. Carece, então, perquirir sobre a viabilidade constitucional da judicialização da saúde, a tentativa de obter por via judicial prestações não implementadas ou realizadas de forma defeituosa pelo Poder Executivo, a quem cabia a função primária de efetivá-las.

Existe um número considerável de normas disponíveis sobre o direito à saúde, necessário perguntar, no entanto, se são suficientes o bastante para obrigar o Estado a fornecer medicamentos/tratamentos, por vezes de custo elevado, à quem deles precisa, de forma a tornar eficaz a proteção constitucional? De se perguntar, também, se a prestação para uma pessoa de um medicamento/tratamento de custo elevado não inviabilizaria que outras tantas se beneficiassem da proteção prevista?

As repostas para as perguntas acima não são fáceis, até porque existe uma questão orçamentária que envolve os entes federativos e está a permear toda a problemática. Para além disso, temos discussões em torno do chamado “mínimo existencial” versus “reserva do possível.”

Mínimo existencial se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível viver minimamente com dignidade, garantindo condições elementares para a existência humana e devem ser positivados, pois cabe ao Estado conferir efetividade aos mesmos. De caráter programático, esses direitos estão relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturas previstas na Constituição Federal de 1988, e cabe ao Estado desenvolver programas para efetivação dos mesmos junto aos indivíduos. Esse mínimo existencial, portanto, reúne as prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna.

Ocorre que os gastos do Estado se elevaram na concretização dos direitos fundamentais, e a escassez de recursos do mesmo tornou complexa a sua contínua implementação, nasce, nesse contexto, a “reserva do possível”, que estabelece limites para efetivação dos direitos fundamentais, entre eles, os direitos sociais. Também conhecido como reserva do financiamento possível, trata-se de uma barreira que o Estado coloca para a concretização desses direitos, alegando que dificilmente terá condições de promover um atendimento integral e eficiente de tais direitos para com todos aqueles que dependam de seu suporte.

Ao par dessas discussões mencionadas, o poder público ainda tem se utilizado de outros argumentos para negar a efetivação desses direitos via poder judiciário, notadamente o direito à saúde, entre eles o de que a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário constitui-se numa clara invasão de poderes, já que não cabe ao Juiz atuar como legislador positivo estabelecendo regramentos para implementação de políticas públicas; outra argumentação se faz no sentido de que há a necessidade de previsão orçamentária para cobrir os gastos com aquisição de medicamentos/tratamentos, justificativa esta bastante evocada, principalmente pelos Municípios que por serem os entes federativos mais próximos do cidadão, compõem sempre o polo passivo das demandas judiciais, além de possuírem menor provisão de recursos, tentam frustrar as pretensões daqueles que ajuízam ações – cabe ressaltar que esse argumento tem encontrado resistência por parte dos tribunais, para quem as normas de caráter programático se tornariam promessas constitucionais inconsequentes que em nada redundariam quando não concretizadas ao ser aceita tal argumentação, de mais a mais, há um consenso de que o Estado arrecada muito, porém, também gasta muito e mal, não justificando sua proteção em detrimento do cidadão.

Argumentos à parte, a verdade é que o Poder Judiciário está abarrotado de ações judiciais cujo polo passivo, em sua maioria, é o Município e o Estado. Ainda que exista uma divisão administrativa estabelecendo as atribuições afetas a cada ente federativo: o Município se responsabilizaria pelo fornecimento de medicamentos/tratamentos simples; o Estado pelos medianos e a União pelos de maior complexidade, na implementação de políticas públicas de saúde, o Estado Juiz tem entendido que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos/tratamentos é solidária entre as três esferas de poder.

3 A realidade dos Municípios

Utilizando o Município de Itaperuna como parâmetro, sendo certo que, segundo estimativa do IBGE, em 2014 contava com uma população de aproximadamente 98.000/habitantes, o judiciário da cidade conta com cerca de 5.500 (cinco mil e quinhentas) ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos/tratamentos, temos, então, que 5,7% da população se socorreu de demandas para ver efetivado seu direito à saúde. De se ressaltar que tais ações não findam atendido o pleito elas seguem para o arquivo, em havendo modificação na situação fática como inclusão/substituição de medicamento, nova patologia ou agravamento da que ensejou a ação, o processo é

desarquivado, dessa forma, teremos sempre muitas ações do gênero tramitando nos cartórios.

Os Juízes têm deferido, em sua grande maioria, os pleitos em favor dos autores, porém, atentos às dificuldades orçamentárias dos entes federativos, acabaram por determinar que cada paciente autor de demanda judicial, duas vezes ao ano, uma no mês de Janeiro e outra no mês de Julho, apresentem laudo médico atualizado que deverá informar a patologia e os medicamentos necessários ao seu combate, essa determinação objetivou evitar que houvesse distribuição de remédios que não fossem mais necessários ao tratamento do indivíduo, evitando, assim, impingir um gasto injustificável para a Fazenda Pública. Embora trabalhosa, a determinação judicial se mostrou coerente para evitar acontecimentos como o ocorrido no referido município, onde uma pessoa que morava sozinha, veio a falecer e, dentro de sua residência, foi encontrada uma caixa lotada de medicamentos que ela pegava na farmácia da Prefeitura Municipal de Itaperuna mas que não utilizava.

Outra dificuldade diz respeito a prescrição do princípio ativo. Muitos profissionais de saúde prescreviam medicamentos utilizando o nome comercial, e isso acabava por onerar ainda mais a Fazenda Pública posto que esses produtos possuam um preço mais elevado. Atentos a essa situação, os julgadores passaram a decidir com base na Lei 9.787/99 – lei que regula os medicamentos genéricos, entendendo que esses podem ser fornecidos aos pacientes desde que observado o princípio ativo. Isso tem causado algum desconforto em vários autores de ação judicial, que acabam por resistir ao que foi determinado por entenderem que o medicamento genérico não surte o mesmo efeito que o medicamento com nome comercial, e as demandas ficam estagnadas num interminável cabo de força, de um lado o paciente desconfiado do remédio, do outro o Juiz que sujeita uma mudança de determinação com relação ao fornecimento de medicamento genérico desde que o médico ateste que esse não surte o mesmo efeito que o medicamento comercial.

4 Poder Judiciário e o Direito à Saúde

Via de regra as ações judiciais se utilizam de instrumentos processuais, tais como: mandado de segurança e ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar. Esse caminho não é rápido e nem fácil. Os pacientes, após deferimento do pedido pelo Juiz, deverão aguardar que o ente público seja notificado da obrigação de fornecer o medicamento/tratamento para depois procurar pelo mesmo nos órgãos responsáveis.

O não fornecimento de medicamentos/tratamentos já deferidos pelo Poder Judiciário junto ao Município, tem feito com que o Juiz opte por uma solução extremada que é uma espécie de penhora on-line nas contas da Prefeitura Municipal, para dali retirar valores que serão repassados aos autores da ação, estes irão adquirir os medicamentos e, posteriormente, farão prova nos autos da aquisição e, caso não o façam, estarão sujeitos a sofrerem penalidades.

Claro fica que o Brasil não conseguiu até hoje fornecer uma condição de saúde digna aos seus cidadãos, por isso a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, é bem-vinda quando feita de forma criteriosa, atendendo-se ao mínimo necessário ao povo sem pesar em demasia sobre o Poder Público. Afora esse benefício da intervenção do Judiciário, outros podem ser elencados, por exemplo: a judicialização da saúde estimula a concretização do direito social uma vez que o “processo” força que uma prerrogativa não implementada ou implementada precariamente seja tornada efetiva; também desestimula o mau funcionamento do Estado, que ao ser judicialmente interpelado, obrigatoriamente tem que se posicionar, tomar atitudes concretas uma vez que foi coibido a realizá-las, corrigindo ineficiências do setor; por fim, e não menos importante, a judicialização dificulta o retrocesso social posto que o processo, em tese, evitaria o esvaziamento do núcleo mínimo do direito à saúde, com fulcro na dignidade da pessoa humana, de modo a ampliar e nunca reduzir as conquistas relativas à saúde.

Por mais justo que seja o acesso da população à saúde via judicialização, não há como fugir da realidade de que o custo das ações judiciais e os limites até os quais o Estado pode gastar sem prejudicar outras políticas públicas são fatores limitantes a concretização desse direito fundamental.

Tal situação se reveste de maior gravidade já que, em sua esmagadora maioria, as ações são ajuizadas em face do Município, cuja verba é menor, mas que não podem se eximir da responsabilidade imposta pelo Judiciário, além do que, cristalino é que sociedade, o Poder Judiciário e o Estado em si, não podem ignorar os pacientes que ajuízam demandas, negando-lhes o atendimento de que precisam, dentro de um direito fundamental que é a saúde.

Há de se reconhecer o impasse, notadamente porque essas ações se revestem de urgência, plausível até, mas isso faz com que os municípios, principalmente no caso de medicamentos, seja forçado a adquiri-lo da primeira empresa contatada. Por vezes os julgadores no afã de cumprir o preceito fundamental, força o ente federativo, através da

cominação de sanções, a adquirir produtos por preços irrealistas quando bastaria um pouco de razoabilidade nas decisões para que tal prejuízo não ocorresse.

5 Considerações Finais

A judicialização da saúde, ainda que por vezes necessária, deve merecer especial atenção uma vez que pode concorrer com o desequilíbrio do orçamento dos municípios, embora esse argumento, por si só, não deve impedir que o Poder Judiciário faça valer as normas constitucionais de maneira acertada, destacando-se aí o direito à saúde, que compõe a dignidade da pessoa humana.

Melhor seria a não intervenção do Poder Judiciário para a efetivação de direitos sociais como a saúde, no entanto, enquanto houver a necessidade e não existirem soluções satisfatórias, as demandas judiciais são instrumentos legítimos colocados à disposição da população na consecução de seus direitos assegurados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

_____. BRASIL. *Intervenção Judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Advocacia Geral da União, Consultoria Jurídica Ministério da Saúde. Ago. 2012. Disponível <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Ago/21/Panorama.pdf>.

_____. BRASIL. Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. Superior Tribunal de Justiça, Sala de Notícias, Especial, 04 abr. 2010. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações**. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010