

Silvia Badim Marques¹

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS E AÇÕES DE SAÚDE NO BRASIL

The judicial control of health policies and actions in Brazil

¹ Universidade de Brasília. Brasília/DF, Brasil.

Correspondência: Silvia Badim Marques. *E-mail*: sbadim@unb.br

Recebido em: 01/05/2016.

A atuação do Poder Judiciário no que tange à garantia do direito à saúde – previsto na Constituição de 1988, sob uma perspectiva integral e universal, que abrange ações de promoção, proteção e recuperação da saúde – vem suscitando inúmeros debates e controvérsias entre os diversos atores envolvidos na garantia e usufruto desse direito.

Um dos principais temas que vêm sendo objeto de divergências, estudos e dilemas refere-se aos contornos da atuação judicial face às políticas e ações de saúde no Brasil, ou o que se convencionou chamar de controle judicial das políticas de saúde. O tema não é novo, mas ainda não temos, em nosso país, clareza e limites definidos sobre até onde deve ir o Poder Judiciário para resguardar o direito à saúde, de forma a não invadir e prejudicar o funcionamento do Poder Executivo e do sistema político no Brasil.

As questões que envolvem a garantia do direito à saúde e sua relação com a política pública (se a garantia do direito ocorre de forma independente ou atrelada a existência de políticas públicas) são pungentes e vêm sendo debatidas dentro e fora dos processos judiciais.

Já pacificado pelos nossos tribunais o entendimento de que o artigo 196 da Constituição de 1988¹ tem aplicação imediata – e não se trata de norma programática –, persiste o debate sobre a relação entre as políticas públicas e a garantia do direito à saúde.

O dispositivo constitucional em apreço vincula a garantia desse direito a políticas sociais e econômicas, visto que tal direito depende de uma prestação estatal sanitária para ser garantido, de fato, para os cidadãos.

*Massa-Arzabe*² destaca que, em relação a esse dispositivo constitucional, as políticas públicas constituem a própria garantia do direito social à saúde. A autora destaca que a norma constitucional inscrita no artigo 196 define os objetivos da política de saúde, que deve se voltar a garantir integral e universalmente o direito à saúde.

O objetivo final e amplo de garantia do direito de todos à saúde é de ser atingido pelo objetivo específico de redução de riscos e de observância dos princípios de universalidade e igualdade no acesso às ações e aos serviços de proteção, promoção e recuperação da saúde³.

¹Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>> Acesso em: 19 maio 2016.

²MASSA-ARZABE, Patrícia H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

³Id. *Ibid.* p. 65.

As políticas públicas de saúde são, portanto, indispensáveis para garantir efetividade ao direito à saúde⁴. São essas políticas que vão ordenar os meios à disposição do Estado, bem como as atividades privadas, para a concretude do direito em foco.

As políticas públicas, formalmente editadas e revestidas das mais variadas formas jurídicas (leis, decretos, portarias, resoluções, entre outras), integradas por atos normativos oriundos do Poder Legislativo e do Poder Executivo nas três esferas brasileiras de governo, passam a integrar o direito à saúde, previsto constitucionalmente. E se revelam fundamentais para a compreensão e o exercício desse direito.

Essa problemática levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a convocar uma audiência pública⁵ em 2009 para abordar as questões que envolvem a garantia do direito à saúde e o Sistema Único de Saúde (SUS), com a participação de gestores públicos, acadêmicos, membros do Poder Judiciário, promotores públicos, organizações da sociedade civil, entre outros.

Durante os seis dias de audiência, o STF ouviu opiniões de especialistas sobre a amplitude do direito à saúde, suas limitações e seus conflitos com a política pública, e sobre os mais diversos aspectos que envolvem a formulação e execução das políticas de saúde no Brasil⁶.

Isso evidencia que os limites e contornos do direito social à saúde não são claros. Evidencia que a complexidade das questões que envolvem a garantia do direito à saúde extrapola o próprio contorno do sistema jurídico, levando o órgão central desse sistema, o Poder Judiciário, a reconhecer que o mero exame do arcabouço legal, através das técnicas de interpretação e aplicação do direito posto, não se revela capaz de solucionar as demandas sanitárias que lhes são submetidas.

E, também, revela que o Poder Judiciário, de forma inovadora no Direito brasileiro, dispõe-se a ouvir a sociedade e trazer para o centro do sistema jurídico as questões técnicas, políticas e econômicas que envolvem a garantia do direito à saúde.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷ publicou a Recomendação n. 31/2010⁸, que indica uma série de medidas que devem ser

⁴Bucci define políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241).

⁵A referida audiência foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

⁶SANTOS, Alethele de Oliveira. *Discursos proferidos na audiência pública da saúde do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais*. 2013. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁷O CNJ foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal Brasileira, nos termos do art. 103-B, e consiste em um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 19 maio 2016.

tomadas pelos magistrados para a melhoria das decisões judiciais na área da saúde, dentre as quais a inserção do Direito Sanitário como matéria obrigatória nos concursos de ingresso à magistratura e a capacitação dos magistrados em exercício nessa disciplina.

A Resolução n. 107/2010 do CNJ, por sua vez, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário⁹ para monitoramento e resolução das demandas de saúde, tanto públicas quanto privadas.

O Direito Sanitário consolida-se no Brasil como uma disciplina autônoma dentro da ciência jurídica. Todavia, até o presente momento, não foi incorporada aos cursos de graduação na área jurídica, sendo objeto apenas de disciplinas de pós-graduação *lato sensu* e em linhas de pesquisa dentro de cursos de mestrado e doutorado na área de saúde pública (e não na área jurídica). O crescimento das reivindicações e dos questionamentos judiciais relacionados à saúde acabou por evidenciar a importância de seu estudo pelos profissionais do Direito, e de sua inserção na grade curricular dos cursos de formação jurídica.

Temos, então, um panorama novo para o Direito brasileiro. De um lado, assistimos à consolidação de um campo do conhecimento dentro da ciência jurídica e, de outro, percebemos a necessidade de incorporar a este saber jurídico questões interdisciplinares, para além da mera leitura do arcabouço normativo.

Esse panorama também nos evidencia que o Direito e a ciência jurídica precisam se debruçar sobre este tema para que possam emergir outros paradigmas, capazes de lidar – juridicamente – com essas questões abrangentes e naturalmente interdisciplinares.

Dentre essas questões, destacam-se as questões relativas ao controle judicial das políticas de saúde, que merecem destaque e estudos que aprofundem entendimentos sobre o importante diálogo entre o Judiciário e o Executivo para que as políticas de saúde sejam cada dia mais condizentes com os princípios constitucionais que envolvem a garantia do direito à saúde. Os artigos que compõem o presente Tema em Debate debruçam-se sobre esse campo do conhecimento, trazendo-nos importantes contribuições.

O artigo “O direito fundamental de acesso a medicamentos e a função social da propriedade imaterial no Brasil”, de *Cláudia Karina Ladeia Batista e Mário Lúcio Garcez Calil*, aborda a questão do acesso a medicamentos no Brasil como um direito

⁹Esse Fórum tem como objetivo o monitoramento e a elaboração de propostas de resolução das demandas judiciais relativas à assistência à saúde, através da realização de estudos e da proposição de medidas concretas e normativas para: o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 19 maio 2016.

fundamental que se insere dentro do espectro do direito à saúde, relacionando-o com a garantia, também constitucional, da propriedade imaterial que envolve as patentes de medicamentos. Através de pesquisa bibliográfica e documental, os autores demonstram que o direito à propriedade imaterial não é absoluto, e que a função social dessa propriedade deve permear o debate sobre o acesso a medicamentos como um direito fundamental.

O artigo “A interface institucional entre a ANS e o Poder judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde”, de autoria de *Bruno Araujo Ramalho*, por sua vez, traz para os leitores o tema sobre a perspectiva da regulação dos planos privados de saúde e sua relação com o Poder Judiciário. O autor analisa acórdãos judiciais dos Tribunais de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, com o intuito de observar se o marco regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) vem sendo aplicado e respeitado pelos tribunais no que tange à cobertura de urgências e emergências, bem como quais os fundamentos usados pelos juízes para fundamentares suas decisões. Esse marco regulatório tem como base a Resolução do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (Consu) n. 13/1998, que define uma série de condições, exceções e delimitações quanto à operacionalização do direito dos usuários de planos de saúde a esses serviços. Após analisar minuciosamente os acórdãos e delinear as decisões judiciais nos casos estudados, o autor conclui que há flagrante colisão entre as decisões desses tribunais e a razão adotada pela norma regulatória, indicando um atrito interinstitucional nesse sentido.

Continuando na seara da análise do saúde suplementar no Brasil, no artigo “O problema envolvendo as OPMEs e os planos de saúde: contornos e análise da problemática”, os autores *Paulo Roberto do Nascimento Martins*, *Bernardo Franke Dahinten* e *Augusto Franke Dahinten* abordam a problemática das demandas crescentes por órteses, próteses e materiais especiais, relacionando-as com a saúde e a segurança dos pacientes. Os autores analisam o papel do médico assistente face à escolha das marcas desses OPMEs, contrapondo-o com o direito à saúde desses pacientes e a própria prerrogativa das operadoras de planos de saúde em custear o material escolhido pelo médico, com todas as especificações de marcas apontadas. Para tanto, utilizam análise bibliográfica e documental, trazendo decisões judiciais para a análise do tema. Concluem os autores que, à luz da normatização atualmente vigente no Brasil no âmbito da saúde suplementar, cabe ao médico assistente indicar as características dos materiais necessários, cabendo às operadoras de planos de saúde a escolha da marca e do fabricante. E, por fim, chamam a atenção a atuação do Poder Judiciário nesse sentido, que precisa atentar-se para esse fato a fim de harmonizar suas decisões com as normativas regulatórias vigentes.

Referências

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva; 2002.

MASSA-ARZABE, Patrícia H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

SANTOS, Alethele de Oliveira. *Discursos proferidos na audiência pública da saúde do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais*. 2013. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

Silvia Badim Marques - Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo; mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo; graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos. Professora Adjunta da Universidade de Brasília, na Faculdade de Ceilândia. Coordenadora dos direitos das mulheres da Diretoria da Diversidade da Universidade de Brasília. Brasília/DF, Brasil. *E-mail*: sbadim@unb.br