

TEMA EM DEBATE/ARGUMENT

APRESENTAÇÃO/PRESENTATION

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH

Silvia Badim Marques^()*

A discussão sobre o acesso a medicamentos e tratamentos de saúde pela via judicial no Brasil ganhou importância teórica e prática, envolvendo crescentes debates entre acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos e sociedade civil. E trouxe para o centro do debate a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

O exercício do direito à saúde, positivado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, vem ganhando contornos nunca vistos, compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, entre outros operadores do direito, a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo. E, também, compelindo gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia efetiva deste direito social, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político.

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado. Prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país.

(*)Advogada, mestre e doutoranda em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP-USP), pesquisadora associada do Programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ – Brasília. E-mail: sbadim@fiocruz.br.

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito social. O art. 6º elenca a saúde expressamente como um direito social e o art. 196 da Carta Magna, por sua vez, estabelece que este direito será garantido mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado. Alguns autores, como *Massa-Arzabe*⁽¹⁾, *Bucci*⁽²⁾, concluem que as políticas públicas elaboradas em matéria de saúde representam a própria garantia deste direito social.

As políticas públicas, por sua vez, destinam-se a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de forma a promover a tão aclamada justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais. Neste sentido, *Marques e Dallari*⁽³⁾ sustentam que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde, nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos, formalizados mediante tais políticas.

Como o Poder Judiciário atua sob a perspectiva da justiça comutativa ou, como denomina *Amaral*⁽⁴⁾, sob o âmbito da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos poderes legislativo e executivo do Estado.

Todavia, os desafios não são poucos. O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes, apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado. E as políticas públicas, por sua vez, encontram-se dispersas em diversos atos normativos, sem uma sistematização clara e, muitas vezes, com trâmites que contrastam com as necessidades postas nos autos.

(1) MASSA-ARZABE, P. H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 51-74.

(2) BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 1-49.

(3) MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

(4) AMARAL, G. *Direitos, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Estudos empreendidos por *Osório-de-Castro et al.*⁽⁵⁾, *Marques e Dallari*⁽⁶⁾ e *Vieira e Zucchi*⁽⁷⁾ apontam um grande e exponencial número de ações judiciais individuais que demandam essas prestações do Estado. Os cidadãos, munidos de uma prescrição médica, e por vezes de relatórios e exames médicos, socorrem-se do Poder Judiciário, um a um, para obterem do Estado uma prestação capaz de garantir o acesso àquela determinada terapêutica prescrita pelo profissional médico que os assiste e, por consequência, garantir o seu direito à saúde.

Revela-se, portanto, fundamental que os juízes, promotores de justiça, gestores públicos, sociedade civil, operadores do direito, sanitaristas, membros da academia, entre outros envolvidos na temática, discutam de forma ampla o tema em debate e proponham soluções conjuntas para minimizar o conflito social-político evidenciado. Porém, é dentro de cada instrução processual que devem ser traçados os rumos da atuação judicial, por parte dos atores que o compõem. É dentro de cada processo que devem ser postos os meios à disposição dos juízes, capazes de balizar a sua decisão. E, também, é dentro de cada processo que o direito individual à saúde deve ser confrontado com o direito coletivo e com a política pública estabelecida em matéria de saúde, por meio de provas e saberes técnicos necessários para discutir cada caso concreto.

E, se é preciso que o Poder Judiciário avance em relação à incorporação da dimensão política que compõe o direito à saúde, é preciso também que os gestores públicos avancem em relação à elaboração e implementação das políticas de saúde no Brasil, bem como em relação à organização administrativa da prestação dos serviços de saúde, que, muitas vezes, deixam os cidadãos sem a correta assistência médica e farmacêutica e também sem espaço adequado e direto para participação popular, sem um canal administrativo capaz de ouvir e processar as diferentes demandas da sociedade nesta seara, sem informações disponíveis de forma clara a todos que necessitam de um medicamento ou tratamento de saúde. Este é um quadro que, freqüentemente, não confere ao cidadão outra alternativa senão buscar a tutela jurisdicional para ver garantido o seu direito.

Faz-se necessário, ainda, o avanço da própria ciência, no sentido de analisar as diferentes variáveis do problema exposto e de harmonizar o entendimento sobre o que se convencionou chamar, hoje, de “judicialização” das políticas de saúde ou apenas “judicialização da saúde”.

(5) MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

(6) MARQUES, S. B; DALLARI, S. G., op. cit.

(7) VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública [online]*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19].

O termo judicialização, como salienta *Carvalho*⁽⁸⁾, é polissêmico. É preciso que tenhamos clareza a que, exatamente, nos referimos quando falamos em judicialização das políticas de saúde⁽⁹⁾. Revela-se necessária a distinção entre “judicialização” política de saúde e garantia efetiva do direito à saúde pelo Poder Judiciário. Ao garantir a disponibilização de um serviço, de um medicamento ou produto de saúde padronizado pelo Estado, não estaríamos frente a uma verdadeira garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário? Será que ao tratarmos de forma ampla toda e qualquer manifestação judicial acerca do exercício do direito à saúde como “judicialização”, não corremos o risco de generalizar e desqualificar a atuação judicial, presumindo que o Judiciário vem agindo além de seus limites estruturais e interferindo, de forma indevida, na atuação de outro poder, no caso o Poder Executivo?

Os estudos empreendidos até o momento no Brasil⁽¹⁰⁾, que analisam decisões judiciais em matéria de assistência farmacêutica contra o Estado, publicados nas principais revistas nacionais de saúde pública, versam sobre pesquisas regionais, que não permitem generalizações e afirmações em nível nacional.

(8) CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004.

(9) Tate e Vallinder (1996) consideram que “judicialização da política” é uma expressão equivalente à “politização da justiça”, e traduz a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, para esses autores, é valer-se de métodos típicos da decisão judicial em disputas e demandas políticas em dois contextos: o primeiro que se refere à reação do Judiciário, quando provocado, no sentido de revisar a decisão dos Poderes Legislativo e Executivo do Estado, com base na Constituição Federal. Refere-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade; o segundo se refere, como salientam Maciel e Koerner (Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova [online]*, n. 57, p. 113-133, 2002), a intromissão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das comissões parlamentares de inquérito conduzidas pelo Parlamento).

Werneke Vianna (*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN; 1999) utiliza o termo para descrever, no Brasil, as transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que alargam as possibilidades de ações junto ao Poder Judiciário, para que este defenda os direitos, individuais e sociais, resguardados pela Constituição.

Campilongo (*Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad; 2002), com base na teoria dos sistemas elaborada pelo filósofo alemão Niklas Luhmann sustenta que ocorre a “judicialização” da política quando o Poder Judiciário, órgão central do sistema jurídico, passa a atuar para além dos limites estruturais deste sistema, operando com ferramentas próprias do sistema político, sem ter capacidade para tanto, e exerce assim a função que só o sistema político pode exercer na sociedade, qual seja: a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Ou seja, é a sobreposição das decisões judiciais ao arcabouço normativo elaborado pelo sistema político.

Para Maciel e Koerner (op. cit.), a expressão judicialização da política recebe um sentido de processo social e político quando é usada para se referir à “expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos no Tribunal” (p. 115-116).

(10) MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUÍZA, V. L., op. cit., p. 525-534; MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G., op. cit., p. 101-107; VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola, op. cit., p. 214-222.

Não temos dados científicos hoje, no país, para afirmar se o grande volume de ações judiciais, cujo embate se dá em primeira instância, nos diversos tribunais estaduais do país, trata de pedidos de medicamentos e tratamentos constantes nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Estado, ou seja, na padronização estabelecida pela Política Pública de Saúde, em seus três níveis de governo, ou se têm relação, em sua maioria, a bens e produtos excepcionais e de alto custo e outros não padronizados pela política⁽¹¹⁾.

Também não temos informações científicas oriundas destes processos, capazes de promover um sério debate sobre a eficácia terapêutica dos medicamentos não-padronizados que vêm sendo concedidos pelo Poder Judiciário, ou seja, se estes possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelos serviços públicos de saúde capazes de tratar adequadamente os cidadãos que buscam a tutela judicial, e se estes cidadãos oferecem ou não resistência terapêutica a estes medicamentos padronizados.

Não temos dados, ainda, sobre as prescrições médicas que subsidiam essas ações, quantas são provenientes de médicos do SUS, e serviços conveniados, e quantas são provenientes de serviços privados de saúde⁽¹²⁾. Tampouco temos dados precisos sobre a representação da população nestes processos, principalmente no que tange o apoio de associações, fato que vem sendo imputado como uma possível manipulação da demanda, face ao financiamento de algumas dessas associações por indústrias farmacêuticas interessadas na comercialização deste ou daquele fármaco.

Nesta seara, e como exemplo de algumas diferenças regionais importantes encontradas nas pesquisas mencionadas, *Marques e Dallari*⁽¹³⁾, em estudo no Estado de São Paulo, levantaram o índice 67,7% de pessoas que chegam à via judicial representadas por advogados particulares, sendo que deste total, 23,8%, chegam por meio do apoio de associações. *Osório-de-Castro et al.*⁽¹⁴⁾, em contrapartida, encontram a maioria de representações de escritórios de advocacia gratuita (defensoria pública e escritórios modelo de universidades).

(11) VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola, op. cit. demonstram que, dentre as ações contra o Município de São Paulo analisadas, 62% versavam sobre medicamentos constantes nos serviços ofertados pelo SUS. Marques e Dallari (op. cit.) indicam que dentre os processos pesquisados, 9,6% tratavam de medicamentos sem registro na ANVISA.

(12) MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L., op. cit., salientam que, dentre os processos analisados no Estado do Rio de Janeiro, apenas 16% eram provenientes de serviços que se encontravam fora do SUS. VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola., op. cit., por sua vez, salientam que 59% dos processos analisados provinham de serviços do SUS e 13% dos serviços conveniados ao SUS.

(13) MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G., op. cit.

(14) MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L., op. cit.

O impacto financeiro dessas ações frente à política pública de saúde também merece dados precisos e nacionais⁽¹⁵⁾, bem como informações sobre outros bens e serviços de saúde que vêm sendo demandados em juízo, como leitos de UTI, órteses, próteses, entre outros. Há que se questionar também o verdadeiro impacto sobre o total do financiamento da saúde e das ações planejadas e executadas em matéria de assistência farmacêutica e terapêutica.

Assim, poder-se-á evidenciar, com base em dados significativos, os benefícios e prejuízos da atuação judicial na garantia do direito à saúde e sua relação com a política de saúde estabelecida. E, por fim, garantir o direito à saúde de forma efetivamente integral e universal, com a equidade necessária e com o devido equilíbrio entre os sistemas jurídico e político do Estado, bem como com a necessária participação da sociedade neste debate.

Neste sentido, o presente *Tema em Debate* procura abordar aspectos relativos a manifestações judiciais em matéria de saúde, considerando, entre outros pontos, o problema até aqui exposto.

Felipe Rangel, em seu artigo, busca contribuir para o debate sobre a “judicialização da saúde” no país, a partir de uma reflexão importante da atuação da sociedade civil e do que, exatamente, entende-se por “judicialização da saúde”. O autor parte da constatação de que o direito à saúde, embora garantido de forma integral e universal pela Constituição Federal (art. 196), não é garantido plenamente na prática. Aponta que o SUS, apesar de configurar uma política consistente e sólida, com inegáveis avanços, não consegue ofertar a todos os cidadãos brasileiros cuidados integrais e universais de saúde. E a sociedade civil, por meio da atuação de órgãos como o Ministério Público, vem buscando subsídios para pleitear este direito por intermédio do Poder Judiciário. Todavia, o autor ressalta que a inserção destes atores na reivindicação da saúde como um direito ocasiona o que se convencionou chamar de “judicialização da saúde” no Brasil. Após discorrer, com base nos principais trabalhos sobre o tema, a respeito das várias acepções que o termo judicialização pode significar, o autor ressalta duas correntes de pensamento: uma que vê na “judicialização” um importante passo rumo ao aprimoramento do exercício da cidadania; e outra que sustenta o oposto e conclui que, no país, observamos exatamente o efeito dual da judicialização, com subsídios para acatarmos uma e outra corrente.

O artigo de *Patrícia Ulson Pizarro Werner*, ao analisar decisões das Cortes Supremas (SFT e STJ) que incidem sob processos de pedidos de

(15) Os esforços empreendidos por Vieira e Zucchi (op. cit.) no Município de São Paulo merecem destaque. As autoras concluem que os gastos com medicamentos não padronizados pelo Município, por força de determinação judicial, chegaram a R\$ 876 mil, apenas no ano de 2005, no qual o estudo estava circunscrito. Salienta-se, todavia, que a realidade da capital paulista não pode ser generalizada em nível nacional, nem pode gerar afirmações capazes de imputar distúrbios à atuação judicial em todo o Brasil.

medicamentos e tratamentos médicos contra o Estado brasileiro, promove um debate sobre o grau de eficácia do direito à saúde no Brasil. Ao identificar os fundamentos das citadas decisões judiciais, a autora busca compreender de que forma o direito à saúde vem sendo interpretado pelas Cortes Superiores, problematizando a diferença fundamental entre direitos sociais e individuais e ressaltando a necessidade de mudança de paradigma em relação a esta interpretação, em busca da conjugação das necessidades individuais postas nos autos e das necessidades coletivas, formalizadas mediante políticas públicas e indispensáveis à garantia do direito à saúde como direito social.

Marco Túlio Magalhães, por sua vez, busca analisar a justiciabilidade do direito à saúde; em especial, a sua dimensão relacionada ao meio ambiente. Para tanto, o autor parte da delimitação dada ao direito à saúde e, especificamente, de seu enfoque ambiental, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Posteriormente, o autor traça um paralelo entre a proteção à saúde prevista no referido acordo e a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, deixando-nos com a constatação de que existe margem de justiciabilidade do direito à saúde a partir do Pacto Internacional, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto em sentido formal (porque foi incorporado formalmente ao ordenamento jurídico pátrio), como em sentido material (porque passível de ser efetivamente aplicado). E, embora reconheça dificuldades relacionadas com a justiciabilidade de tal direito, o autor considera que a proteção ambiental representa um vetor de impulsão do direito à saúde, principalmente em relação às prescrições normativas do Pacto Internacional.

Por fim, *Lucas Hernandes Correa* deixa-nos com um interessante artigo sobre o enfoque econômico da saúde na União Européia, onde busca analisar decisões emanadas da Corte de Justiça das Comunidades Européias, que se relacionam direta e indiretamente com a proteção da saúde. O autor evidencia o conflito existente entre a proteção à saúde e o Mercado Comum Europeu, sustentando que há uma tendência perceptível da Corte de Justiça em relativizar os princípios da precaução e da proteção à saúde, face às regras que protegem o comércio entre os países, o que fica evidente quando o trabalho trata da decisão *Hanner*, proferida em 2005, quando a Corte deixou clara sua posição de não mais reconhecer o caráter sanitário do monopólio farmacêutico. O autor salienta que, considerando os diferentes casos analisados, falta uma coerência às decisões da Corte de Justiça e uma justa contraposição entre os interesses comerciais e sanitários.

Assim, a leitura do presente *Tema em Debate* revela-se pertinente para as discussões acerca do papel do Poder Judiciário em relação à proteção do direito à saúde, para que possamos avançar em direção ao aprimoramento do SUS e ao aprimoramento do exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, G. *Direitos, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CAMPILONGO C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova* [online], n. 57, p. 113-133, 2002.
- MARQUES, S. B; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.
- MASSA-ARZABE, P. H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 51-74.
- MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.
- VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública* [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19].