

TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO

Ludmilla Nogueira de Queiroz

Pós-graduando no curso de Direito Constitucional da rede de ensino LFG/Anhanguera. Servidora pública do Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as questões atinentes à tutela judicial do Direito à Saúde; sobretudo identificar a atuação e posição do Poder Judiciário frente às ações judiciais que envolvem essa matéria, bem como as consequências do protagonismo do Poder Judiciário no campo sanitário.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização. Tutela Judicial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho intitulado “Tutela Judicial do Direito à Saúde no Brasil: Papel do Poder Judiciário na implementação do direito”, tem por objetivo analisar as questões atinentes à judicialização do Direito à saúde no Brasil, sobretudo, verificar a atuação do Poder Judiciário frente às ações judiciais que envolvem esse direito, identificando se seu protagonismo no campo sanitário, por meio de milhares de decisões individuais, realmente assegura o direito à saúde em igualdade de condições para todos, garantido, assim, sua efetivação nos termos postos na Constituição Federal.

Como embasamento doutrinário, o estudo está, primordialmente, fundamentado nas ideias de Felipe Dutra Asensi e Ingo Sarlet, que possuem diversas obras que exploram as questões referentes ao Direito à Saúde no Brasil, especialmente no que tange à sua efetividade e às formas de reivindicação de tal direito. Foram utilizados também os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, que possui um amplo trabalho acerca da efetividade das normas jurídicas e da judicialização da política no Brasil. A título exemplificativo, também foram mencionados alguns precedentes judiciais.

A metodologia empregada foi o da pesquisa jurídica e o método utilizado foi o dedutivo, valendo-se de documentação pertinente e doutrina sobre o assunto.

O primeiro tópico discorre a respeito do tema da Judicialização, abordando seu surgimento, conceito e evolução. O segundo e o terceiro tópicos, trazem, respectivamente, uma análise das ações individuais e das ações coletivas que versam a respeito do Direito à Saúde que tramitam perante as Varas de Fazenda Pública do país. Foi analisada a postura que o Poder Judiciário tem tomado perante essas demandas, bem como as consequências que as sentenças trazem à Administração Pública.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde recebeu do Poder Constituinte força normativa suficiente para sua incidência imediata e independente de procedência normativa posterior para sua aplicação.

Segundo Ana Paula Barcellos, ao tratar da eficácia jurídica das normas constitucionais, no que se refere ao direito à saúde, “há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição.”¹

Ressalta-se que, no passado, a jurisprudência e a doutrina dominante inadmitiam a tutela jurisdicional desse direito, sob o argumento de que, ante o caráter programático da norma constitucional que disciplina o direito a saúde, a interferência do Poder Judiciário desequilibraria o orçamento público, e violaria o princípio constitucional da separação dos poderes.

Por exemplo, no julgamento do RMS 6564/RS, o Superior tribunal de Justiça entendeu que “normas programáticas, como ensinam os doutrinadores, certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação: não delimitando seu objeto, nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização, antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com a legislação integrativa. No máximo, aí, se verifica um interesse simples, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através da legislação interpretativa ou de outra atividade do Poder Público” (RMS 6564/RS, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448).

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988 o Brasil assiste ao fenômeno da progressiva “judicialização da saúde”. Atualmente, o entendimento expresso no julgado acima colacionado foi superado, e multiplicam-se as decisões judiciais de todas as instâncias que reconhecem que, dada a sua fundamentalidade, o direito à saúde pode ser exigido de imediato aos Poderes Públicos.

É o que defende Felipe Asensi:

[...] em virtude do seu atributo de direito fundamental, recebeu a qualificação de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, recebeu do poder constituinte força normativa suficiente para a sua incidência imediata e independente de providência normativa suficiente para a sua aplicação².

Nesse sentido também caminha a jurisprudência pátria. O Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que se trata de um serviço de relevância pública e um direito fundamental, reforçou sua eficácia imediata e independente da existência de normas infraconstitucionais.

A esse respeito merece destaque o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, na Corte Suprema, em que o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, asseverou que “dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão

¹ BARCELOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 803.

² ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no brasil. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 17.

somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.”³

Tal posicionamento tem como implicação a exigibilidade judicial desse direito, cabendo ao órgão julgador a definição do conteúdo da norma.

Cabe destacar que ainda que considerássemos a necessidade de leis que regulamentassem as disposições referentes ao direito à saúde como condição de sua eficácia imediata frente aos poderes públicos, esse não seria o maior obstáculo a sua efetivação no Brasil. Isso porque nosso ordenamento jurídico conta com inúmeros instrumentos normativos (leis, medidas provisórias, portarias, etc.) que visam a regulamentação desse direito. Significa dizer que nosso país conta com inúmeras políticas públicas na área de saúde já regulamentadas, tanto que a maioria das decisões judiciais com esse objeto determina apenas o cumprimento de políticas públicas já existentes. Tal argumento já refuta a ideia de que as decisões judiciais concessivas de ações em saúde transgrediriam o princípio da separação dos poderes, uma vez que a atuação do Poder Judiciário seria apenas coercitiva, no sentido de que estaria apenas determinando o cumprimento de determinada ação já regulamentada no âmbito do Poder Executivo, *in casu* representado pelas Secretarias de Saúde ou pelo Ministério da Saúde.

Segundo Luís Roberto Barroso, a judicialização “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social, ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário.”⁴ Em outras palavras, significa que questões geralmente afetadas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo estão sendo cada vez mais decididas pelo Poder Judiciário.

Ainda segundo o ilustre doutrinador, há diversas razões para a causa do fenômeno em questão. A primeira seria que o reconhecimento de que um Poder Judiciário forte e independente seria indispensável para garantia dos direitos fundamentais. Já a segunda seria o descontentamento da população com a política elaborada pelos governantes. Por fim, o autor cita ainda que os responsáveis pela criação da política, por vezes, a fim de evitar maiores desgastes, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas na sociedade.

No Brasil, o fenômeno da judicialização ganha mais força, uma vez que nossa Constituição, ao adotar o modelo analítico, trata dos mais variados temas. “Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.”⁵

Habacuque Wellington Sodré define “a judicialização da política como um conjunto de mecanismos institucionais que atribuem competência ao Poder Judiciário para decidirem questões sobre políticas públicas e o controle da ação do governo em face da Constituição, alternando o desenho institucional, possibilitando a intervenção judicial, muitas vezes na arena política, ou seja, o Judiciário passa, outrossim, a ser uma arena política da decisão.”⁶

Não se pode olvidar que o fenômeno da judicialização da saúde foi uma mudança positiva do ponto de vista social, tendo em vista que é inegável a imprescindibilidade da

³ STA 75/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010. Publicado em 30.04.2010.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 39.

⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁶ SODRÉ, Habacuque Wellington. **A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses : a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal**. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, p. 96, out./dez. 2010.

saúde na vida da população. Há assim uma conexão com o reconhecimento da força normativa e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e do papel central do Poder Judiciário na sua garantia e efetivação.

Por outro lado, é inegável que a excessiva judicialização do direito à saúde (em outras palavras, a interferência desenfreada do Poder Judiciário no Sistema Único de Saúde por meio de decisões judiciais individuais) acarreta sérias consequências à gestão administrativa do SUS, sobretudo no que se refere à previsão orçamentária. Isso porque uma decisão judicial que concede determinada ação em saúde desencadeia de imediato a realocação forçada de recursos públicos, desestabilizando assim um estudo orçamentário pré-estabelecido pelo Poder Executivo.

2. TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: CRÍTICAS ÀS DECISÕES INDIVIDUAIS

Consoante o art. 2º da Constituição Federal, os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o que significa dizer que não devem obediência uns aos outros, mas devem atuar de forma harmônica buscando atingir os objetivos da República Federativa do Brasil.

Ocorre que, nos últimos tempos, o Judiciário vem protagonizando cada vez mais temas de alta repercussão na sociedade, dentre eles a questão referente à efetividade do Direito à Saúde.

A jurisprudência atual é quase unânime no sentido de que as concessões de acesso às ações de saúde via judicial, apenas representa a defesa de direitos fundamentais e cumprimento do estabelecido na Constituição Federal.

Os magistrados destacam como principais argumentos em suas decisões o dever do Estado de assegurar o direito à vida, preservar a dignidade da pessoa humana, e cumprir o estabelecido no art. 196 da Constituição Federal.

A título de exemplo, vale examinar o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do ARESp 823.532/SC, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. No referido processo, o particular ajuizou Ação Condenatória contra a União, o Estado de Santa Catarina, e o Município de Campo Erê/SC objetivando a concessão do medicamento Artrodar 50mg, por ser portador da patologia artrose grave de joelho. O particular obteve êxito em seu pedido na primeira e na segunda instância. A União recorreu ao STJ pleiteando a reforma do julgado, uma vez que o medicamento não está contemplado nas regulamentações próprias do Sistema Único de Saúde (protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS). Em seu voto, o Eminent Relator do processo (que foi acompanhado pelos demais Ministros que compõem a Primeira Turma do STJ) confirmou o acórdão recorrido sob a seguinte justificativa:

O Sistema Único de Saúde, ademais, possui, dentre as suas atribuições, a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; e a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (art. 7º. da Lei 8.080/90). Na análise do presente caso, a União defende impossibilidade do Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamento que não integra a lista do SUS. Contudo, em havendo comprovação do acometimento

do indivíduo por determinada moléstia, como na hipótese, e necessitando de medicamento para combatê-la, este deve ser fornecido pelo Estado de modo a atender ao princípio maior da garantia à vida e à saúde.

Com efeito, não há dúvidas de que tais argumentos estão corretos. Porém, é necessário que se faça uma reflexão sobre a eficácia da aplicação de tais teses apenas aos casos concretos que chegam ao Poder Judiciário e não a todos os brasileiros que também são destinatários do direito à saúde.

Nesse sentido, surgem as seguintes indagações: Será que o protagonismo do Poder Judiciário no campo sanitário, por meio de milhares de decisões judiciais individuais, realmente assegura o direito à saúde em igualdade de condições para todos, sobretudo em um contexto em que o acesso à justiça também é desigual? O processo judicial é o meio adequado para decisões relativas à alocação ou desalocação de recursos que a implementação do direito à saúde exige?

É certo que o acesso ao Poder Judiciário no Brasil deve ser intermediado por um advogado, seja ele público ou privado, ou ainda por um promotor de justiça. Ocorre que muitos municípios do Brasil ainda não contam com uma Defensoria Pública (órgão incumbido de atuar em benefício da população carente que não dispõe de recursos financeiros para contratar um advogado particular) devidamente instalada, ou ainda, apesar de instalada, atua de forma precária, sem muitos recursos. Tal situação, sem dúvida é um limitador do acesso à justiça. Ademais, além desses fatores, temos também uma quantidade considerável de pessoas carentes que sequer sabem que podem ter acesso a tratamentos de saúde por meio do Poder Judiciário. Há de se considerar ainda população rural, os ribeirinhos nos Norte do Brasil, moradores de áreas remotas, longe dos grandes centros urbanos, onde as cidades muitas vezes nem mesmo contam com um fórum instalado, defensoria ou Ministério Público para intermediar o acesso ao Poder Judiciário.

O fato é que o acesso à justiça no Brasil ainda é assimétrico, não sendo garantido a todos os cidadãos. Dessa forma, o Poder Judiciário não deve ser visto como o caminho democrático para efetividade dos direitos sociais.

Segundo Angélica Carlini:

A análise do teor das decisões judiciais também provoca importantes reflexões. Entre elas avulta em importância de que o direito à vida e à saúde são direitos fundamentais.

Não há nenhuma dúvida de que tanto a Constituição Federal de 1988 como os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como a Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, ou a Carta Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, determinam que a saúde é um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado, mas a pergunta que se coloca nesta reflexão é: um direito a ser protegido e efetivado apenas para aqueles que pleiteiam perante o Poder Judiciário?

Há uma evidente distorção da efetividade do direito à saúde via Poder Judiciário, que deveria ser último caminho a ser utilizado pelo cidadão, e não a forma corriqueira como está se tornando no Brasil na atualidade.

(...)

A efetividade dos direitos sociais via Poder Judiciário é, na realidade, uma anomalia no processo de concretização dos direitos

fundamentais sociais, ou um uso indevido do Poder Judiciário para pressionar o Poder Executivo a cumprir o que já está determinado no texto constitucional.⁷

Ademais os Poderes Executivo e Legislativo contam em seu quadro de pessoal com servidores e colaboradores com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada de decisões. A área da saúde demanda conhecimentos técnicos (eficácia medicamentosa de determinado fármaco), econômicos (viabilidade financeira em oferecer tratamento pelo SUS), e políticos (a análise das prioridades na área de saúde de determinada região). O Poder Judiciário, por sua vez, é formado por magistrados que, em regra, não possuem tais conhecimentos especializados que a área de saúde demanda, além de que não possuem uma visão global das políticas de saúde.

Vale ressaltar que tais circunstâncias se consubstanciam em elementos complicadores da tutela jurisdicional do direito à saúde.

O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso leciona que:

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.⁸

Daniel Sarmiento e Cristina Teles aduzem que o controle jurisdicional de políticas públicas de Saúde deve obedecer os limites da própria capacidade institucional do Poder Judiciário. Ainda segundo os autores:

Não se devem depositar no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender, idealizando-se a figura do juiz – como famoso “juiz Hércules”, de Ronald Dworkin. É até compreensível que isso ocorra no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem a prestação do serviço público de saúde no País. No entanto, é importante perceber que, infelizmente, não há como obter a redenção de todos os males nacionais em matéria de saúde pela via judicial.⁹

⁷ CARLINI, Angélica. A saúde pública e as decisões dos Tribunais – apontamentos pra uma reflexão crítica. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 497.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 28.09.2011. p. 13

⁹ SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: Solidariedade ou Subsidiariedade?. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 124.

No tocante especificamente às demandas que envolvem o pedido de medicamentos e tratamentos junto ao SUS, é certo que o Poder Judiciário, ao determinar que os entes federativos forneçam uma ação em saúde não contemplada nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, reconhece, ainda que implicitamente, a necessidade de alteração na lista oficial de medicamentos e tratamentos em saúde fornecidos pelo Estado. Não há dúvidas que a procedência do pedido, embora atinja somente àquele demandou ao Poder Judiciário a solução da controvérsia, é de interesse geral.

Dessa forma, mostra-se compreensível o entendimento de que o Poder Judiciário não deve conceder pedidos de medicamentos ou tratamento novos que não estejam incluídos nas listas oficiais. Nessa direção, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, assinalou que “o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo”¹⁰.

3. TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS DEMANDAS COLETIVAS

Conforme visto no tópico anterior, o cidadão brasileiro que obtém uma sentença concessiva de acesso a alguma ação em saúde não exerce cidadania no sentido coletivo, a ponto de provocar mudanças no uso de dinheiro público para a garantia de direitos sociais e causar repercussão na condução da política pública pelos governantes.

Com efeito, a atividade do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais alcançaria resultados mais satisfativos se contemplasse o coletivo, e não os cidadãos de direito de forma individual.

Isso porque nas demandas coletivas, o magistrado consegue perceber com maior clareza o impacto financeiro daquela decisão. Ademais, seria mais fácil visualizar a possibilidade de universalização do benefício requerido, de forma a atender de forma mais efetiva os princípios constitucionais que regem o Sistema Único de Saúde.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, se insere na categoria dos ditos direitos de titularidade difusa e coletiva, uma vez que não se restringem a partes individuais, sendo que sua titularidade pertence a coletividade.

Conforme leciona Ingo Sarlet, tais direitos “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, como seu titular, destinando -se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”¹¹

Ao analisar as questões atinentes às demandas coletivas e individuais, Luís Roberto Barroso pontua:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a

¹⁰ STF. STA 75/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010. Publicado em 30.04.2010.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p 52.

possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.¹²

No mesmo sentido, leciona Lúcia Léa Guimarães Tavares:

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são ‘seletivas’ no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário.¹³

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que, por meio da ação coletiva estaria “assegurado, por esta via um tratamento mais isonômico e racional”¹⁴. E, em razão das referidas ações possuírem efeitos *erga omnes*, poderiam nelas serem garantidas “a igualdade e universalidade no atendimento da população”¹⁵. Assim, “a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal.”¹⁶

Luís Roberto Barroso ensina ainda que a discussão abstrata que ocorre na ação coletiva, permite uma análise do contexto geral, diversamente do que ocorre nas ações individuais, uma vez que os legitimados ativos teriam maior possibilidade de trazer, aos autos, elementos necessários para análise do caso, como “as dimensões da necessidade” e a “quantidade de recursos disponível como um todo”¹⁷

Ainda segundo o atual ministro do STF, nas demandas coletivas, será possível a realização da macrojustiça, com prévia análise de “alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral”¹⁸. Pode ser examinado, pelo Judiciário, “o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis”¹⁹ de uma decisão, o que não seria possível em uma ação individual.

Ana Paula Barcellos, por sua vez, ensina:

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Jurisprudência mineira / Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n. 188, p. 46-47, jan./mar. 2009.

¹³ TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de Medicamentos pelo Estado. In: Revista De Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Publicação do Centro de Estudos Jurídicos, N. 55, ano 2002, p. 109-110.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. pp. 479-510. p. 500

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Jurisprudência mineira / Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n. 188, p. 49, jan./mar. 2009.

¹⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹⁷ *Ibidem*, p.49.

¹⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹ *Ibidem*, p. 49.

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.²⁰

Ocorre que, não obstante as inúmeras “vantagens” das ações coletivas em relação às individuais, constata-se que demandas veiculadas de forma coletiva visando a implementação de políticas públicas no âmbito do direito à Saúde, a posição do Poder Judiciário geralmente é denegatória.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do pronunciamento do então Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (Leonardo Azeredo Bandarra), na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009:

É de baixíssima intensidade estatística os volumes das decisões voltadas para políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças ou outros agravos de forma coletiva, bem como aqueles que afetam o meio ambiente da gestão e o do financiamento público da saúde. Apesar de serem questionados em diversas ações públicas, não há decisão judicial nesse sentido em termos percentuais. A agenda judicial, portanto, é proposta pelo acúmulo de ações e decisões, notadamente disputando drogas prescritas sob os mais variados critérios.²¹”

Nota-se, dessa forma, uma prevalência da visão individual sobre a coletiva evidenciando a ausência de uma visão global acerca do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário.

Sueli Gandolfi Dallari e Silvia Marques Badin, ao realizarem um estudo sobre a assistência farmacêutica no Estado de São Paulo concluíram:

O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²¹ BANDARRA, Leonardo Azeredo. Pronunciamento na qualidade de Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no Ano de 2009. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf.

Acesso em: 24/7/2017.

farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas.²²

²² DALLARI, Sueli Gandolfi; MARQUES, Silvia Badim. *Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista Saúde Pública, Fev 2007, vol.41, nº.1, p.101-107. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 24/7/2017.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, fato que se deu em razão de movimentos sociais que reivindicavam a reforma sanitária, desde o início da década de 1970. Os movimentos reivindicatórios que buscavam a reforma da saúde queriam reverter a lógica da assistência à saúde no país, defendendo, em suma, que a saúde deveria ser um direito de todo cidadão. Isso porque o cenário da saúde pública na época era de exclusão, uma vez que, boa parcela da população não tinha acesso aos serviços de saúde. Em outras palavras, não havia uma política de Estado cidadã que desobrigasse qualquer espécie de vínculo com o processo produtivo e que reconhecesse o cidadão simplesmente pelo valor que tem como membro de uma comunidade.

Nesse contexto, o Direito à Saúde vem disciplinado na Constituição Federal como direito fundamental alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, integrando o mínimo existencial, que pode ser definido como o direito às condições mínimas que garantam uma existência humana digna. Assim, incumbe ao Estado a elaboração de políticas públicas que concretizem e ampliem o direito à saúde a todos os cidadãos brasileiros.

Ocorre que a constitucionalização do direito à saúde, associada aos desafios de efetiva implementação por parte do Estado, fez com que tal direito fosse cada vez mais submetido ao Poder Judiciário para sua real efetivação. É o fenômeno denominado Judicialização do Direito à Saúde, segundo o qual questões políticas e governamentais referentes à saúde pública, de competência do Poder Executivo, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário.

Não se pode olvidar que o fenômeno da judicialização da saúde foi uma mudança positiva do ponto de vista social, tendo em vista que é inegável a imprescindibilidade da saúde na vida da população. Há assim uma conexão com o reconhecimento da força normativa e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e do papel central do Poder Judiciário na sua garantia e efetivação.

Por outro lado, é inegável que a excessiva judicialização do direito à saúde (em outras palavras, a interferência desenfreada do Poder Judiciário no Sistema Único de Saúde por meio de decisões judiciais individuais) acarreta sérias consequências à gestão administrativa do SUS, sobretudo no que se refere à previsão orçamentária. Isso porque uma decisão judicial que concede determinada ação em saúde desencadeia de imediato a realocação forçada de recursos públicos, desestabilizando assim um estudo orçamentário pré-estabelecido pelo Poder Executivo.

Ademais, o acesso à justiça no Brasil ainda é desigual, não sendo garantido a todos os cidadãos. Dessa forma, o Poder Judiciário não deve ser visto como o caminho democrático para efetividade dos direitos sociais.

Da mesma forma, os Poderes Executivo e Legislativo contam em seu quadro de pessoal com servidores e colaboradores com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada de decisões. A área da saúde demanda conhecimentos técnicos (eficácia medicamentosa de determinado fármaco), econômicos (viabilidade financeira em oferecer tratamento pelo SUS), e políticos (a análise das prioridades na área de saúde de determinada região). O Poder Judiciário, por sua vez, é formado por magistrados que, em regra, não possuem tais conhecimentos especializados que a área de saúde demanda, além de que não possuem uma visão global das políticas de saúde. Tais circunstâncias se consubstanciam em elementos complicadores da tutela jurisdicional do direito à saúde.

Nesse diapasão, o cidadão que obtém uma sentença concessiva de acesso a alguma ação em saúde não exerce cidadania no sentido coletivo, a ponto de provocar mudanças no uso de dinheiro público para a garantia de direitos sociais e causar repercussão na condução da política pública pelos governantes.

Verifica-se que a atividade do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais alcançaria resultados mais satisfativos se contemplasse o coletivo, e não os cidadãos de direito de forma individual. Isso porque nas demandas coletivas, o magistrado consegue perceber com maior clareza o impacto financeiro daquela decisão. Ademais, seria mais fácil visualizar a possibilidade de universalização do benefício requerido, de forma a atender de forma mais efetiva os princípios constitucionais que regem o Sistema Único de Saúde.

Entretanto, ainda há resistência do Poder Judiciário nas demandas veiculadas na forma coletiva. Uma das justificativas para isso seria o fato de que o impacto financeiro das demandas coletivas é bem maior que o das demandas individuais. Tal circunstância leva o magistrado a crer que estaria invadindo a esfera de atuação da Administração Pública. Ocorre que, ao assim proceder, os juízes deixam de atacar o verdadeiro problema veiculado nessas ações, contribuindo, ainda que implicitamente, com a fragilidade do Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS

1. ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 2-26.
2. BANDARRA, Leonardo Azeredo. Pronunciamento na qualidade de Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no Ano de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf. Acesso em: 24/7/2017.
3. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
4. BARCELOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 803-825.
5. BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 1.8.2017.
6. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Jurisprudência mineira** / Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009.
7. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2013. 522 p.
8. CARLINI, Angélica. A saúde pública e as decisões dos Tribunais – apontamentos para uma reflexão crítica. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

9. DALLARI, Sueli Gandolfi; MARQUES, Silvia Badim. *Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista Saúde Pública, Fev 2007, vol.41, nº.1, p.101-107. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 24/7/2017.
10. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. pp. 479-510.
11. SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: Solidariedade ou Subsidiariedade?. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
12. SODRÉ, Habacuque Wellington. **A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses : a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal**. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, p. 93-117, out./dez. 2010.
13. STF. STA 75/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010. Publicado em 30.04.2010.
14. TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de Medicamentos pelo Estado. In. Revista De Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Publicação do Centro de Estudos Jurídicos, N. 55, ano 2002, p. 101-111