



Diciembre 2018 - ISSN: 1988-7833

DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE ATRAVÉS DA JURISPRIDÊNCIA: SEU PERFIL, AS DEMANDAS DE ALTO CUSTO E A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO

Claudine Ceolla Gaudêncio Knoblauch¹

Levi Hülse²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Claudine Ceolla Gaudêncio Knoblauch y Levi Hülse (2018): "Demandas judiciais em Saúde através da jurisprudência: seu perfil, as demandas de alto custo e a interferência do judiciário", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (diciembre 2018). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/12/demandas-judiciais-saude.html>

RESUMO

A saúde configura um direito social com previsão na Constituição Federal de 1988 que deve ser garantido mediante políticas públicas de maneira universal e igualitária a todos sem distinção. Ocorre que, em razão da ineficácia do Estado, assim entendido como a União, os Estados e os Municípios, em sua prestação positiva, o Poder Judiciário é demandado para dirimir as questões individuais em saúde principalmente em ações que versam sobre a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos sem padronização no Sistema Único de Saúde (SUS), de alto custo ou em fase experimental. É cediço que o judiciário deve coibir a negligência do Estado frente às necessidades dos indivíduos. Contudo, o direito a assistência médica e farmacêutica (de saúde de uma maneira geral) depende do desenvolvimento de políticas públicas que a garantam de maneira distributiva e pautada pela universalidade e equidade, sendo eficaz a todos os cidadãos e não apenas àqueles de recorrem ao judiciário. Devem, portanto, as decisões judiciais seguirem parâmetros e requisitos mínimos para a solução das demandas sob pena de trazer inúmeros problemas orçamentários para a Administração Pública e ao Sistema Único de Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Direito Social. Ineficácia do Estado. Poder Judiciário. Demandas Judiciais.

ABSTRACT

Health constitutes a social right with foresight in the Federal Constitution of 1988 that must be guaranteed through public policies in a universal and egalitarian manner to all without distinction. It occurs that, because of the inefficiency of the State, understood as the Union, the States and the Municipalities, in its positive performance, the Judiciary is sued to settle individual health issues, mainly in actions related to the granting of medicines or medical

¹ Bacharel do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. O autor agradece ao Fundo de Apoio à Pesquisa (FAP) da UNIARP pelo apoio financeiro. E-mail: levi@uniarp.edu.br

treatments without standardization in the Unified Health System, high cost or in the experimental phase. It is imperative that the judiciary should restrain the neglect of the state in the face of the needs of individuals. However, the right to medical and pharmaceutical (health in general) depends on the development of public policies that guarantee it in a distributive manner and based on universality and equity, being effective to all citizens and not only to those of recourse to the judiciary. Therefore, judicial decisions must follow parameters and minimum requirements for the resolution of the demands, otherwise it will bring numerous budgetary problems for the Public Administration and the Unified Health System.

KEY-WORDS: Health. Social Law. Ineffectiveness of the State. Judicial power. Lawsuits.

RESUMEN

La salud configura un derecho social con previsión en la Constitución Federal de 1988 que debe ser garantizado mediante políticas públicas de manera universal e igualitaria a todos sin distinción. En el caso de los Estados Unidos, los Estados y los Municipios, en su prestación positiva, el Poder Judicial es demandado para dirimir las cuestiones individuales en salud principalmente en acciones que versan sobre la concesión de medicamentos o, tratamientos médicos sin estandarización en el Sistema Único de Salud (SUS), de alto costo o en fase experimental. Es cedido que el poder judicial debe cohibir la negligencia del Estado frente a las necesidades de los individuos. Sin embargo, el derecho a asistencia médica y farmacéutica (de salud de una manera general) depende del desarrollo de políticas públicas que la garanticen de manera distributiva y pautada por la universalidad y equidad, siendo eficaz a todos los ciudadanos y no sólo a los de recurrir al poder judicial. Por lo tanto, las decisiones judiciales deben seguir parámetros y requisitos mínimos para la solución de las demandas so pena de traer incontables problemas presupuestarios para la Administración Pública y el Sistema Único de Salud.

PALABRAS CLAVE: Salud. Derecho Social. Ineficacia del Estado. Poder Judicial. Demandas Judiciales.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DO PERFIL DAS DEMANDAS JUDICIAIS QUE VISAM DISPONIBILIZAR TRATAMENTO NÃO PADRONIZADO, DE ALTO CUSTO OU EXPERIMENTAL; 2. DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO E DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM O FORNECIMENTO DE TRATAMENTO NÃO PADRONIZADO, DE ALTO CUSTO OU EXPERIMENTAL; 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A saúde, entre outros direitos fundamentais sociais elencados pela Constituição Federal de 1988, figura como um direito que deve ser oferecido pelo Estado a todos os cidadãos. Partindo desta premissa e levando-se em consideração a crescente busca pelos serviços de saúde e a ineficiência do Estado em oferecê-los à coletividade, vê-se o aumento das demandas judiciais para garantir o direito individual do cidadão ao acesso a uma saúde de qualidade.

Dentre os que recorrem ao judiciário para garantir o pleno restabelecimento de sua saúde e que vêm agravado seus quadros clínicos em razão da demora do Estado em garantir o tratamento médico, cirúrgico ou medicamentoso necessário, encontramos aqueles que buscam o direito de recebimento de tratamentos não padronizado pelo Sistema Único de Saúde - SUS, de alto custo e/ou sem eficiência comprovada (tratamentos experimentais) pelos órgãos regulamentadores.

Assim, como consequência, evidencia-se o crescente aumento das demandas judiciais em saúde uma vez que, nestes casos, muito embora por razões justificáveis, são concedidas liminares cautelares pelo Juiz que obriga os entes públicos a prestarem o atendimento médico pleiteado antes mesmo da análise do mérito dos pedidos do Autor desta demanda.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, com a constitucionalização dos direitos sociais e fundamentais, surgiu o dever do Estado de prestá-los e o direito do cidadão de requerê-los. Assim, ante a deficiência na prestação dos serviços de saúde pelos entes públicos, aliado a crescente necessidade da população, têm-se como resultado o aumento das demandas judiciais em saúde.

O caos na saúde pública é assunto pautado constante nos mais diversos veículos de imprensa e mídias sociais. Outro assunto relacionado a prestação de saúde pelo Estado e que vem rotineiramente sendo divulgado pelos canais acima elencados, diz respeito ao dever do Estado em fornecer tratamento de alto custo, sendo alguns sem regulação definida.

Assim, o Poder Judiciário constantemente é instado a dirimir as questões de saúde ocasionando o fenômeno da judicialização da saúde. Como resultado o Judiciário acaba por interferir diretamente em questões administrativas e orçamentárias atribuídas ao Poder Executivo e, ao conceder tais tratamentos em desacordo com os órgãos de regulação e orçamento, para satisfazer questões individuais de saúde pode comprometer o oferecimento dos serviços de saúde a coletividade.

1. DO PERFIL DAS DEMANDAS JUDICIAIS QUE VISAM DISPONIBILIZAR TRATAMENTO NÃO PADRONIZADO, DE ALTO CUSTO OU EXPERIMENTAL

A saúde configura um direito previsto constitucionalmente que deve ser garantido mediante políticas públicas de maneira universal e igualitária a todos sem distinção.

Com orçamento limitado, e proveniente de recursos da Seguridade Social, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, os serviços em saúde no Brasil não foram oferecidos de maneira satisfatória a seus usuários o que acarretou em aumento das demandas judiciais que têm por objeto tanto a prestação de serviços padronizados no rol do Sistema Único de Saúde, como daqueles ainda não padronizados, de alto custo ou ainda em caráter experimental e, portanto, sem eficácia comprovada.

Acerca do tema, faz-se necessário o estudo das considerações feitas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em artigo intitulado Judicialização, Ativismo Social e Legitimidade Democrática.

Ao tratar sobre o tema “A Judicialização da Vida”, o Barroso (2017, p.3) afirma que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência

mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Afirma o Autor que a primeira grande causa da judicialização no Brasil foi a redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário sendo que este, nas suas palavras, “deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em um poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive me confronto com outros poderes”. (BARROSO, p.3)

Complementa o Ministro que atualmente há atualmente no Supremo Tribunal Federal uma nova geração de Ministros cuja investidura no cargo se deu após o fim do regime militar. Arelado a este fato, a reestruturação da democracia reavivou a cidadania e fomentou a informação e a consciência dos direitos em todos os segmentos da população que, por sua vez, passaram a questionar seus interesses perante os tribunais. (BARROSO, p.3)

Ainda expõe Barroso (2017, p.3) que “nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diversas partes do Brasil. A redemocratização, portanto, aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa contributiva para o aumento da judicialização, também apontada por Luís Roberto Barroso (2017, p.3), foi a “constitucionalização mais abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”.

Consoante Barroso (2017, p.3):

[...] constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

A terceira e última causa da judicialização, apontada pelo Ministro, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade no Brasil. Considerado um dos mais abrangentes do mundo é classificado como híbrido ou eclético e combina aspectos dos sistemas americano e europeu. Da influencia americana se extrai o controle incidental e difuso, onde qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto a ele submetido, caso a considere inconstitucional. (BARROSO, p.3)

Do modelo europeu, por sua vez, tem-se o controle por ação direta em que há a possibilidade de que determinadas matérias sejam levadas a imediata apreciação do Supremo Tribunal Federal. Além do que p artigo 103 da Constituição Federal permite que questões políticas ou moralmente relevantes podem ser levadas a tutela no Superior Tribunal Federal por inúmeros órgãos ou entidades público ou privadas. (CLENIO, NETO, 2015, p.163)

Finda a breve análise dos motivos que levaram a crescente judicialização no Brasil, passa-se às considerações sobre as demandas judiciais em saúde que, além do que foi exposto, também tem por causa ineficiência da prestação dos serviços de saúde pelo SUS.

Acerca do tema João Pedro Gebran Neto afirma que embora tenha havido significativos avanços deste “ambicioso programa de saúde”, o sistema convalece, dentre outros fatores, em razão do subfinanciamento público, da falha de gestão, da falta de fiscalização. (CLENIO, NETO, 2015, p.163)

Complementa o autor que:

Diante deste contexto, a judicialização da saúde se tornou um fenômeno que se multiplicou, a partir de liminares e antecipação de tutelas concedidas pelo Poder Judiciário, obrigando o Estado a prestar aquilo que esta nas políticas públicas, bem como atender reivindicações que não se acham cobertas por estas. (CLENIO, NETO, 2015, p.163)

Com o fim de se ver garantido o direito a saúde os seus titulares acabam por recorrer ao Poder Judiciário. Esta procura ocorre por duas frentes distintas, quais sejam, a individual, passando pela atuação de diversas instâncias judiciais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia. (MACHADO, 2008, p.76)

Em artigo publicado na Revista Direito Sanitário, Felipe Rangel de Souza Machado (2008, p.76) destaca a decisiva participação do Poder Judiciário como “instituição responsável pelo julgamento das questões referentes à concessão ou negação de determinado pleito”, devendo interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação.

Em relação aos grupos provocadores do Poder Judiciário, especifica o autor que:

O primeiro deles representa os interesses individuais, inserem-se neste campo a Defensoria Pública e os escritórios privados de advocacia. Sua demandas dizem respeito aos direitos que os indivíduos acreditam que o Estado deveria garantir e, geralmente relacionam-se à compra de determinados insumos necessário à manutenção ou recuperação da saúde dos indivíduos. O segundo grupo, composto basicamente pelo Ministério Público, representa os interesses coletivos. (MACHADO, 2008, p.76)

Em relação às decisões judiciais em processos que visam o fornecimento de medicamento e insumos pelo Estado de São Paulo, Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari (2007, p.103), desenvolveram uma análise destes processos judiciais no período de 1997 a 2004, e delinearam algumas considerações acerca das demandas judiciais em saúde neste Estado. O objetivo do estudo era analisar de que maneira o Judiciário garante o direito social a assistência farmacêutica por meio da prestação jurisdicional.

Os resultados demonstraram que a maioria das ações eram compostas por autores individuais representados por advogados particulares. Como justificativas para os pedidos têm-se o risco de vida do paciente, o medicamento prescrito ser o único capaz de controlar a doença, falta de condições financeiras, o direito a saúde ser um direito fundamental garantido por lei, entre outros. (MARQUES, DALLARI, 2007, p.103)

O Estado, por sua vez, réu nas ações de medicamentos alega em sua defesa que o pedido do autor não se enquadra nas políticas públicas de assistência farmacêutica ou que, nos casos aplicáveis, o medicamento pleiteado não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, além das limitações legais e orçamentárias a que está sujeito, entre outros. (MARQUES, DALLARI, 2007, p.104)

De acordo com o estudo em tela, os juízes ao proferirem suas decisões não levam em consideração os elementos da política pública de medicamentos. Tal constatação foi possível em virtude de houve a condenação do Estado em quase 100% dos casos estudados, havendo situações em que este foi condenado ao fornecimento dos medicamentos nos exatos moldes do pedido autoral, mesmo em casos em que o tratamento pleiteado sequer possuísse registro na ANVISA. As decisões possuem o viés único de reafirmar que o direito à saúde e assistência farmacêutica são integrais e universais a todo cidadão, sustentando que questões políticas não podem condicionar e disciplinar o exercício deste direito. (MARQUES, DALLARI, 2007, p.105)

O mesmo ocorre em outros Estados do país conforme evidencia-se no item 3.3 do artigo desenvolvido por Andréa Souto Martins Monteiro e Larissa de Paula Gonzaga e Castro (2018, p.1). Nele as autoras tratam do comportamento do judiciário brasileiro e verificam que as constatações delineadas em São Paulo por Badim e Dallari são as mesmas encontradas no Rio de Janeiro, Minas Gerais e Santa Catarina. (MONTEIRO, CASTRO, 2008).

A consequência deste fenômeno é o desequilíbrio na tomada de decisões sobre a definição das políticas públicas de saúde que atendem a coletividade e uma sobreposição das necessidades individuais em relação às necessidades da coletividade. (MARQUES, DALLARI, 2007, p.105)

Ocorre que, de acordo com Silvia Badim Marques (2008, p. 65-72), o Poder Judiciário não pode deixar sem resposta os casos que são levados à sua apreciação. Casos estes que implicam no enfrentamento de dilemas e decisões trágicas pois tratam-se de questões urgentes versando sobre o sofrimento e a vida das pessoas.

Diante do aumento no volume de ações, da complexidade do problema da prestação dos serviços públicos e o impacto gerado nas políticas públicas e no orçamento, o Supremo Tribunal Federal instaurou a 4ª Audiência Pública, em 28 de abril de 2009, com o fim de se estudar amplamente este tema. (CLENIO, NETO, 2015, p.164)

Como efeito deste encontro estabeleceu-se, de acordo com Gebran Neto (CLENIO, NETO, 2015, p.164), a fixação de diretrizes sobre o direito à saúde e a criação do Fórum Nacional da Saúde e dos respectivos Comitês Executivos estaduais da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa foi desenvolvida nos anos de 2013 e 2014, de abrangência nacional, que analisou o cenário da judicialização da saúde e a política judiciária no Brasil, com enfoque interdisciplinar e estratégia metodológica que permitiu a apresentação detalhada dos aspectos metodológicos e científicos do estudo e promoveu uma discussão, à partir dos dados coletados, dos resultados qualitativos e quantitativos obtidos. (CNJ, 2015, p.7)

Em sua parte introdutória, o relatório do estudo realizado evidencia que a saúde e o direito são temas muito politizados no Brasil e que passaram a relacionar-se entre si à partir da

promulgação da Constituição Federal de 1988 em razão dos constantes debates entre a sociedade civil e o Estado. (CNJ, 2015, p.9)

O estudo promovido pelo CNJ em conjunto com a LAPPIS/UERJ (2015, p.10) evidencia que, durante algum tempo, a atuação judicial era orientada pelo convencimento pessoal dos magistrados e as decisões judiciais não eram solidamente padronizadas e, como consequência, estas decisões solitárias dos magistrados não permitiam uma análise mais profunda da questão da saúde pública.

Em razão disto, o Judiciário buscou aprimorar-se no ato de julgar as ações em saúde e tem buscado uma padronização destas decisões para evitar que sejam atos solitários de magistrados. Assim, com o fim de se desenvolver ações coordenadas e estratégicas, o Conselho Nacional de Justiça, estimula de maneira mais sistemática a atuação deste poder, "buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde". (CNJ, 2015, p.10)

Exemplos apontados pelo relatório para desenvolver a política judiciária para a saúde vão desde a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde até a criação de Comitês Estaduais de Saúde e a formulação de recomendações que devem ser utilizadas pelos juízes na tomada de decisões das demandas que são levadas às suas apreciações. (CNJ, 2015, p.10)

Cita-se como exemplo desta orientação aos magistrados a Recomendação nº 31 publicada pelo CNJ em 2010 que, em virtude do grande volume de processos em saúde, "teve como objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública".(CNJ, 2015, p.10)

Além do grande volume de demandas, outro fator que motivou a criação da Recomendação nº 31 foi a carência de informações clínicas prestadas aos juízes a respeito do quadro de saúde dos autores das ações judiciais. A recomendação permitiu também o acesso da listagem de medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil previamente aprovados pela ANVISA, evitando com isso a concessão de medicamentos experimentais ou prejudiciais aos pacientes. (CNJ, 2015, p.10)

A referida recomendação garantiu também que os gestores públicos sejam consultados antes da concessão judicial. Esta reivindicação por parte dos gestores visava possibilitar o melhor gerenciamento das políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde. (CNJ, 2015, p.10)

A partir desta recomendação os magistrados passaram a instituir ações como a exigência de relatório médico, com descrição completa da doença, prescrição de medicamentos (sua denominação genérica ou princípio ativo), produtos, órteses, próteses e insumo em geral. (CNJ, 2015, p.10)

Determinou também que os juízes evitem o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA, aqueles ainda em fase experimental, com atenção as exceções previstas em lei. Estabelece também que os magistrados realizem visitas aos Conselhos

Municipais e Estaduais de Saúde e às unidades de saúde pública conveniadas ao SUS. (CNJ, 2015, p.10)

Como efeito desta resolução, houve o estímulo por parte do CNJ para que os tribunais realizassem convênios de apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos que lhes prestarão auxílio na análise das questões clínicas apresentadas. (CNJ, 2015, p.11)

Ainda em 2010, o CNJ publicou a Resolução nº 107, com o intuito de monitorar as demandas de assistência à saúde, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário (FNJ) que possui, entre suas atribuições, a obrigatoriedade de "elaboração estudos e propor medidas concretas para o aperfeiçoamento, reforço e efetividade dos processos judiciais, além de refletir sobre a prevenção de novos conflitos em matéria de saúde". (CNJ, 2015, p.12)

Após sua criação o FNJ organizou o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário, realizado também em 2010, que emitiu Declaração afirmando que o Judiciário exerce papel essencial para a garantia da cidadania e efetivação do direito à saúde e que os magistrados possuem grande influência nas políticas públicas de saúde. (CNJ, 2015, p.12)

2. DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO E DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM O FORNECIMENTO DE TRATAMENTO NÃO PADRONIZADO, DE ALTO CUSTO OU EXPERIMENTAL

Com a progressiva constitucionalização dos direitos sociais no Brasil, à partir de 1.988, associada a uma dificuldade de implementação destes direitos por parte do Estado, fez com que, para garantir a efetivação destes direitos, houvesse uma também um significativo aumento na procura das instituições jurídicas. (CNJ, 2015, p.9)

O mesmo ocorre com a judicialização do direito à saúde em que o Judiciário acaba por se tornar protagonista na efetivação deste direito, exercendo também influência no cotidiano da gestão da saúde a cada vez que é instado a decidir sobre demandas em saúde, seja em uma comarca de pequeno porte, seja no plenário do Supremo Tribunal Federal. (CNJ, 2015, p.9)

De acordo com Vinicius Pacheco Fluminhan (2014, p.125), recorre-se ao Poder Judiciário buscando-se a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos quando, não ocasionalmente, verifica-se que as barreiras de implementação destes direitos são decorrentes da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo que, seja por ausência de regulação total ou parcial, acabam por não suprir a necessidade daqueles que os elegeram.

O Autor afirma que, diante desse cenário e com a busca do Judiciário para atender as demandas em saúde, este além de garantir a efetivação destes direitos passou a intervir direta e indiretamente nas políticas de saúde pública. (FLUMINHAN, 2014, p.125)

Diante disso, o Autor promove uma análise sobre a intervenção judicial no Sistema Único de Saúde com indagações sobre o impacto das decisões sobre a gestão da saúde pública que visam o atendimento difuso e coletivo para dar atendimento a demandas individuais e, ainda, sobre interferência destas decisões no orçamento destinado a saúde. (FLUMINHAN, 2014, p.128)

Para justificar tal interferência e admitir a possibilidade de ativismo do Judiciário na atuação das políticas públicas na área da saúde, sem que se configure ofensa ao princípio da

separação dos poderes, Vinícius Pacheco cita José Antônio Remédio e Moacir Menozzi Junior, defensores desta atuação do Judiciário, uma vez que tem por escopo a garantia dos direitos fundamentais. (FLUMINHAN, 2014, p.129)

De acordo com Fluminhan (2014, p.130), "as políticas públicas em geral são passíveis de controle judicial toda vez que interesses ou direitos já consagrados na Constituição forem ignorados pelas demais instâncias do poder".

O fato é que "a ascensão do Judiciário como arena de debate político e social e do processo como seu veículo também decorre da leniência dos Poderes majoritários e do desinteresse calculado pelo descolamento de certas questões da arena política ao foro judicial". Assim, como consequência, "a tendência é que cada vez mais juízes sejam compelidos a tratar de temas que, originalmente, não deveriam lhes dizer respeito, senão para corrigir falhas dos demais Poderes". (SABINO, 2016, p. 124)

Complementa Fluminhan (2014, p.130) que, "a possibilidade aberta ao Judiciário deve ser excepcional e acompanhada da devida cautela" e este deve estar atento e identificar se a pretensão judicial é benéfica para toda a coletividade. Além disso, os Tribunais não podem deixar de considerar dados técnicos, científicos e econômicos quando postos a julgar as demandas relativas as políticas públicas, entre elas a saúde.

Como as demandas judiciais que versam sobre saúde, geralmente, dizem respeito a casos em que o jurisdicionado necessita do medicamento, cirurgia ou transplante, fatos estes que trazem a estes processos o caráter da urgência, não ocasionalmente este sai do foro com a determinação positiva a seu favor. (SABINO, 2016, p. 169)

Ante a urgência apresentada, a sentença confirmatória de uma ordem liminar é consequência quase certa, uma vez que, o magistrado parte da premissa da existência de um direito subjetivo representado pelo dever do Estado em prover saúde, como o jurisdicionado não a tem, deve o Judiciário suprir a omissão do Poder Público, determinando que este supra essa omissão e adotando as providências necessárias. (SABINO, 2016, p. 170)

Diante disso, em pesquisa realizada em demandas judiciais no Estado de São Paulo em 2013, Sabino constatou que 99,59% dos julgamentos seguiram o argumento exposto acima, configurado como argumento linear, e houve concessão do direito pleiteado. (SABINO, 2016, p. 172-173)

Ocorre que, conforme entendimento de Dworkin *apud* Sabino (2016, p.75), constitui um erro apoiar-se simplesmente neste argumento linear, uma vez que ele desconsidera as demais temáticas envolvidas igualmente relevantes, como por exemplo, a demonstração por parte do Poder Público das políticas públicas desenvolvidas para fazer frente às necessidades de outras pessoas com problemas semelhantes.

Não se tece questionamentos sobre a possibilidade de atuação do Poder Judiciário quando esta decorre de demandas que simplesmente requerem a efetivação de políticas públicas existentes mas que foram negadas ao cidadão, sendo tal entendimento já pacificado pela jurisprudência da Suprema Corte. Nestes casos, no entanto, é pressuposto à

judicialização a tentativa de obter administrativamente o tratamento necessário, bem como ter havido a negativa do seu oferecimento por parte do Estado. (FOGAÇA, 2017, p. 106-108)

No que diz respeito aos debates acerca do direito individual em detrimento do coletivo, defende-se que a saúde do indivíduo pode ser considerada um bem primário indispensável ao seu pleno desenvolvimento e ao de toda a sociedade e portanto, os conflitos envoltos neste tema devem ser avaliados e solucionados de acordo com o critério de equidade. Assim, os julgamentos de ações individuais devem levar em consideração eventuais efeitos negativos para a coletividade nas decisões que obriguem a Administração para evitar o comprometimento da continuidade do sistema público de saúde. (FOGAÇA, 2017, p. 112)

Já em relação aos medicamentos e terapias experimentais, mesmo sob alegações de excessiva burocracia por parte da ANVISA para incorporar novas terapias ao Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento majoritário entre os oradores presentes na audiência pública, entendendo que tais medicamentos, principalmente aqueles que não foram aprovados por qualquer órgão competente, seja nacional ou internacional, não poderão ser oferecidos pelo Poder Público e tampouco concedidos pelo Poder Judiciário. (FOGAÇA, 2017, p. 100)

Outro ponto defendido da audiência, e que também já é tema pacificado no Supremo Tribunal Federal, é de a definição de uma solidariedade de todos os entes da federação nas condenações proferidas pelo Poder Judiciário não é a mais razoável, uma vez que deixa de levar em consideração as competências legalmente estabelecidas. Assim, em respeito à organização do SUS e em razão dos impactos provocados pelas decisões proferidas, em especial aos pequenos municípios, o julgador deve se atentar para que os efeitos da condenação recaiam sobre o ente que efetivamente descumpriu a sua atribuição legal. (FOGAÇA, 2017, p. 130)

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Ao passar para a análise jurisprudencial sobre o tema da judicialização da saúde, deve-se destacar o fundamental papel do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao longo do tempo, evoluiu dialeticamente nas questões que envolvem os juízes e o fornecimento forçado de ações e providências de saúde. (SABINO, 2016, p. 180)

Destacam-se três momentos na jurisdição do STF em relação a este tema. Inicialmente, a Corte discutia se o Judiciário poderia interferir em políticas públicas. Num segundo momento, ultrapassada a primeira questão e já em fase de amadurecimento, o STF passou conceder medidas com base no argumento linear. Finalmente, a Suprema Corte compreendeu que o uso do argumento linear não bastava e que os casos relativos a saúde "eram muito mais complexos e multifacetários do que a aplicação pura, simples e combinada dos artigos 6º, 196 e 197 da Constituição". (SABINO, 2016, p. 180)

De acordo com Sabino, "na maior parte dos julgados da primeira e segunda fase, as questões inerentes a cada uma delas acabavam surgindo, pois se é eficaz e sindicável o direito social, solução não haveria senão, reconhecida a violação, concedê-lo" (argumento linear).

Segue o Autor que neste sentido, “a diferença da primeira para a segunda fase é a intensidade dos argumentos utilizados de uma para a outra, sendo que as fronteiras temporais de ambas são difusas”. (SABINO, 2016, p. 180)

Oportuno mencionar que foi na década de 90, à partir das demandas de pacientes requerendo medicamentos retrovirais para o tratamento do HIV (vírus da inumodeficiência adquirida), que se iniciou o processo de judicialização da saúde no Brasil, sendo o Judiciário, naquele momento, uma das únicas alternativas de acesso destes pacientes aos medicamentos ainda não presentes na listagem oficial. (FOGAÇA, 2017, p. 83)

Já na terceira fase, conforme exposto por Sabino, o Presidente do STF asseverou que a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas não era derivada, em sua maioria, “de casos de omissão absoluta da Poder Público, mas de descumprimento das políticas já existentes”. No entanto, não raras as vezes, os comandos judiciais relativos à matéria, contrastavam com as políticas previstas e executadas e extrapolavam o orçamento. (SABINO, 2016, p. 183)

Com isso, nossa Suprema Corte passou a inadmitir a aplicação do argumento linear nas apreciações das demandas judiciais das políticas de saúde. Segue o Autor, sintetizando o despacho da audiência pública, que haverá direito público subjetivo de ação se a política demandada for fornecida pelo SUS. No entanto, caso inexistente tal política, será necessário investigar se ela se dá por omissão legislativa ou administrativa ou ainda de vedação legal. Se enquadraria neste último os medicamentos e terapias experimentais, sem registro na ANVISA, que não podem ser disponibilizados em mercado por força do disposto no artigo 12 da Lei nº 6.360/76 (lei que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências), que tornavam inaptos, segundo o Ministro a serem demandados judicialmente, salvos nos casos excepcionais previstos na Lei nº 9.782/99 (lei que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências). (SABINO, 2016, p. 181)

O Superior Tribunal de Justiça em análise do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ³, realizado em 26 de maio de 2018, firmou posicionamento no sentido de impor aos entes federativos a obrigatoriedade em fornecer medicamentos não incluídos na lista do SUS, desde que verificados três requisitos, quais sejam: a comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; a incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e existência de registro do medicamento na ANVISA. (STJ, 2018)⁴

³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156/RJ. Acesso em 26 mai 2018. p.1

⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156/RJ. Rel. Min. Benedito Gonçalves. j em 25 abr 2018, DJ 04 mai 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8286>

No entanto em decisão interlocutória proferida nos autos nº 0305436-89.2018.8.24.0033 pela magistrada da Comarca de Itajaí, Santa Catarina, afastou o entendimento do STJ que, entre outras alegações, a aplicação do referido acórdão em toda e qualquer demanda judicial sem a devida apreciação do caso pelo magistrado faz com que o Judiciário invada a esfera administrativa e atue como gestor orçamentário. Outro efeito é que sua atuação acaba por atender os interesses da pessoa devidamente identificada no processo judicial em detrimento da "pessoa sem rosto, sem nome, sem defesa, sem acesso ao Judiciário, dependente das políticas públicas de saúde". (TJSC, 2018) ⁵

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1.988 prevê em seu texto um rol de direitos sociais que constituem em prestações positivas do Estado, especifica ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado. Assim, a doutrina entende que a redemocratização do Brasil, além de sedimentar os direitos sociais e fundamentais, foi responsável pelo fortalecimento e expansão do Poder Judiciário concomitantemente a consolidação institucional do Ministério Público e a crescente presença das Defensorias Públicas, que permitiu a maior atuação destes em diversas partes do Brasil.

A maior abrangência da constituição permitiu que matérias inseridas no texto constitucional e que antes eram de responsabilidade do processo político majoritário e da legislação ordinária passassem a possuir eficácia imediata. Por fim, o controle de constitucionalidade permite que uma vez desrespeitada a norma constitucional ela será passível de controle pela corte suprema do Brasil.

Associado a isto, outra causa ensejadora da judicialização é a ineficiência do Estado no seu dever prestacional que, por sua vez, muito se dá em razão da insuficiência de recursos. Ocorre que, uma determinação judicial que impõe ao Estado a entrega de um medicamento ou a realização de um procedimento deverá ser cumprida independentemente da existência ou não de recursos.

Assim, imprescindível que o Poder Judiciário ao ser instado a dirimir questões que envolvem a prestação de saúde àquelas pessoas individualizadas em um processo judicial, o faça seguindo parâmetros e requisitos mínimos, sob pena de abalar ainda mais já ineficiente sistema público de saúde que deverá dar atendimento a toda a coletividade quando, ao não seguir tais parâmetros e requisitos, poderá afetar ainda mais o financiamento público destinado à saúde.

REFERÊNCIAS

9018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 26 mai 2018. p.1

⁵ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Decisão Interlocutória Autos nº 0305436-89.2018.8.24.0033**. Juiz(a) Sônia Maria Mazzetto Moroso Teres. Decisão de: 16/05/2018. Autor: L.L.P.. Réu: Município de Itajaí e outro. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0054Q1E0000&processo.foro=33&uuiidCaptcha=sajcaptcha_96241665c7354e9c8c24ac158fa85ebd. Acesso em 26 mai 2018. p.1

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156/RJ. Acesso em 26 mai 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156/RJ. Rel. Min. Benedito Gonçalves. j em 25 abr 2018, DJ 04 mai 2018. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Decisão Interlocutória Autos nº 0305436-89.2018.8.24.0033**. Juiz(a) Sônia Maria Mazzetto Moroso Teres. Decisão de: 16/05/2018. Autor: L.L.P.. Réu: Município de Itajaí e outro. Disponível em:
https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0054Q1E0000&processo.foro=33&uidCaptcha=sajcaptcha_96241665c7354e9c8c24ac158fa85ebd. Acesso em 26 mai 2018

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática. Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiência**. Felipe Dutra Asensi; Roseni Pinheiro (coords). 2015

CLENIO, Schulze, NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde a luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015

FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno. **Judicialização da saúde e audiência pública no STF: soluções e conflitos a luz do diálogo social**. Curitiba: Juruá. 2017. *e-book*.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus Tribunais: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima**. Curitiba: Juruá, *e-book*. 2014.

MACHADO, Marina de *apud* MONTEIRO, Andrea Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. Judicialização da saúde: causas e consequências. Disponível em
<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20CAUSAS%20E%20CONSEQUENCIAS%20ANDREA%20SOUTO%20MARTINS%20MONTEIRO.pdf>

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista Saúde Pública**. p. 102-10, 2007. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/viewFile/32199/34304>.

MONTEIRO, Andrea Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. Judicialização da saúde: causas e consequências. Disponível em
<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20CAUSAS%20E%20CONSEQUENCIAS%20ANDREA%20SOUTO%20MARTINS%20MONTEIRO.pdf>

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Saúde & judiciário**. limites, excessos e remédios. Curitiba: Juruá, 2016. *e-book*.