

RESUMO EXPANDIDO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A NECESSIDADE EM AINDA SE REAFIRMAR O ÓBVIO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alana Alves Santos*

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, um novo paradigma: o do Estado de Direito Democrático. Paradigma esse importante para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, constituindo como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Desde a universalização do direito à saúde, consagrada pelo art. 196 da Constituição Federal, e a regulamentação do Sistema Único de Saúde, através das Leis nºs 8.142/1990 e 8.080/2019 (Brasil, 1990; 2019), passaram-se mais de trinta anos de evolução da sociedade e modernização do direito.

Mesmo com toda sistematização, regionalização e hierarquia pela forma na prestação da saúde e os diversos estudos publicados pela doutrina, ainda nos encontramos em um cenário pendente de uniformização jurisprudencial e insegurança jurídica, que junto dos conceitos jurídicos abstratos e dos relatórios médicos não fundamentados, impulsionam o aumento da judicialização da saúde e o ativismo judicial via decisões enviesadas.

A análise dos paradigmas do Estado Democrático de Direito e da universalização da saúde devem ser considerados numa perspectiva histórica, desde o estudo do Estado Liberal até a atualidade, uma vez que a sua conceituação vem sendo composta ao longo dos anos.

Para compreender os referidos paradigmas faz-se necessário primeiramente o esclarecimento do próprio conceito de paradigma, em que, na ótica kuhniana, é visto cientificamente e se define como teoria ou sistema dominante, por um tempo,

* Assessora no Juizado Especial de Itabira. Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil e Pós-graduação em Direito Constitucional *E-mail:* alana.santos@tjmg.jus.br.

numa área científica em particular. O significado de paradigma se dá como “modelo ou padrão aceitos” e “matriz disciplinar” (Kuhn, *Estrutura das Revoluções Científicas*, p. 218).

Historicamente, destaca-se primeiramente o paradigma do Estado Liberal, que tem seu surgimento principalmente com a Revolução Francesa de 1789, e é caracterizado pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Além disso, a revolução trouxe consigo uma nova forma de governar, visto que, para impedir o exercício arbitrário do poder, os chamados “direitos de primeira geração” - direitos fundamentais de caráter individual - foram reconhecidos constitucionalmente de forma máxima, exigindo do Estado uma postura negativa, ou seja, uma omissão Estatal para que não invadisse a esfera individual do cidadão (Barros, 2009).

O Estado Liberal, por sua vez, trouxe uma série de distorções de natureza social para a sociedade. Mesmo sendo fundamentais, os direitos de primeira geração não eram capazes de minimizar as desigualdades trazidas pelo modelo liberal. Dessa forma, em resposta às reivindicações da sociedade de massa, após a Primeira Guerra Mundial, com a promulgação de constituições sociais, como a do México (1917) e da Alemanha (Constituição de Weimar, 1919), são implementados os chamados “direitos de segunda geração” - direitos culturais, econômicos e sociais, enfatizando-se a liberdade. Passam a ser garantidos pelo Estado direitos como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer. Por meio de uma atuação positiva em prol dos cidadãos, o Estado implementava políticas governamentais para garantir o mínimo de bem-estar a população (Habermas, 1997).

Em resposta às reivindicações da sociedade de massa, ou seja, da vontade popular, surge, no século XIX, o então chamado Estado Social. Por meio de uma atuação positiva, a esfera pública ganha destaque, e o Estado, para alcançar o objetivo do bem-estar social, garante mais direitos com a criação de políticas governamentais. Todavia, o Estado Social, não alcançou a diminuição da desigualdade social e nem a efetiva participação popular e democrática no processo político. (Pelegri, 2009).

Assim surge o Estado de Direito Democrático, em que são garantidos os denominados “direitos de terceira geração”, que são compreendidos como direitos e interesses difusos, como o direito a um meio ambiente saudável, por exemplo. Além do mais, o novo paradigma busca uma democracia que não está presente no Estado Social.

No Estado de Direito Democrático, o poder político emana do povo, que é legitimado para construir e validar as normas jurídicas. O próprio povo é o principal destinatário do direito, pois a pessoa deve ser promotora de dignidade para si e para os outros. Assim, também todas as pessoas jurídicas devem ser agentes promotoras de dignidade humana.

Portanto, a perspectiva do Estado Democrático de Direito busca trazer uma sociedade participativa, no âmbito de um Estado pluralista, atuando como controladora deste Estado. Os direitos de primeira, segunda e terceira geração, são vistos como um complexo de direitos, não havendo possibilidade de garantir um em detrimento de outro. Sendo a sociedade pluralista e multicultural, o referido paradigma terá como objetivo reconhecer todas as especificidades sociais, até as minoritárias, para a própria construção de sua autoidentidade (Habermas, 1997).

Nessa conjuntura de direitos fundamentais, fomentada pelas revoluções sociais, nascem os princípios primordiais do sistema de saúde público brasileiro: universalidade, integralidade e equidade.

Todavia, o percentual orçamentário destinado a cada ente para saúde acabou por limitar o alcance da universalidade, sendo que, na medida em que se buscava alcançar a saúde como direito de todos, dever do Poder Público e redução das disparidades sociais, aumentavam os problemas enfrentados pelo gestor público, notadamente os relacionados ao orçamento, de modo que a judicialização da saúde aumentou consideravelmente ante o desejo de tratar tal direito social como absoluto.

Foi justamente o que se entendeu sociologicamente durante muito tempo, como nos precedentes superiores. Nesse sentido, houve uma interpretação de que deveria se conceder tudo a todos, e que o sistema de saúde se tratava de um direito fundamental e não social.

Verificou-se, na verdade, uma interpretação constitucional que se esquecia da previsão da regionalização e hierarquização da rede, das ações e dos serviços de saúde, que estão atrelados às atribuições administrativas de perquirir a melhor maneira de garantir a eficiência, a eficácia e a efetividade do SUS, na maioria das vezes com recursos escassos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido *mediante políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Brasil, 1988, grifo nosso).

Como já ressaltado, o direito à saúde não se trata de tema novo, muitos são os estudos que questionam o limite orçamentário, a reserva do possível, o ativismo judicial, a necessidade de evidências científicas e a existência de decisões fundamentadas por conceitos indetermináveis. Não obstante, não são suficientes fazer se desapegar do conceito/histórico de direito fundamental.

Assim, buscando ainda evitar o contágio da parcialidade no judiciário, restaram necessários se aprimorar e uniformizar os meios de análise das demandas em face do Estado para prestação de tratamentos médicos, razão pela qual até hoje ainda são editadas teses pelos tribunais superiores e em todo país.

À vista disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constituiu um grupo de trabalho que resultou na instituição do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde, do qual, dos enunciados formulados, destaca-se o n° 14, que funciona como resumo do que se concluiu até agora neste estudo, e sua orientação que consagra o disposto no art. 196 da Carta Magna: o princípio da deferência dos atos administrativos, tanto no viés da separação dos poderes, quanto no viés da complexidade da regionalização e hierarquia da rede especializada da saúde, como se vê:

Enunciado n° 14: Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ - Recurso Especial Resp. n° 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1a Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106) (Brasil, 2019).

Verifica-se ainda que o enunciado vai ao encontro do Tema 106, no qual restou definida tese de que deveria ser demonstrada a imprescindibilidade do medicamento e a necessidade de usar especificamente esse não padronizado, definindo os seguintes requisitos para a concessão de medicamento fora da rede:

- i) 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;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência (Brasil, 2018).

Nota-se que a obviedade do Tema 106 precisou ser reforçada, face ainda a um juízo equivocado de ponderação presente em abundância no nosso ordenamento jurídico, no qual é óbvio que a dignidade da pessoa humana, conceito jurídico abstrato, irá prevalecer em uma análise contra o Estado.

Todavia, precisa-se compreender que não se deve discutir a opção valorativa da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, mas sim que existe todo um regramento sobre isso, uma série de decretos e resoluções, inclusive uma Comissão – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no Sistema Único de Saúde (Conitec) – que veio para trazer balizas mais racionais e objetivas.

Essencial ainda se incorporar a ideia de saúde como direito social e seus limites objetivos e que qualquer decisão, em alguma medida, acarretará algum tipo de injustiça, e com a saúde não seria diferente. A questão sobre a qual refletir é que a nossa Constituição propõe um projeto de saúde para todos (ricos e pobres) e de forma igualitária (o mesmo tratamento para todos), mas em um ambiente de escassez, não cabe ao judiciário pular os critérios previamente estabelecidos para se chegar ao tratamento pretendido (muitas vezes individual), quando na grande maioria das vezes nem sequer há tratamento comprovado para o caso.

Ou seja, em muito dos casos, e não se olvida que existem casos com muitas particularidades, ao se analisar o relatório médico anexado, exaure-se que não é possível se atestar se o protocolo clínico estabelecido, resultado de inúmeros estudos e análises regionais, sequer foi seguido.

Portanto, conclui-se que a judicialização da saúde na maioria dos casos viola o princípio da deferência já no momento da petição inicial ao se mobilizar a máquina estatal judicial sem atender os mínimos dos requisitos, quais sejam demonstrar objetivamente que o protocolo estabelecido foi seguido.

REFERÊNCIAS

BARACHO JUNIOR, José Alfredo. *A interpretação dos Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*. 2 ed. Editora Del Rey, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Enunciado nº 14. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em:

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Judicialização e Sociedade: Ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Brasília, DF: 2021. Disponível em: acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 530/2023*. Institui a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde, que estabelecediretrizes para o planejamento de ações no âmbito do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) e o seu respectivo Plano Nacional (2024 – 2029). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330>. Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm). Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial nº 1.657.156/RJ*. Administrativo. Recurso Especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 25 abr. 2018. Diário de Justiça Eletrônico: 04 mai. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018. Acesso em: 20 jan. 2024.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flavio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide – Enfoque Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, ano 2, p. 101-113, jan./mar. 1977.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira, 2003.