

A judicialização do direito à saúde

Judicial interference in health rights

Guilherme Dias Gontijo¹

RESUMO

¹ Advogado. Belo Horizonte, MG – Brasil

O direito à saúde está previsto na Constituição da República de 1988 como um direito fundamental plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata. A impossibilidade do Sistema Único de Saúde atender às necessidades sanitárias da população desencadeou, no Brasil o fenômeno das demandas judiciais de procedimentos propedêuticos ou terapêuticos não incorporados pelo Sistema. O presente trabalho busca refletir sobre os paradoxos da interferência do Poder Judiciário como o novo meio de efetivação do direito à saúde, analisando o conflito entre a necessidade de efetivação da tutela de interesses individuais ou coletivos. Conclui-se que somente com mais eficiência na formulação de políticas públicas, com proposição de critérios e parâmetros de monitoramento, baseados em evidências científicas, será efetivada a garantia do uso e acesso racional às tecnologias ou aos medicamentos, sem a necessidade da intervenção do Judiciário, evitando-se, igualmente, que o acesso a serviços de saúde se transforme em mais um fator de iniquidade.

Palavras-chave: Decisões Judiciais; Assistência Farmacêutica/legislação & jurisprudência; Direito à Saúde/legislação & jurisprudência; Equidade em Saúde.

ABSTRACT

The citizen's rights to health care are within the Brazilian Constitution of 1988 as a fundamental right efficient and of immediately application. Since the Brazilian Health System – SUS – does not provide all the sanitary necessities of population, citizens are demanding in the Supreme Court (Judiciary Power) the cost of procedures or treatments which the SUS does not offer. The survey aims to analyze and brings questions and light to the issue of the Supreme Court acting to give citizens their Constitution rights of health care and treatment, analyzing the conflict between individual rights and society necessities. The survey build the conclusion that only a more efficient public policy with the creation of criterions and parameters to monitoring, based in clinical evidences, could granting the access to treatment and medication and will stop the usage of the Supreme Court as a way to give the community its Constitutional rights. By the way, it could avoid that the access to Health System become a factor of inequity.

Key words: *Judicial Decisions; Pharmaceutical Services/legislation & jurisprudence; Right to Health/legislation & jurisprudence; Equity in Health.*

Recebido em: 03/11/2009
Aprovado em: 15/10/2010

Instituição:
Faculdade de Direito, UFMG. Belo Horizonte, MG – Brasil

Endereço para correspondência:
Rua: Pernambuco, 453, sala 611
Belo Horizonte, MG – Brasil
CEP: 30130-150
E-mail: guidigon@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 representa, no ordenamento jurídico brasileiro, importante alteração do tratamento concedido pelo Estado à sociedade, uma

vez que garantiu e consolidou genericamente os chamados direitos de segunda geração – econômicos, sociais e culturais –, bem como preconizou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).¹

Na área da saúde, salientaram-se as garantias individuais e coletivas tratadas como um verdadeiro direito fundamental². A regulamentação da matéria constitucional foi promovida pela Lei Orgânica da Saúde, que idealizou o Sistema Único de Saúde – SUS, concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, proporcionados por órgãos e instituições públicos.

Após duas décadas, observa-se, entretanto, que somente parte das diretrizes do SUS foi implantada, uma vez que o Sistema, com raras e isoladas exceções, opera com sérios problemas estruturais, marcado por filas de espera na atenção secundária, emergências lotadas e com o atendimento público no nível primário limitado preponderantemente à população de baixo poder aquisitivo. Não se efetivou pelo Ministério da Saúde, ademais, sistema específico de avaliação, administração e monitoramento.

Nesse contexto de precariedade e insuficiência da assistência à saúde pública, aliado à incapacidade do modelo operacional do SUS, pela sua própria abrangência e complexidade, de concretizar o direito à saúde, avoluma-se o ajuizamento crescente de ações judiciais para garantia infraconstitucional de cumprimento e efetivação das políticas públicas referentes ao direito à saúde. Esse fenômeno, denominado judicialização da saúde refere-se, então, às inúmeras demandas judiciais em que são exigidos tratamentos, concessão de medicamentos ou acesso às tecnologias não incorporados pelo Sistema Único de Saúde.

Entre 2004 e 2007, houve aumento de 1.030% no número de ações judiciais para a concessão de medicamentos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.³ Estudo recente revelou, ainda, que entre 2003 e 2005, Minas Gerais foi o estado com maior volume de demandas (27%)⁴. Estas, quando deferidas, restringem o direito à saúde à mera oferta de medicamentos, desconsiderando as outras ações de promoção, prevenção e reabilitação. Além disso, podem acarretar desequilíbrio orçamentário à Administração Pública, o que compromete o funcionamento do próprio estado e não apenas da estrutura do Sistema de Saúde.

Necessário, ainda, ponderar sobre a orientação jurisprudencial majoritária do Supremo Tribunal Fe-

deral pela garantia de concessão irrestrita de remédios como “dever constitucional que o estado não pode deixar de cumprir”.⁵

A implementação de políticas públicas que concretizem a previsão constitucional de acesso universal e integral ao direito à saúde demanda criterioso planejamento econômico, a fim de submeter as prestações materiais à dotação orçamentária dos entes públicos. O presente trabalho pretende, pois, refletir sobre os paradoxos da interferência do Poder Judiciário como o novo meio de efetivação do direito à saúde, bem como o papel do Estado e dos profissionais da saúde no atendimento às necessidades sanitárias.

DIREITO À ASSISTÊNCIA À SAÚDE – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A principal fonte jurídica da consolidação dos direitos sociais é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabeleceu, em seu artigo XXV, que todo homem deve ter um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar social. Some-se a isso o debate nacional sobre a necessidade de ampliação da prestação de serviços públicos, ensejado pelo movimento dos médicos sanitários e redemocratização da política brasileira, em face do poder constituinte originário de 1988.

A Constituição, refletindo tais influências, efetivou a regulamentação da saúde como direito fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata⁶, ou seja, já está apto a produzir todos os seus efeitos, independentemente de posterior regulamentação legislativa, não estando mais restrito aos contribuintes da Previdência Social inseridos no mercado formal de trabalho.⁷

O artigo 6º estabelece ser a saúde um direito social, “[...] de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”⁸ Contudo, estudo⁹ que avaliou as demandas judiciais no município de São Paulo revelou que 74% dos pacientes que demandaram e receberam medicamentos por meio de determinação judicial residem em áreas com ausência ou baixa vulnerabilidade social, ou seja, a população com mais poder aquisitivo é que está sendo beneficiada pelas ações judiciais.

O art. 196 da Constituição estabelece o acesso universal e igualitário à saúde como direito de todos e

dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução ao risco de doenças e agravos. O art. 197, por sua vez, reconheceu que as ações e serviços de saúde apresentam relevância social, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. A Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, idealizando o Sistema Único de Saúde – SUS com base em três princípios: universalidade do atendimento, equidade e integralidade (art. 7º).

A universalidade do atendimento refere-se à ideia de que todos têm direito à saúde, sendo esse um direito inerente ao próprio cidadão e dever do Estado. A equidade, contudo, já postula a diferença, já que, se todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido segundo suas necessidades, reconhece-se o imperativo de tratar desigualmente os desiguais. A integralidade de assistência pode ser entendida como o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais ou coletivos, com vistas ao atendimento das necessidades de saúde do indivíduo, em todos os níveis de complexidade do sistema.

Observando-se exclusivamente os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde, incumbiria às entidades públicas não só a responsabilidade de execução de políticas de saúde, mas também a plena responsabilidade pela gestão de um Sistema que efetivamente atenda, universal e integralmente, qualquer demanda da população relativa à assistência à saúde para a totalidade da população. Talvez seja utopia imaginar a possibilidade de concessão de toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe nem mesmo nos países de melhor condição econômica.¹⁰

Os procedimentos incluídos na atenção básica apresentam-se restritos, uma vez que o Sistema, contrariando seus próprios fundamentos e objetivos, ainda está focado no combate às doenças e não na prevenção. Há, simultaneamente, dificuldade de acesso à assistência de média e alta complexidade, em razão da concentração desses serviços somente em alguns municípios. Apesar de o Ministério da Saúde promover a capacitação do quadro de profissionais e políticas públicas na área, na prática os gestores do SUS adotam diferentes procedimentos para a inclusão de inovadoras tecnologias, sem acolher referenciais das necessidades de saúde, do orçamento público, das

responsabilidades de cada ente federativo, além dos princípios de equidade, universalidade e integralidade que fundamentam a atenção à saúde no Brasil. Nesse sentido, relatório técnico de consultoria para o QualisUS/MS: “o Brasil como um todo, e o SUS em particular, não dispõe até o momento de um sistema estruturado de avaliação e gestão de tecnologias em saúde. Os gestores do SUS adotam diferentes processos, em geral pouco rigorosos e sistemáticos, para a incorporação de tecnologias. O resultado é uma grande ineficiência e irracionalidade na incorporação de tecnologias e na distribuição dos recursos tecnológicos em nível nacional”.¹¹

O PAPEL DO PODER PÚBLICO

A norma do art. 196 impõe ao Estado a obrigação de garantir a saúde a todos, mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doenças e agravos. Contudo, ante a possibilidade de as políticas públicas nem sempre atenderem às necessidades básicas da população, passou-se a exigir do Estado procedimentos dispendiosos não incorporados pelo Sistema, incumbindo ao Poder Público supostamente a obrigação de fornecer gratuitamente acesso universal e integral à saúde.

Os tribunais superiores pátrios defendem majoritariamente que seriam ofensivas ao preceito da obrigatoriedade garantia universal e integral à saúde quaisquer normas administrativas (políticas públicas) que limitem a prestação integral e universal à assistência à saúde. Cite-se, nesse sentido, trecho de decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.⁵

Diante de tal contraposição do direito à vida e à saúde na esfera individual e coletiva, deve-se ponderar ser a garantia de assistência à saúde individual, atualmente, um obstáculo às necessidades de toda a população, constituindo um equívoco considerar o não fornecimento de determinado serviço como miti-

gação do próprio direito do cidadão à saúde. A suposta obrigação do Estado à plena assistência médica a determinado cidadão pode culminar na insuficiência de recursos para o tratamento de outros, razão pela qual a matéria deveria ser apreciada de forma cautelosa, por se referir à priorização de direitos de alguns cidadãos em despeito aos dos demais, privilegiando o indivíduo e não a coletividade.

A Administração Pública, ao ser constrangida pelo Poder Judiciário a prestar, indiscriminadamente, atendimento médico e assistência farmacêutica, pode sofrer grave desequilíbrio orçamentário, comprometendo o funcionamento do próprio Estado e não apenas da estrutura do SUS, uma vez que o cumprimento das decisões judiciais estabelecem prestações materiais nem sempre submetidas à dotação orçamentária dos entes públicos. Ou seja, tendo em vista a reserva do possível e a competência orçamentária do legislador, os direitos prestacionais encontram-se limitados aos recursos econômicos efetivamente disponíveis para a concretização da assistência à saúde. Se, de um lado, o acesso a medicamentos é fundamental na garantia do direito constitucional à saúde, por outro tornou-se motivo de preocupação pela evolução dos gastos. Estudo realizado em 2007 revelou descompasso entre gastos com saúde e com medicamentos na esfera federal: enquanto os gastos totais com saúde aumentaram em 9,6%, aqueles com medicamentos tiveram incremento de 123,9% no período de 2002 a 2006.¹²

Diante da necessidade de acesso universal igualitário, bem como da relevância da preservação do direito à vida e à saúde, as decisões judiciais deveriam estar sempre em conformidade com os interesses maiores da coletividade, incumbindo ao magistrado perquirir os impactos orçamentários de suas decisões, bem como a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Dessa forma, a eficiência na assistência gratuita e universal não se confunde com a oferta indiscriminada de qualquer tipo de procedimento tecnológico à população, impondo organização administrativa para que os recursos sejam adequadamente utilizados, com a garantia de equidade na prestação de serviços fornecidos.

O PAPEL DO PROFISSIONAL DA SAÚDE

A prova do diagnóstico realizado e do indispensável tratamento à pessoa depende de relatório médico

que estabeleça o exato quadro clínico da parte, propiciando ao magistrado fundamentos em que se basear para decidir a causa. A decisão judicial não pode estar pautada em imprecisa prescrição médica, fato que ocasionaria incertezas quanto à imprescindibilidade e eficácia do tratamento específico da enfermidade que acomete a parte, não sendo razoável a condenação do Poder Executivo a fornecer, gratuitamente e por tempo indeterminado, tratamento específico baseado em única receita médica que não tenha levado em conta as opções existentes no atual mercado farmacêutico.

Ao médico é garantido o direito ético-profissional de indicar o procedimento adequado aos seus pacientes (inciso II, do Capítulo II, do Código de Ética Médica)¹³, de modo que ao elaborar o necessário relatório médico, poderá prescrever os medicamentos que considerar mais eficazes ao específico caso clínico, salvaguardando a saúde de seus pacientes, sem se restringir à assistência já prevista pelo SUS. Contudo, a existência no mercado de mais de 16 mil especialidades farmacêuticas¹⁴ evidencia que critérios técnicos devem ser observados para garantir mais efetividade à política de saúde e mais eficiência do gasto.

Cabe ao profissional, portanto, estabelecer se outros medicamentos já fornecidos pelo SUS, com custo inferior, poderiam ser igualmente utilizados de forma eficaz no tratamento. O relatório médico visa, portanto, a sopesar a obrigatoriedade e eficácia do tratamento prescrito, em face da disponibilidade, pelo SUS, de opções satisfatoriamente substitutivas e indicadas ao caso, incumbindo ao magistrado, com o auxílio de perito habilitado, proceder ao exame dessas circunstâncias antes de deferir o pedido.

As prescrições não devem, ainda, indicar o nome comercial do medicamento, mas sim seu princípio ativo, conforme determinação do artigo 3º da Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que estabeleceu a adoção nas prescrições médicas e odontológicas de medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde da Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, da Denominação Comum Internacional (DCI). A condenação do Estado no fornecimento de medicamento prescrito pelo nome comercial ou fora da lista padronizada de distribuição na rede pública de saúde pode acarretar despesas desnecessárias. Deve ser garantida a averiguação de que outros medicamentos fornecidos pelo SUS, com custo inferior, são igualmente eficazes no tratamento, em contrapartida, isso possibilita à Administração Pública fazer o planejamento prévio, observando a necessidade dos

usuários e garantindo a qualidade e segurança do tratamento, ao mesmo tempo em que respeita os limites orçamentários e o bom uso dos recursos públicos.

Pareceres que não consideram as políticas públicas contribuem para a restrição do direito à saúde à mera oferta de medicamentos paliativos. As prescrições devem tentar conciliar as necessidades do paciente com as diretrizes de saúde básica, atendendo ao maior número possível de pessoas, mas tal conciliação deverá ser mitigada na hipótese de se comprovar que os tratamentos previamente realizados não lograram êxito, bem como que a assistência requerida em juízo representa a única que pode proporcionar resposta clínica satisfatória ao paciente.

Assim, apesar da liberdade em elaborar seu relatório em conformidade com os procedimentos mais adequados, o médico deveria, caso não haja danos ao paciente, receitar medicamentos conforme seu princípio ativo e entre os já fornecidos diretamente pelo SUS ou que façam parte de algum programa da Administração Pública (Ministério da Saúde ou entes federativos), contribuindo para a efetivação das políticas públicas de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988, conforme salientado, conferiu relevo às garantias à saúde, como direitos fundamentais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Apesar da expansão dos serviços públicos, o Brasil ainda apresenta acentuada heterogeneidade interna em relação a indicadores sanitários, o que demonstra a precariedade da assistência à saúde.

Embora o direito à saúde preceitue o acesso universal e integral, deve-se ponderar que a implementação de políticas públicas vincula-se a prestações materiais submetidas à dotação orçamentária dos entes federativos, bem como deve-se propiciar mais eficácia às decisões políticas, salvaguardando, primeiramente, as necessidades coletivas. A análise do tema deve pautar-se no fato de que constitui um equívoco afirmar que a negativa de fornecimento de determinado serviço significa a negativa do próprio direito do cidadão à saúde.

Não se justifica a consecução de plena assistência individual de um direito fundamental mediante violação de dispositivos legais e normativos estabelecidos para efetivar essa garantia a todos. A distribuição gratuita de medicamentos, em especial, deve realizar-se segundo diretrizes de saúde básica, com o fim de

atender o maior número possível de pessoas, sendo, por isso, necessária a realização de planejamento econômico baseado na avaliação da assistência farmacêutica a ser empreendida.

Faz-se necessária, igualmente, no país efetiva regulamentação da matéria, um planejamento econômico com parâmetros definidos, a fim de se evitar que a intervenção do Poder Judiciário se torne o novo e único meio de concretização do direito à saúde. Espera-se, ainda, inibir a atual restrição do direito à saúde à mera oferta de tratamentos paliativos, que desconsidera o essencial caráter de promoção e prevenção de doenças e agravos e prejudica o atendimento em consonância com os princípios do SUS. Deve-se ponderar, por fim, se a concessão de tratamento não causará danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde, a despeito do direito de outros cidadãos.

A situação ideal seria a concretização pelo Estado dos direitos fundamentais e oferecimento de um serviço de saúde de qualidade a toda a população. Para tanto, imprescindível a análise crítica da atual regulamentação da assistência farmacêutica, principal responsável pelas demandas ao Poder Judiciário, bem como proposição de critérios e parâmetros de monitoramento das políticas públicas baseados em evidências científicas, visando garantir o efetivo uso e acesso racional às tecnologias ou aos medicamentos, evitando-se, igualmente, que o acesso a serviços de saúde se transforme em mais um fator de iniquidade.

AGRADECIMENTO

À professora Silma Mendes Berti, da Faculdade de Direito da UFMG, pela orientação do TCC - Trabalho de Conclusão de Curso - que originou o presente artigo e pela disponibilidade na revisão do texto.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2006.
2. Gandini JAD, Barione SF, Souza AE. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. [Citado em 2009 Nov. 20]. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário.

3. Rizzo A. Sem remédio. Estado de Minas 2008 jun 8. Primeiro Caderno. p.6.
4. Andrade EI, Machado CD, Faleiros DR Szuter DAC, Guerra AA, Silva GD, Cherchiglia ML, Acurcio FAA. A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. Rev Méd Minas Gerais. 2008; 4:46-50.
5. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 393175/RS [Relator Ministro Celso de Mello]. Brasília, 2006. [Citado em 2008 dez. 06]. Disponível em: www.stf.jus.br.
6. Diniz MH. Norma constitucional e seus efeitos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva; 1992.
7. Brasil. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde; 2000. 44p.
8. Moraes A. Direito constitucional. 12ª ed. São Paulo: Atlas; 2002.
9. Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Cad Saúde Pública. 2009; 25(8):1839-49.
10. Viola LA. O direito prestacional saúde e sua proteção constitucional [dissertação]. Rio de Janeiro: Universidade de Campos; 2006.
11. Interhealth Soluções em Saúde. Relatório de Avaliação de Tecnologia em Saúde (ATS) no âmbito do Projeto de Investimento de Qualificação do SUS. São Paulo: Interhealth; 2008.
12. Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Rev Saúde Pública. 2007; 41(2):214-22.
13. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Brasília: CFM; 2009.
14. Vieira FS. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. Rev Saúde Pública. 2008; 42(2):365-9.