

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

JUDICIALIZATION HEALTH AND FORMULATION OF PUBLIC POLICIES

Fabício Souza Duarte*

Edimur Ferreira de Faria**

RESUMO: O presente artigo discute a questão da judicialização da saúde e seu impacto a formulação e execução das políticas públicas. Nesse sentido, aborda-se a origem da inclusão do direito à saúde como fundamental na Constituição da República de 1988, mesmo sem maiores debates sobre a forma de seu financiamento. Na sequência, discute-se o conceito de integralidade previsto no art. 198, II da Constituição e a divergência existente entre os profissionais da área de gestão em saúde e os Tribunais, liderados pelo STF. A discussão é feita com base na decisão no agravo regimental no pedido de suspensão de tutela antecipada 175/CE. Na sequência, apresentam-se dados que demonstram que os recursos inicialmente destinados a outras políticas públicas tem sido desviados para o cumprimento de ordens judiciais, o que prejudica o planejamento e cria uma lógica de exclusão daqueles que não tem acesso ao judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais – Políticas Públicas – Judicialização – Direito à saúde

ABSTRACT: This paper aims to discuss the issue of legalization of health and their impact on the formulation and implementation of public policies. In this sense, it approaches the origin of the inclusion of the right to health as a fundamental in the Constitution of 1988 even without further debate about the shape of their funding. In the sequel, we discuss the concept of the right provided for completeness in art. 198 II of the Constitution and the divergence between professionals in health management and the Courts, led by the Supreme Court. The discussion is based on the decision taken in special appeal in suspension request for injunctive relief 175/CE. In the sequel, we present data demonstrating that the resource initially intended

* Mestrando da linha em Direito Público no programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Linha de pesquisa Estado, constituição e sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas e Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo

to others public policies have been directed to comply with court orders, which affect the planning and creates a logic of exclusion of those who do not have access to the judiciary.

KEYWORDS: Fundamental Rights - Public Policy - Judicialization - Health

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe discutir a ampliação do fenômeno da judicialização do acesso à saúde e seus impactos na realização de outras políticas públicas igualmente destinadas a cumprir o desiderato do art. 196 da Constituição da República. Nesse sentido, o problema a ser enfrentado é se a ampliação do acesso à jurisdição para obtenção do custeio de tratamentos ou medicamentos não previstos pelo sistema único de saúde traz prejuízos à política pública dessa área. Como hipótese, tem-se que a ampliação das decisões judiciais gera um deslocamento dos recursos e prejudica a realização de gastos racionais no setor.

Para análise da questão, utiliza-se como metodologia a revisão bibliográfica e análise de dados constantes em outros estudos específicos e sua comparação com o entendimento jurisprudencial, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, inicialmente discute-se a origem do reconhecimento do direito à saúde como fundamental e sua inclusão na Constituição de 1988. Neste ponto, analisa-se o histórico do Movimento Sanitarista iniciado na década de 70 e sua influência na elaboração do capítulo sobre saúde na Constituição de 1988. Verifica-se que grande parte do ideário consubstanciado no relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, foi adotada pela Assembleia Nacional Constituinte e incorporado ao texto constitucional.

No entanto, tal como se apresenta a seguir, a inclusão deste direito não veio acompanhado da devida discussão sobre a forma de seu custeio. Como será tratado, o financiamento das atividades de saúde estava vinculado ao financiamento da seguridade social como um todo. Essa constatação revela que o direito à saúde foi pensado sem levar em consideração os custos de sua implementação, o que gera impactos significativos na forma de alocação de seus recursos.

Na sequência, o texto discutirá qual o conceito de integralidade previsto no art. 198, II da Constituição da República, comparando-o às interpretações dos profissionais de gestão da saúde com a conferida pelos Tribunais. Constata-se que a interpretação mais individualista dos Tribunais tem contribuído para uma maior judicialização e a irracionalidade dos gastos em saúde.

A discussão sobre a interpretação do conceito de integralidade nos Tribunais é feita tomando-se por base o julgado no agravo regimental no pedido de suspensão de tutela antecipada 175/CE decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Esse acórdão é considerado pelos próprios integrantes daquela Corte como paradigmático sobre a questão da judicialização da saúde.

Por fim, faz-se uma análise sobre dados apresentados em literatura especializada acerca da gestão de saúde para comprovar que a forma como os Tribunais tem encarado o conceito de integralidade e a garantia do direito à vida tem gerado situações de injustiça na medida em que os recursos destinados às políticas de prevenção têm sido desviados para custeio de medicamentos e tratamentos cada vez mais custosos, o que não contribui para melhoria do sistema de saúde.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEU ESTABELECIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dentre os direitos de cunho social consagrados na Constituição brasileira de 1988, a garantia de proteção universal à saúde é, sem dúvida, um dos mais festejados pela população em geral. O estabelecimento de garantia de acesso igualitário, sem restrições de caráter contributivo e econômico apresentava-se como um avanço na busca pela implementação de direitos de índole social, básicos para a existência humana. De fato, como afirma Silva (1999), a Constituição de 1988 é a primeira da história nacional a incluir como um dos direitos sociais a garantia de acesso à saúde. Segundo o autor:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais. (SILVA, 1999, p. 311)

A ideia de que a inclusão no texto constitucional garantiria a efetividade na implantação dos direitos que dela passariam a constar era forte e motivou a promulgação de uma Constituição analítica e com forte carga compromissária. Nesse sentido, Barroso (2002) destaca a ausência de um texto base e a ânsia pela participação política de diversos segmentos da sociedade dificultaram a racionalização e sistematização do texto final.

A ideia do estabelecimento de um sistema público universal de saúde tem início ao final dos anos 70 por meio do Movimento Sanitarista. Esse movimento, que tem origem

principalmente nos meios acadêmicos (OLIVEIRA, 2006), que propunha verdadeira revolução na forma de acesso à saúde. Conforme relato de Oliveira (2006), a inclusão do direito à saúde na Constituição de 1988 decorre de amplo trabalho de debate e pressão por parte da sociedade civil sobre a Assembleia Nacional constituinte, liderados pelo Movimento Sanitarista.

As ideias do Movimento Sanitarista que fundamentaram o estabelecimento do direito à saúde na Constituição de 1988 estavam sintetizadas no relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986. Esse documento adota um conceito bastante amplo de direito à saúde, que praticamente foi repetido no texto constitucional. Vale aqui a sua transcrição:

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (BRASIL, 1986)

A grande preocupação dos integrantes desse movimento era garantir direitos igualitários de acesso à saúde, evitando-se a privatização do setor ocorrida na década de 80 do século XX, quando surgiu o sistema privado de saúde complementar. Contudo, conforme destaca Oliveira (2006), as fontes de recursos para seu financiamento não foram objeto de maiores preocupações por parte desse movimento, não se tendo obtido acordo na subcomissão de saúde quanto a este ponto.

Nesse sentido, como destacam Marques e Mendes (2010), o financiamento da saúde não foi objeto de debate aprofundado na constituinte. Relatam os autores que à época havia o consenso de que os recursos previstos para a saúde seriam os mesmos destinados ao sistema de previdência e assistência social. Nesse sentido:

Houve um aspecto, entretanto, negligenciado: o do financiamento. Na época, a Constituição determinava que benefícios, ações e serviços de Previdência, da Assistência e da Saúde seriam financiados com as receitas oriundas da contribuição de empregados e empregadores, da contribuição sobre o faturamento e da contribuição social sobre o lucro líquido das empresas (CSLL), bem como parte da receita dos concursos e prognósticos e com recursos fiscais de cada esfera de governo. A constituição, portanto, não havia criado vinculação entre um tipo de contribuição e ações de algum ramo da Seguridade, o que reforçaria, em tese, a concepção de Seguridade Social, entendida como ações e serviços que, embora relativas à Previdência, à Assistência e à Saúde, eram integrantes indivisíveis de uma mesma proteção social. (MARQUES; MENDES, 2010, p. 349)

Conforme relatam Marques e Mendes (2010), os recursos destinados à previdência social foram isolados a partir de 1993, passando a ser considerados para uso exclusivo de pagamento de benefícios daquele sistema. Naquela data, pelo menos 15,5% dos recursos arrecadados da contribuição de empregados e empregadores eram repassados para o custeio da saúde pública, o que deixou de existir a partir daquele ano, revelando a fragilidade da forma de custeio do SUS.

Apenas com a edição Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000 é que se fixa a vinculação de receitas para atendimento da saúde a exemplo do que já existia com a educação. Com a nova redação dada ao art. 77 do ADCT pela Emenda Constitucional n.º 29/00, os Municípios passaram a ser obrigados a aplicar pelo menos 15% das receitas especificadas na área da saúde a partir do ano de 2004. Já para os Estados o percentual foi fixado em 12% das receitas previstas no dispositivo, também a partir do ano de 2004. Já em relação à União não houve o estabelecimento de um percentual fixo, sendo necessária a regulamentação da Emenda para que seja fixado, em definitivo, qual o valor a ser aplicado pela União para custeio do sistema. Apenas agora, 12 anos após a edição da Emenda Constitucional 29/00 é que se promulgou a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012.

Vê-se, portanto, que a busca pelo estabelecimento de direitos sociais e ânsia da participação popular no processo de formação da constituição levou a criação de direitos sem garantia de sua implementação na realidade. Esse fato, aliado a nova compreensão da constituição como norma e não apenas como compromisso levou à ampla judicialização das políticas públicas de saúde. Afinal, o pensamento corrente é que se está na Constituição é para ser cumprido. E de fato é.

A questão que se coloca não é sobre a indispensabilidade do direito ao atendimento a saúde. Trata-se de uma conquista consolidada e que, na atual quadra da evolução constitucional, é impensável a diminuição deste alcance. O que se propõe a pensar é como arcar com os custos desse atendimento e, o que é mais dramático, quais são as escolhas possíveis diante da escassez de recursos disponíveis para aplicação.

Como se verá na sequência, uma das questões que tem suscitado ampla discussão sobre a amplitude do acesso e seus custos é a definição do que vem a ser atendimento integral. Conforme apontam estudiosos da área da gestão em saúde, o conceito de integralidade, previsto no art. 198, II da Constituição tem conotações diversas para os Tribunais do que a concebida pelos profissionais da saúde.

Mais recentemente, em 09 de setembro de 2013, foi sancionada a Lei n. 12.858 que dispõe sobre a aplicação dos recursos oriundos dos royalties pagos pela exploração de

petróleo da camada pré-sal. Segundo o art. 2º, *caput*, os recursos arrecadados serão utilizados exclusivamente para cumprimento do disposto nos artigos 214, II e 196, ambos da Constituição da República, sendo que pelo menos 25% na área da saúde.¹ Contudo, serão aplicados no longo prazo, quando do início da exploração e, por isso, não há impacto da referida lei no cenário atual.

3 O CONCEITO DE INTEGRALIDADE PARA OS TRIBUNAIS E PARA A GESTÃO EM SAÚDE

Um dos pontos que levam a ampliação demasiada na atuação do Judiciário no que tange ao controle das políticas públicas de saúde é leitura diferenciada do conceito de atendimento integral constante do art. 198, II da Constituição. Essa questão também é destacada por Vieira (2008):

A integralidade para os tribunais está mais associada à noção de consumo, haja vista o deferimento de demandas sem ressalvas sobre a existência de políticas públicas para tratar as doenças. Nessa concepção, o direito à saúde se resume à oferta de medicamentos, reduzindo-se às ações curativas e paliativas, sem considerar o caráter fundamental de promoção e prevenção de doenças e agravos.

[...]

No SUS, o sentido de integralidade constitui ponto pacífico. Significa empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado, como: atendimento médico, exames, internação, tratamento, entre outros. Implica dispor desses meios segundo o grau de complexidade da atenção à saúde, ou seja, exames para atenção básica, para a média e alta complexidade, da mesma forma os medicamentos: uso ambulatorial e na atenção hospitalar. (VIEIRA, 2008, p. 366-367)

A afirmação de Vieira (2008) é comprovada pela análise da ideia de integralidade descrita no relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, texto apontado como o precursor das deliberações da Assembleia Nacional constituinte sobre o tema. Nesse documento o direito à saúde é visto de forma ampla, contemplando a adoção de medidas preventivas e curativas, inclusive através de ações educativas, de saneamento básico, garantia de recursos públicos dentre outros. Trata-se, portanto, de conceito que não visa o atendimento individual da saúde, mas sim a adoção de ações coletivas.

¹ Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos:

(...)

§ 3º União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde. (BRASIL, 2013)

Essa diretriz encontra ressonância na legislação do setor. O art. 7º, II da Lei n. 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, define a integralidade de assistência “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.” (BRASIL, 1990).

Entretanto, a conceituação de integralidade que vem sendo dada pelos Tribunais é diversa. Nesse sentido, é esclarecedor o conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do agravo regimental em pedido de suspensão de tutela antecipada 175/CE (AgRg STA 175/CE). Naquela decisão, apontada como paradigmática pelos próprios membros da Corte, o Ministro Gilmar Mendes aponta que a integralidade prevista no art. 198, II da Constituição consiste tanto no conjunto de ações coletivas voltadas para o atendimento à saúde, como o atendimento ao indivíduo em todas as suas necessidades, inclusive quando estas não estejam contempladas pelos protocolos médicos já adotados pelo sistema. Cite-se:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico do SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja ampla instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. (BRASIL, 2010)

Nesse sentido, conforme as decisões do Supremo Tribunal Federal, a integralidade do sistema de saúde abrange essencialmente a garantia ao indivíduo de que poderá ter acesso a qualquer tipo de tratamento, mesmo não incluído nos protocolos clínicos do SUS, desde que se comprove a sua necessidade e viabilidade científica.

O que se percebe é que há uma diferença substancial da interpretação conferida pelos Tribunais e a dada pelos estudiosos da área da saúde pública para o conceito de integralidade. Para esses, a integralidade está associada ao emprego de diferentes técnicas profiláticas e terapêuticas para garantia da saúde e bem estar do indivíduo, tratando-o como um todo. Já para os Tribunais, a ideia de integralidade consiste em oferecer qualquer tipo de tratamento necessário, esteja ou não previsto no rol de garantias do sistema público de saúde.

No caso, o conceito de integralidade permite ver a questão de maneira mais ampla e considerar mais importante, em alguns casos, a alocação de recursos em medidas que irão beneficiar um maior número de pessoas e, em outros casos, evitar a aquisição de medicamentos de alto custo.

Em estudo laureado em 3º lugar no Prêmio Nacional SOF de Monografias, o Ramos (2011) destaca os impactos financeiros do cumprimento de ordens judiciais no âmbito do

Estado de Minas Gerais e sua comparação com os dispêndios com outras políticas públicas de saúde. Segundo o autor, que é Conselheiro do Tribunal de Contas mineiro, no biênio 2009/2010 houve um acréscimo de 78,64% nas despesas com atendimento a decisões judiciais no governo estadual.

Por outro lado, o estudo revela que recursos destinados a outras políticas públicas como o fortalecimento e melhoria dos hospitais do SUS (PROHOSP) e a ampliação da cobertura populacional do Programa de Saúde da Família (PSF) tiveram um decréscimo de 8,48% e 7,10%, respectivamente, de 2009 para 2010 (RAMOS, 2011).

Esse exemplo é um retrato do que vem ocorrendo ano a ano. Os valores destinados a outras políticas públicas é sensivelmente reduzido em virtude da ampla judicialização das medidas de saúde. Tudo isso em decorrência de visão reduzida do que é o atendimento integral à saúde, que vê apenas o indivíduo que se vale do judiciário e não o todo da população.

4 A INDEFINIÇÃO NO CUSTEIO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E A DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS

Apesar do belo sistema de saúde instituído, é preciso considerar que os direitos, especialmente os de índole prestacional, tem custos. Contudo, esse é um assunto ainda não debatido profundamente na jurisprudência, em especial no Supremo Tribunal Federal. No acórdão proferido no agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175/CE, o Ministro Gilmar Mendes deixa claro que a alegação de ausência de recursos não é suficiente para afastar a aplicação do princípio da integralidade como compreendido pela Corte:

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público. (BRASIL, 2010).

Já o Ministro Celso de Mello é ainda mais enfático quando analisa a questão dos custos envolvidos na garantia dos direitos à saúde. Para o Ministro, a alegação de falta de recursos financeiros é secundária em relação a essencialidade do direito à saúde, o qual deve ser sempre privilegiado dada a sua relação íntima com o a ideia de dignidade da pessoa humana. É o que se lê no seguinte trecho:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida **no exercício da Presidência** do Supremo Tribunal Federal, **em contexto assemelhado** ao da

presente causa (**Pet. 1.246/SC**), **entre proteger a inviolabilidade** do direito à vida e à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo inalienável **a todos** assegurado 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 ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, **uma só e possível opção**: aquela **que privilegia** o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (BRASIL, 2010, grifos no original)

Como se percebe, a jurisprudência nacional, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, não leva em consideração a necessidade de solvabilidade do sistema de saúde e das finanças públicas. Adota posição não racional e sim axiológica sobre o direito a vida e a saúde que, literalmente a todo custo, deve ser privilegiado em detrimento de interesses ditos como secundários.

Ora, não há dúvidas que não há dinheiro que pague a garantia à vida e, conseqüentemente, a manutenção da saúde. Em existindo recursos suficientes, não se pode negar acesso aos medicamentos ou tratamentos previstos para garantir a integridade do indivíduo. Porém, é fora de dúvidas que não há recursos suficientes para atendimento de todas as demandas individuais o tempo todo.

Nesse contexto, a mera afirmação de que direito à saúde deve ser garantido ao qualquer custo beira a retórica populista. Sabe-se que não há recursos suficientes para atendimento como imaginado pela jurisprudência nacional e que se todos aqueles que necessitam do sistema de saúde realmente o utilizassem ou fossem aos Tribunais reclamar por preferência este entraria em colapso. A afirmação acima não significa que o Judiciário não tenha papel relevante na concretização de direitos fundamentais e nem que tenha de ser omissa na realização de seu mister.

É de se lembrar que vem crescendo a corrente de juristas que compreende a possibilidade do controle da discricionariedade administrativa, ou seja, o controle do mérito das decisões tomadas pelo Administrador. Nesse sentido, Faria (2011) destaca que discricionariedade administrativa pode ser controlada pelo Judiciário uma vez que o exercício o seu exercício está vinculado a busca pela melhor solução dentre as possíveis. É como se lê:

Assim admitindo, e para nós esta é a melhor exegese, forçoso se torna entender que a rigor a discricionariedade está vinculada à melhor opção. Por esse motivo, também, se há de conceber a possibilidade de o Judiciário examinar o mérito do ato administrativo para verificar quanto ao acerto da escolha. (FARIA, 2011, p. 253)

Pois bem, considerando que a formulação de políticas públicas de saúde se dá, em grande parte, pela realização de escolhas discricionárias, é absolutamente possível o controle

destas decisões pelo Judiciário quando não se apresentam como as melhores possíveis. Assim, caberá ao Juiz corrigir o equívoco do administrador público ao não incluir meios de tratamento aptos a garantir a saúde dos indivíduos.

É, em certa medida, o que afirma o Ministro Gilmar Mendes no seu voto no acórdão do agravo regimental em pedido de suspensão de tutela antecipada 175/CE quando permite a discussão judicial sobre viabilidade da adoção de protocolos clínicos pelo sistema único de saúde (Brasil, 2010). Neste caso, o controle se dá sobre a opção do administrador de não incluir determinado tratamento ou fármaco dentre aqueles oferecidos. Há, portanto, controle sobre uma decisão discricionária.

Não obstante, é preciso também reconhecer que o Poder Executivo, justamente pelo seu aparelhamento técnico e pelos dados que reúne, é o órgão de soberania mais apto a realizar o planejamento das políticas públicas de saúde.

Nesse ponto, é interessante notar que o princípio da especialização das funções da soberania, ou simplesmente da separação dos poderes, tem sua razão de ser. Conforme Zippelius afora o controle, a divisão dos poderes deve se dar de maneira organicamente adequada, atribuindo-se as tarefas aos órgãos conforme a aptidão de cada um para execução dessas tarefas (ZIPPELIUS, 1997). Ao objetivo da contenção do poder acrescenta-se a busca pela eficiência no cumprimento das tarefas estatais, o que se alcançará com a adequação estrutural do órgão à tarefa que lhe foi atribuída (Zippelius, 1997).

Não se pode imaginar que toda a *expertise* dos técnicos da Administração Pública bem como a sensibilidade política da qual devem ser dotados os detentores de mandato pode ser, invariavelmente, substituída pelo Judiciário, como se o Juiz, já assoberbado com um número monstruoso de processos, tivesse condições técnicas e aparelhamento suficiente para avaliar a conveniência e a oportunidade de garantir determinado medicamento ou tratamento médico, desconsiderando muitas vezes o que é prescrito pelos profissionais do Poder Executivo.

O que se percebe é que os juízes limitam-se a alegação genérica e dogmática de que o direito à vida e à saúde é garantia fundamental e posta acima de outros valores constitucionais como o planejamento dos gastos públicos. Não obstante, esse raciocínio é apenas parcialmente correto.

Na medida em que os recursos são evidentemente escassos, o Administrador Público é obrigado a formular políticas que contemplem de forma mais racional o atendimento à saúde, com base em estudos técnicos e estratégias de planejamento. Por outro lado, ao substituir todo esse arcabouço técnico por uma impressão axiológica e dogmática do texto

constitucional o juiz age de forma irracional, sem considerar os custos de sua decisão para outros pacientes que, infelizmente, continuarão a perecer nas filas em busca de tratamentos que estavam planejados, mas que não poderão ser executados em função da nova alocação dos recursos.

Assim, é preciso que se tenha deferência com as políticas públicas de saúde formuladas pelo Poder Executivo que, diante de seu aparelhamento técnico tem maiores condições do que o juiz para decidir qual o melhor caminho para o emprego dos recursos públicos.

O que se quer dizer, apenas, é que a decisão sobre o custeio ou não de determinado tratamento não deve ser dada *a priori*, com base no simples argumento do direito integral de acesso a saúde e em desconsideração dos limites financeiros desse atendimento. Esse ponto de vista é compartilhado por Limberger (2013):

Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém isso é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país, não é possível pretender fazer tudo a qualquer custo. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados não é cabível nessa discussão embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir de critérios legais e de implementação do Executivo. (LIMBERGER, 2013, p. 191)

Essa postura revela-se temerária na medida em que não considera a realidade fática e, por isso, tende a obter resultados reversos, ou seja, criar empecilhos para que outros pacientes, que não recorreram ao Judiciário, sejam desassistidos porque os recursos destinados ao seu tratamento foram realocados para atendimento a determinações judiciais.

Portanto, ao analisar demandas relativas à concessão de tratamentos ou dispensação de medicamentos, cabe ao Juiz sopesar, com base em argumentos sólidos prestados pelo Poder Público, quais as consequências da decisão.

É preciso compreender que as condições econômicas da sociedade nem sempre permitem a implementação, ao mesmo tempo, de todos os direitos previstos na Constituição. Essa tensão entre os limites financeiros do Estado e a necessidade premente do indivíduo diante da enfermidade que lhe acomete ou aos seus familiares leva a uma distorção do sistema que passa a privilegiar não a todos, mas essencialmente aqueles que têm consciência sobre seus direitos e acesso à jurisdição. Essa tensão deságua no judiciário que, sem conhecimento completo do sistema, acaba por privilegiar o direito individual sem pensar no coletivo. Nesse sentido, Leal (2006) destaca que:

Significa dizer que, quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atende-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar socorro público por absoluta falta de informações ou recursos para fazê-lo (LEAL, 2006, p. 33-34)

De forma a demonstrar a lição de Leal (2006), cumpre trazer à colação o exemplo de Vieira (2008), sobre a forma de combate ao vírus da hepatite C no Brasil e o custo dos medicamentos para tanto. É relevante a transcrição:

Por exemplo, considere a seguinte situação hipotética, cujo cálculo é muito simples. A prevalência da hepatite viral crônica C no Brasil é estimada em 1% da população em geral. A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), era de 186.770.652 de pessoas em julho de 2006. Portanto, cerca de 1.867.706 delas possuem o vírus da hepatite C por esta aproximação. Supondo-se que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento interferon peguilhado e como o tratamento deve ser feito com a aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas e, o preço da seringa preenchida de 180 mcg é de R\$ 1.107,49, o custo estimando é de 24,8 bilhões de reais.

Se esta situação tivesse acontecido, este valor corresponderia a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006 (38.8 bilhões de reais). Ou seja, dois terços do orçamento federal da saúde seria gastos para a oferta de um único produto farmacêutico com cobertura de 0,25% da população. (VIEIRA, 2008, P. 367)

O alerta de Leal (2006) em termos teóricos é demonstrado de forma exemplificada por Vieira (2008). A visão individualista sobre a garantia de acesso a saúde, que entende que qualquer cidadão pode requerer qualquer tratamento e a qualquer custo do Estado, leva a distorções no sistema e ao não atendimento de grande parcela da população que, simplesmente, não tem acesso a advogados, nem mesmo aos defensores públicos ou dativos.

Cria-se uma lógica reversa e perversa. Tem acesso à atenção do Estado aqueles que, por terem maior escolaridade e melhores condições financeiras (ainda que parcas) do que aqueles que, de fato, estão à margem de qualquer possibilidade de defesa de seus direitos individuais por meio do acesso à jurisdição.

Frise-se, novamente, que é absolutamente possível que o Judiciário corrija eventuais equívocos na formulação de políticas públicas de saúde e garanta, em casos extremados, a dispensação de medicamentos para garantia da vida. Porém, esta tem sido a regra e não mais a exceção. É preciso que o Judiciário tenha maior deferência em relação ao planejamento público e não o veja como um simples entrave burocrático, tal como revelado no julgado 1.0713.11.002247-0/002, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Em relação às questões de ordem orçamentária levantadas pelo Município, a Constituição Federal é clara ao assegurar o direito perseguido pela autora. A doença avança, não espera, e não tem contemplação. Ainda não se conhece método de tratamento de saúde que estanque o mal com a simples afirmação de escassez de recursos financeiros.

A Constituição foi escrita em função e no interesse do povo, a ele está destinada e deve ser integralmente observada. Se assegura a assistência, o Administrador Público está obrigado a proporcionar os meios para que essa assistência se realize.

Ademais, o atendimento à saúde dos cidadãos necessitados não passa pela discussão sobre a oportunidade da medida por parte da Administração. Trata-se de direito social, constitucionalmente garantido, e não se admite eventual ponderação no sentido de dar cumprimento ou não ao referido direito.

Recursos existem, bastando direcioná-los para onde são efetivamente indispensáveis.

Enquanto o Judiciário aceitar justificativas baseadas em falta de recursos financeiros, estes nunca aparecerão, porque os administradores, acobertados por essa justificativa, nunca irão elaborar orçamentos adequados, com destinação de verbas suficientes para áreas efetivamente necessitadas. (MINAS GERAIS, 2014)

O trecho do acórdão acima é representativo do pensamento da maioria dos do Judiciário, que entende que a repetição das decisões irá forçar os administradores a alocar mais e mais recursos para área da saúde. Como se viu nos estudos analisados acima, de fato estes valores têm sido destinados a dispensação de medicamentos, mas com diminuição de recursos que seria destinados a outras áreas, inclusive da própria rubrica da saúde.

Por outro lado, é verdade que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 31 de 30 de março de 2010, determinando, dentre outras medidas, que os Tribunais de Justiça disponibilizem aos magistrados técnicos que possam subsidiar a tomada de decisão sobre o requerimento de tratamentos ou medicamentos, bem como recomenda a oitiva dos gestores públicos antes da apreciação de medidas liminares. Contudo, como se constata acima, esta forma de agir ainda não é a praxe dos magistrados em geral. Mantem-se a ideia dogmática de garantia do direito à vida, sem considerar o todo das políticas públicas e o planejamento de gastos.

Uma última consideração deve ser feita. Seria de melhor valia que o Judiciário, devidamente provocado pelo Ministério Público, tivesse determinado a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000 como forma de incremento dos gastos com saúde, o que somente veio a ocorrer com a promulgação da Lei Complementar n. 141/12. Essa sim teria sido uma maneira de impactar positivamente a aplicação de recursos na área da saúde, de forma a garantir não acesso individual a determinado medicamento, mas sim uma política pública de Estado, destinada a cobertura da população brasileira como um todo.

Sabe-se, entretanto, que essa medida encontrava clara resistência no Poder Judiciário que, apesar de entender que cabe a ele a correção dos equívocos das políticas públicas, o faz

apenas em sede individual. Entende, contudo, que a determinação de regulamentação neste não seria possível e importaria em indevida intromissão na seara de outro órgão de soberania.

Não vislumbra, porém, que ao interferir em decisões de menor amplitude, acaba impactando o todo. Em outras palavras, ao decidir em milhares de processos e deferir a concessão de tratamento e medicamentos, impacta o todo dos recursos inicialmente previstos para a área. Contudo, esse impacto, como demonstrado prejudica aqueles que não se valeram da jurisdição para ver garantidos seus direitos.

5 CONCLUSÃO

Como pode ser verificado no decorrer do presente artigo, o reconhecimento pela Constituição da República da saúde como direito fundamental não veio acompanhado dos meios para seu financiamento. O afã de incluir no texto constitucional o direito à saúde como sendo universal e integral deixou-se passar ao largo a discussão sobre os custos para de sua implementação, sempre dispendiosos.

Da mesma forma, verificou-se que a integralidade prevista no art. 198, II da Constituição da República não é unívoco e que há uma discrepância nessa interpretação entre os gestores de saúde e os Tribunais. Para estes, o conceito de integralidade implica em fornecer ao indivíduo todo e qualquer tratamento necessário à garantia de seu direito à vida, já para os profissionais da área da saúde, a integralidade envolve a garantia de outros procedimentos de índole coletiva, que geram a garantia de saúde da população.

Essa interpretação mais individualista dos Tribunais tem gerado excessivos gastos com a dispensação de medicamentos e tratamentos não previstos pelas políticas de saúde garantidas pelo SUS, o que resulta na diminuição de gastos com outras medidas de caráter preventivo e que atenderiam a uma população cada vez maior. Resta demonstrado, portanto, que há uma lógica perversa nessa análise. Sob o pretexto de se garantir à vida de que recorre ao Judiciário, compromete-se a saúde e integridade dos que, por desconhecimento ou ausência de meios, não consegue apresentar seus pleitos aos Magistrados.

Demonstrou-se, também, que a ideia que ainda hoje vige na maioria dos Tribunais, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, é que cabe ao Judiciário sempre corrigir o Administrador e que, ao fazê-lo, induzirá a um melhor planejamento de gastos. Entretanto, o que os estudos revelam é justamente o contrário. O atendimento a ordens judiciais de forma indiscriminada tem levado a um gasto irracional dos recursos, já insuficientes, sem que se contribua para melhora do sistema de saúde.

Não se afirma, contudo, que o Judiciário não possa controlar a opção do Executivo quando esta não se revele a melhor. Essa é sim uma medida possível, mas deve ser tomada apenas em último caso, quando restar sobejamente comprovado que a política pública não atente aos interesses coletivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL, Lei 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. **Diário Oficial da União**, Brasília 20 de set 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 14 fev 2014.

BRASIL, Lei 12.858 de 09 de setembro de 2013, Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada em decisão que determina fornecimento de medicamentos. Ag STA 175/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 abril 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário da Justiça Eletrônico**, 07 abril 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde**, Brasília, 17 a 21 de março de 1986. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf Acesso em: 10 fev 2014.

CASTRO, Helvécio Sebastião Ramos. **Impacto deslocativo no orçamento público municipal em face de decisões judiciais**. Monografia apresentada no IV Prêmio SOF de monografias. Novas abordagens do orçamento público. A gestão de riscos no orçamento público. Belo Horizonte, 2011, disponível em: http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orcamentaria/premio-sof-de-monografias/IV_Premio_SOF/Tema_2_3_lugar.pdf. Acesso em 14 fev 2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Fórum: Belo Horizonte. 2011.

LIMBERGER, T.. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Brasil, 251, mar. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7534/6028>. Acesso em: 20 Fev. 2014.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. **A problemática do financiamento da saúde pública brasileira: de 1985 a 2008**. *Econ. soc.*[online]. 2012, vol.21, n.2, pp. 345-362

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Obrigatoriedade no fornecimento de medicamentos pelo SUS. Apelação Cível 1.0713.11.002247-0/002, Rel. Des. Moreira Diniz, **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 fev 2014.

OLIVEIRA, Mariana S. C. (2005). "Participação, saúde e direito na Assembléia Nacional Constituinte: um resgate do debate". Trabalho apresentado no XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, 3 a 5 de novembro.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. *Rev. Saúde Pública* [online]. 2008, vol.42, n.2, pp. 365-369. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v42n2/6847.pdf>. Acesso em 14 fev 2014.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.