

DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA: A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE INERENTES À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A FIGURA DO JUIZ GESTOR NA IMPLEMENTAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL

DERECHOS COLECTIVOS Y CIUDADANÍA: EL JUDICIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD Y LA PERSONA DEL JUEZ EN LA APLICACIÓN DE ESTO DERECHO FUNDAMENTAL

ALEXANDRE FERRARI VIDOTTI¹

JUVÊNCIO BORGES SILVA²

RESUMO: Os direitos fundamentais inerentes à vida e à saúde guardam origem de longa data, com ênfase a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. No Brasil a Constituição Federal de 1988, ao garantir o Estado Democrático de Direito, estabeleceu como um relevante princípio o da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, inúmeros direitos fundamentais passaram a ter suporte no texto constitucional. Dentre os direitos fundamentais está catalogado o direito à saúde e o Poder Judiciário do século XXI, no âmbito das políticas públicas voltadas à assistência farmacêutica, começou a ultrapassar os limites das lides individuais, para determinar a modalidade e em muitas vezes a formulação e implementação de fármacos até então definidos de acordo com as diretrizes governamentais e técnicas baixadas pelo Poder Executivo. Analisa-se essa figura do “juiz gestor” e seus reflexos contrários ao equilíbrio do Sistema Único de Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde; Judiciário; Políticas.

RESUMEN: Los derechos fundamentales inherentes a la vida y la salud mantienen desde hace mucho tiempo origen, con énfasis en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. En Brasil, la Constitución de 1988, para garantizar el estado democrático establecido

¹ Procurador do Estado de São Paulo, com atuação na Procuradoria Seccional de Rio Claro/SP. Especialista em Gestão Pública e Gerência de Cidades pela UNESP-Araraquara/SP. Especialista em Direito Público pela UNIDERP/Rede LFG. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. E-mail: avidotti@sp.gov.br.

² Advogado e Professor do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Mestre em Direito pela UNICAMP, doutor pela UNESP e pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT.

como un importante principio de la dignidad de la persona humana y por lo tanto muchos de los derechos fundamentales se han ganado el apoyo en el texto constitucional. Entre los derechos fundamentales se catalogan el derecho a la salud y el Poder Judicial del siglo XXI, en el contexto de las políticas públicas para la atención farmacéutica, comenzó a empujar los límites de trabajos individuales, para determinar el modo y la frecuencia de la formulación y la aplicación de la droga hasta ahora definidos de acuerdo con las directrices del Gobierno y técnicas descargadas por el Poder Ejecutivo. Analiza la figura del "gestor de juez" y sus consecuencias contrarias al resto del Sistema Único de Salud.

PALABRAS CLAVE: Salud, Judiciales, Políticas.

Introdução

Este trabalho não tem a pretensão de exaurir a temática e muito menos de estabelecer verdades absolutas, mas, por outro lado, objetiva-se contribuir com a discussão sobre a legalidade/constitucionalidade da judicialização da saúde, mormente no âmbito da assistência farmacêutica, considerando as atribuições específicas dos gestores públicos do sistema único de saúde (SUS), a atuação exacerbada do Poder Judiciário ao prestar a tutela jurisdicional não apenas para que se cumpram os programas existentes e sim voltadas ao fornecimento de fármacos em total desconsideração aos protocolos médicos e relações de medicamentos estudadas e formalizadas pelo Ministério da Saúde.

Na contextualização fática deste trabalho busca-se dimensionar o desenvolvimento do tema e as peculiaridades de atuação do Poder Judiciário, surgindo a figura aqui denominada de “juiz gestor”, ou seja, aquele Magistrado que extrapola os limites de aplicação da lei e passa a decidir sobre qual ou quais programas de assistência farmacêutica devem ser concretizados, sob o enfoque da lide individual, determinando e onerando recursos financeiros estatais. No item sobre o referencial teórico, metodologia e considerações finais, de modo sintético, analisa-se a situação fática ora expressada sob à luz da teoria dos sistemas de Luhmann, apresentando-se as considerações sobre o desequilíbrio existente em virtude da prevalência do sistema jurídico sobre o sistema político, com exteriorização de quais os meios metodológicos utilizados nessa pesquisa e referências bibliográficas.

1. A contextualização fática da atuação do Estado – Juiz

Na última década houve um aumento em verdadeira escala progressiva de demandas judiciais, seja através de ações singulares (promovidas em rito comum ordinário, sumário, mandados de segurança) ou coletivas, como ações civis públicas, em que a pretensão

basilar busca a condenação do Poder Público ao fornecimento gratuito de medicamentos, cirurgias, tratamentos contínuos, órteses, próteses, etc. Como regra praticamente geral e causa de pedir, os autores dessas ações judiciais alegam a negativa em seara administrativa e/ou pleiteiam fármacos e tratamentos não inclusos em protocolos médicos adotados pela rede pública de saúde, ou seja, muitas das vezes há programas alternativos desenvolvidos no sistema SUS para cura ou controle de determinadas patologias, no entanto, o profissional médico que assiste ao demandante lhe prescreve remédios e tratamentos distintos.

Nesse contexto, fundamentando-se na alegada universalidade do direito à saúde, sua catalogação como norma de direito fundamental, previsão inserta no artigo 196 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, com expressa determinação do “dever estatal” e no princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário vem concedendo liminares, antecipações de tutela e decisões definitivas (sentenças e acórdãos), dando acolhida a tais pretensões em face dos entes públicos, mormente Estados e Municípios, para que atendam aos pedidos em prazos exíguos, sob pena de multas diárias costumeiramente vultosas e até mesmo enquadramento ao crime de desobediência, na hipótese de não atendimento. Toda essa situação fático-jurídica adentra numa relevante problemática a ser enfrentada pela Administração Pública, qual seja, a da interferência exacerbada do Poder Judiciário, em virtude da quantidade de ações dessa natureza, na elaboração e execução de políticas públicas voltadas à saúde (assistência farmacêutica). No que diz respeito aos aspectos científicos relativos ao tema, com apontamentos sobre a fundamentação jurídica que circunda todo o desenvolvimento do trabalho, não se pretende questionar a saúde pública como norma de direito fundamental, sujeita ao princípio da universalidade, até porque, nesses moldes estabelece a própria Constituição Federal de 1988. Sobre o assunto, insta acentuar o artigo 196, da Lei Maior que prevê:

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.³

Portanto, pelas circunstâncias fáticas e jurídicas que se está pesquisando para dissertação do Mestrado, até que ponto é juridicamente válido o Poder Judiciário, durante a prestação da tutela jurisdicional, desconsiderar totalmente as listas padronizadas de fármacos, determinar a entrega de medicação em dissonância aos procedimentos técnicos do sistema

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II, Seção II. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988, p. 1 (anexo).

SUS e em virtude da quantidade dessas demandas, direta ou indiretamente, intervir na execução das políticas de medicamentos?

2. Referencial teórico, metodologia e resultados parciais

A respeito do referencial teórico, o qual vem balizando os estudos e a pesquisa, adotam-se os prelecionamentos do preclaro Niklas Luhmann. Segundo Luhmann há os sistemas político e jurídico que ao mesmo tempo em que são independentes e devem desenvolver as suas atividades/funções típicas, por outro prisma, entrelaçam-se numa relação de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. Destarte, apoiando-se na ideia “luhmaniana”, buscar-se aplicá-la neste trabalho, a fim de se constatar se a atuação do Judiciário em relação aos programas de assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, nas proporções em que vem ocorrendo, amolda-se no contexto do acoplamento estrutural e racionalidade transversal, promovendo o equilíbrio entre os sistemas político e jurídico ou, em realidade oposta, classifica-se na denominada corrupção sistêmica e/ou expansão imperial que, de acordo com o autor, seria o lado negativo da racionalidade transversal, quando ocorre a prevalência de um sistema em detrimento de outro.⁴

No desenvolvimento da dissertação de mestrado em direitos coletivos e cidadania, na linha de pesquisa sobre concreção desses direitos (linha material), faz-se uma análise multidisciplinar, buscando subsídios fáticos, doutrinários e normativos em disciplinas como direito constitucional, direito administrativo, legislações específicas ou mesmo codificadas, em questões históricas, sociológicas e de comparativos internacionais indispensáveis ao enriquecimento da pesquisa e de seu resultado final. Aliás, de acordo com os dados estatísticos já apurados, comprova-se a veracidade da corrupção sistêmica exteriorizada por Luhmann, mediante o desequilíbrio atual entre os sistemas político (Administração Pública) e jurídico (Poder Judiciário), pois, os números do Ministério da Saúde denotam que somente no ano de 2011, nos Estados Brasileiros, foram gastos R\$189.786.693,19 para atendimento de apenas 632 pacientes que foram atendidos mediante cumprimento de decisões judiciais. O Estado de São Paulo, no ano de 2010, gastou cerca de R\$700 milhões de reais para atendimento de demandas judiciais, o que vale dizer, estão sendo aplicados muitos recursos públicos para individualidades, sem parâmetros técnicos e em completa desconsideração às políticas públicas e programas já desenvolvidos pela Administração Pública.

⁴ LUHMANN, Nicklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. 3. ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes: 2011.

Considerações finais

Mesmo que se considerem os juízes como agentes políticos e guardiães do cumprimento dos direitos fundamentais insertos na Carta Magna de 1988, tal contexto não lhes permite desconfigurar toda uma estrutura institucional e orçamentária, afrontando a dignidade da pessoa humana da coletividade, criando situações para benefícios individuais, como se a Administração Pública não fosse capaz de implementar as políticas públicas voltadas à saúde e se os protocolos e relações de medicamentos que são elaborados por equipes multidisciplinares tivessem menos valor do que uma prescrição médica particular realizada, muitas das vezes, fora do próprio âmbito da rede pública de saúde.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses Difusos e Coletivos**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 18. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda., 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed.. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda. 2011.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3. ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2011.
- MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Constituição Federal Interpretada**. 3. ed. Barueri: Editora Manole Ltda., 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- MENDONÇA, Jacy de Souza Mendonça. **O Homem e o Estado**. 1. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.