

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A QUESTÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL.

Altair Soares Xavier¹

RESUMO

O presente trabalho visa abordar questões atinentes ao direito social e fundamental à saúde, bem como a questão da distribuição do ônus sucumbencial, seus impactos na economia e no próprio sistema de saúde. O direito à saúde é um direito social, inserido na categoria de direito fundamental, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2020), sendo indissociável do direito à vida. Esta garantia constitucional tem certas dificuldades no campo de sua efetivação, dadas as peculiaridades da matéria. Assim, o jurisdicionado recorre à esfera jurídica, ao Poder Judiciário, a fim de que consiga fornecimento de fármacos, insumos e/ou tratamentos cujos custos fogem à renda do cidadão. Porém, nesta busca feita através do Poder Judiciário, diversas questões pairam enquanto se busca a confirmação jurisdicional da garantia constitucional do direito à saúde. Questões atinentes, sobretudo, aos gastos, sem que haja desestabilização da estrutura econômica dos Entes Federativos, bem como da própria estrutura financeira/econômica do Sistema Único de Saúde. Portanto, é necessário que se estude de forma mais detida o concernente à questão sucumbencial, tema deste trabalho, sem que se prive o jurisdicionado da garantia constitucional do direito à saúde que lhe é conferida, bem como a garantia constitucional de vida digna.

Palavras-chave: saúde; judicialização; alto custo; hipossuficiência; Constituição Federal.

1 - INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental, expresso na Constituição Federal de 1988. Contudo, o Sistema Único de Saúde (SUS) enfrenta grandes dificuldades em atender as demandas da sociedade, visto que há grande procura, medicações e tratamentos de alto custo, e este sistema, muitas vezes, não consegue oferecer tais medicações/tratamentos na proporção desejável. Quando o assunto é saúde, há pressa em encontrar a cura, e nem sempre existem condições financeiras para feitura de tratamentos ou utilização de medicamentos mais adequados.

Neste sentido, a abordagem acerca da judicialização da saúde tem sido tema atual e de grande relevância, pois é uma contingência que a população busca para garantir o seu direito. A Constituição Federal garantiu a toda a sociedade o direito à saúde. Quando não se consegue o tratamento e/ou medicamento indicado, através da rede pública e, também, da rede particular, busca-se o Poder Judiciário para obtenção desta garantia, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, preconiza.

A judicialização da saúde é um dos grandes motivos que enseja esta situação. O fenômeno da judicialização acontece devido à crise da saúde no Brasil e aos altos preços dos medicamentos e tratamentos de saúde, principalmente aqueles específicos para doenças mais graves, tais como as doenças autoimunes e câncer.

Há que se falar também que, na listagem de medicações fornecidas pelo Sistema Único de Saúde, muitas vezes não são encontrados os medicamentos indicados, tendo em vista seu alto custo.

¹ Acadêmico do 10º período de Direito das Faculdades Unificadas Doctum de Leopoldina-MG.

O Sistema Único de Saúde foi criado com o intuito de garantir o acesso à saúde à toda população brasileira. Neste sentido, a Constituição Federal traz a sua institucionalização, em seus arts. 196 e 198, senão vejamos:

Art. 196: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes [...] (BRASIL, 2020)

Ocorre que, embora preceituado na Constituição, este sistema de saúde ainda sofre com falta de recursos para atender à sociedade, que, à mercê da própria sorte, busca, como possível e última solução para seu problema, o Poder Judiciário.

Dada a solidariedade dos entes federativos, há a possibilidade, de acionar qualquer um deles, inclusive isoladamente. Entretanto, quando o medicamento não está inscrito no rol de medicamentos aprovados pela ANVISA, é necessária a inclusão da União no polo passivo das demandas, conforme item 3 do Tema 793 do STF. E, dada esta solidariedade, ocorre a dificuldade no que se refere à distribuição do ônus sucumbencial de forma equitativa.

2 – ANÁLISE E COMENTÁRIO DO CONTEÚDO

O ônus sucumbencial, em se tratando de saúde, é uma questão cuja distribuição é um tanto quanto “conflituosa”. O jurisdicionado busca o Poder Judiciário, a fim de que lhes sejam fornecidos insumos que, em alguns casos, são de custo elevado, e/ou não estão incluídos no rol de medicamentos da ANVISA. Através da prescrição de novos insumos, que ainda estão em fase de testes, a ANVISA tem que manifestar quanto à possibilidade de fornecimento do medicamento/tratamento, promovendo meios para se comprovar ou não sua eficácia. É necessário que haja uma evidência científica de que o que está sendo pleiteado, de fato, possa ser eficiente no tratamento.

Nesse sentido, orienta o Conselho Nacional De Justiça – CNJ, através de seu Enunciado n.º 50, que fora aprovado na II Jornada de Direito da Saúde, dizendo que “Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.”

Não obstante, o Sistema Único de Saúde adotou “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que são instrumentos definidores de critérios de diagnóstico de cada doença. Assim, estes protocolos se fazem fundamentais à gestão e planejamento das ações de saúde pública.

Além disso, por exemplo, nos Juizados Especiais, devido à oralidade e informalidade em seu rito, as partes, ao serem intimadas para constituírem advogado ou acionar a Defensoria Pública para que se manifestem quanto à inclusão da União no polo passivo, além da morosidade, gera um desgaste emocional e um desespero grande, dado que, em primeira visão, denota-se que “vai demorar um pouco mais”. A proposta dos Juizados Especiais de celeridade tem peculiaridades que a discussão sobre inclusão ou não da União no polo passivo de certas demandas de saúde acabam por obstar justamente tal ideia de celeridade.

Dito isso, não há uma resposta definitiva para que o problema que envolve a judicialização da saúde seja, de fato, resolvido, visto que, da decisão de necessidade de inclusão, há a anuência ou não do Município, do Estado, e da parte Requerente, do que, posteriormente, são encaminhados os autos, atualmente, na sua maioria, eletrônicos, à Justiça Federal, para que haja, então, a análise quanto ao fornecimento do insumo/tratamento pleiteado, de modo a

atender ou não a demanda do jurisdicionado, o que gera mais morosidade na questão, que, em alguns casos, pode ser o fator determinante de vida ou morte de uma pessoa.

Outrossim, com efeito, é necessário levar em conta o aposto por Canotilho (2001, p. 471), que diz que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”. Assim, deve-se observar o fator de que o dinheiro público é limitado, devendo ser usado de forma racionalizada, a fim de não desestabilizar e inviabilizar todo o sistema de saúde e a economia.

Para que haja o fornecimento “ideal” de medicamentos/insumos, o Poder Judiciário precisa se ater às Políticas Públicas de saúde, para que não haja prejuízo maior à coletividade em detrimento de demandas particulares, de modo a distribuir o ônus sucumbencial sem que haja prejuízo ao erário, pondo em análise se, de fato, há imprescindibilidade do insumo/medicamento pleiteado, ainda que em demanda “individual”, a fim de que se alcance a garantia e promoção do direito fundamental à saúde, sem que se comprometa a economia e prejudique a coletividade.

O direito fundamental à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988, conforme aponta o art. 196 da Constituição Federal de 1988. Depreende-se do texto constitucional que o Estado tem o dever de garantir a todos uma qualidade de vida razoável, através de uma promoção de serviços de saúde que visem “à redução do risco de doença” (BRASIL, 2020).

Com o intuito de regulamentar o que dispõe o art. 196 da Constituição Federal de 1988, fora criada a Lei nº 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, que é constituído, nos termos do art. 4º da referida lei, como:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 1990)

Ocorre que, pela falta de recursos, o Sistema Único de Saúde não incorpora a maioria dos medicamentos mais modernos.

Por falta de recursos, o SUS não incorpora a maioria dos medicamentos mais modernos, dando referência às tecnologias mais antigas. Nos últimos três anos, até julho de 2015, o governo havia barrado 56,3% dos 199 pedidos de incorporação que recebera. Outros 66 pedidos ainda estavam em fase de análise. Dos 80 medicamentos incorporados, a maioria (45) é formada por terapias disponíveis no mercado há mais de 15 anos. Já os remédios lançados mais recentemente, com até cinco anos de mercado, tiveram uma incorporação bem menor, de apenas 13 produtos. (INTERFARMA, 2016)

Diante disso, busca-se o Poder Judiciário para pleitear o insumo/tratamento necessário. Além de requerer o acesso a medicamentos, consultas ou outros procedimentos através do sistema público de saúde, o cidadão busca o judiciário, também, para mover ações contra as redes privadas de saúde, tendo em vista que os planos de saúde muitas vezes se negam a cobrir alguns tratamentos.

O indivíduo ao ver que sua necessidade não será satisfeita pode entrar com uma ação no Tribunal de Justiça contra o Estado. Afinal, ele deixou de receber algo que a Constituição cita como direito. (FIQUEIREDO, 2020)

A judicialização é um meio legítimo de acesso às ações e serviços de saúde, tendo em vista que a universalização do direito à saúde foi uma das grandes conquistas trazidas pela Constituição Federal de 1988, garantia esta que, quando utilizada de forma indevida, gera

impactos orçamentários e organizacionais capazes de afetar os orçamentos da União, Estados e Municípios. A grande maioria das demandas que tramitam no judiciário são de tratamentos de valor exorbitante e de tecnologia ainda não analisada pela ANVISA, e propagandeado como tratamento curativo, pouco se diferenciando dos já oferecidos pelo SUS, e atendendo a uma parcela mínima da população.

A interação entre direito e saúde é muito rica, tanto que tornou-se uma via largamente utilizada pela população para que seus anseios sejam contemplados pelo Estado. A judicialização da saúde ocorre devido a um contexto de exclusão, onde o Estado demora a pesquisar a eficácia de um determinado medicamento e, conseqüentemente, a disponibilizá-lo aos cidadãos, fazendo com que uma minoria consuma grande parte do orçamento do SUS.

O Poder judiciário só pode determinar o fornecimento de medicamentos de eficácia comprovada. Devem ser excluídos os experimentais e os alternativos, bem como deve-se optar por medicamentos que já estejam nas listas oficiais do SUS, com substâncias disponíveis no Brasil, medicamento genérico, de menor custo e, por fim, deve considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

As divergências na doutrina quanto ao âmbito de proteção do direito à saúde, enquanto norma constitucional, decorrem, em suma, da natureza prestacional desse direito. A prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. O ajuizamento de ações com o objetivo de garantir a prestação de saúde pode prejudicar o erário, dado o alto custo das medicações ou tratamento pleiteados.

Segundo Robert Alexy, na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2017, p. 511-512), há que se levar em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais, senão vejamos:

"Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumento de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legítimo e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesse coletivo"

O direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida, sendo este o maior e o primeiro a ser assegurado pela Constituição Federal de 1988. É um direito inviolável que pressupõe vida digna, saudável. Os direitos à vida e à saúde são garantias de todo ser humano e dever do Estado de prestá-las, conforme disposto nos artigos 5º e 196 da CF/88 (BRASIL, 2020).

Não obstante, o direito constitucional à vida e à saúde deve ser promovido de forma solidária, conforme já estabelecido através do Tema 793 do STF, já citado anteriormente. Deste modo, o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário para demandas de saúde se torna mais fácil, em tese.

Assim, o pleito no que se refere à questão dos medicamentos, depois de pacificada a questão da competência, torna-se de forma mais acessível ao jurisdicionado, podendo acionar qualquer um dos entes, até mesmo de forma isolada, a fim de que alcance êxito no fornecimento da medicação e/ou tratamento que necessita para manutenção da própria saúde.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde, à luz dos direitos fundamentais, é um direito social fundamental. Entretanto, em que pese o fato de o direito à saúde estar inserido no rol de direitos fundamentais, ainda assim encontra dificuldades e obstáculos à sua plena efetivação. O direito à saúde, enquanto direito fundamental, encontra-se no rol de direitos fundamentais como direitos a prestações, que, segundo Cunha Júnior (2008, p.260), são aquelas:

posições jurídicas que habilitam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza normativa ou material, que possam implementar as condições fáticas, e pressupostos que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. São o status positivus de Jellinek e correspondem aos direitos de segunda dimensão, fruto da transformação do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático Social de Direito. Vale dizer, a consagração desses direitos marca a superação de uma perspectiva liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas.

Exige-se aqui, portanto, um agir do Estado, de modo a objetivar a diminuição das desigualdades, atendendo, assim, às necessidades mais vitais dos indivíduos.

Segundo Renato Gobetti de Souza (2015, p. 138), no artigo “A Concretização do Direito Fundamental à Saúde Perspectivada no Constitucionalismo Contemporâneo”, no que se refere à ação estatal:

Melhor dizendo, existem direitos fundamentais que dependem de simples atuação normativa do Estado para terem sentido e apresentarem conteúdo jurídico pleno para o exercício do indivíduo (prestação jurídica) e outros direitos fundamentais que dependem de um benefício material, consistente em um bem ou serviço, a ser prestado pelo Estado (prestação material).

Portanto, vejamos que o direito à saúde encontra-se inserido nos denominados direitos à prestações em sentido estrito, que são os direitos a prestações materiais sociais (SOUZA, 2015, p. 140).

Outrossim, há que se ressaltar o fator do impacto econômico causado pela provisão de medicamentos de alto custo pelos entes federativos, fazendo menção, aqui, da reserva do possível, que, segundo expõe Canotilho (1997), depende de disponibilidade dos recursos econômicos. Não obstante, a alegação de ausência de recursos públicos, embora considerável, não deve prevalecer. A alegação da reserva do possível não deve justificar a omissão estatal, pois de outro modo, inviabilizaria a efetivação do direito à saúde, eximindo o Estado de responsabilidade (SOUZA, 2015, p. 141).

Conforme exposto por Renato Gobetti de Souza (2015, p. 142), no artigo citado anteriormente:

Assim, sendo o direito à saúde um direito fundamental social prestacional é latente sua imediata aplicabilidade e seu caráter de direito público subjetivo, sobretudo pela sua correlação com o mínimo vital. Há que se considerar que é inegável que a efetivação do direito à saúde exige disponibilidade orçamentária e está vinculada a limitação dos recursos financeiros, entretanto essa restrição não pode autorizar a omissão do Estado na garantia do mínimo essencial à sobrevivência.

Deste modo, pode-se vislumbrar, aqui, que o direito à saúde deve ter sua aplicabilidade efetivada de forma imediata, dada sua correlação com o mínimo vital, de modo a trazer ao indivíduo efetividade no que se refere à sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2022.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República, Brasília, DF, 16 mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, DANIEL. Judicialização da saúde no Brasil: o que é? Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-da-saude-no-brasil/>. Acesso em 14 de novembro de 2022.

INSPER, Instituto de ensino e pesquisa. Judicialização da saúde no brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília/DF: 2019.

INTERFARMA, Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa. Judicialização da saúde na prática fatos e dados da realizada brasileira. São Paulo: 2016.

NETO, Elias Marques de Medeiros; SOUZA, André Pagani de; CASTRO, Daniel Penteado de; MOLLICA, Rogério. O recentíssimo julgamento do agravo interno na petição nº 11838 /MS pela Corte Especial do STJ - A competência para a apreciação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Migalhas, São Paulo. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/312742/o-recentissimo-julgamento-do-agravo-interno-na-peticao-n--11838--ms-pela-corte-especial-do-stj---a-competencia-para-a-apreciacao-do-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

SOUZA, Renato Gobetti de. A Concretização do Direito Fundamental à Saúde Perspectivada no Constitucionalismo Contemporâneo. 2015. Disponível em <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1292/410>>. Acesso em 15/11/2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.