

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa; Simone Maria Palheta Pires; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-073-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

A atual pandemia gerou o cancelamento do Encontro Nacional do CONPEDI, que seria realizado no Rio de Janeiro. Em acertada decisão da diretoria da nossa Sociedade Científica do Direito, foi realizado o Encontro Virtual do CONPEDI nos dias 23 a 30 de junho. A presente publicação é resultado do Grupo de Trabalho denominado DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, que esteve reunido virtualmente no dia 26 de junho, das 13hs às 17h30.

As reflexões foram enriquecidas com a apresentação de vinte e cinco artigos científicos, seguidos de debates por meio dos quais foram construídas contribuições importantes para o desenvolvimento de uma visão crítica sobre a seguridade social e a efetividade dos direitos sociais constitucionais no Brasil.

Os temas dos trabalhos apresentados versaram desde a complexidade da análise da questão da saúde no Brasil, como direito fundamental, em meio a pandemia, às possíveis violações do direito fundamental à seguridade social integral e a judicialização da saúde. Tais debates possuem imenso interesse teórico e prático para conjuntura social que o país enfrenta.

Sobre a Previdência Social, temas como o fim da aposentadoria compulsória da magistratura no Brasil; a possibilidade do não recolhimento de contribuições previdenciárias dos contribuintes individuais que recebem auxílio emergencial; a reverberação dos danos das relações de trabalho na Previdência Social; a lentidão dos processos junto ao INSS, com pedido de benefícios previdenciários, o que gera violação ao direito fundamental à seguridade social; o Mandado de Injunção como instrumento efetivo para a concretização da aposentadoria especial, entre outros, foram refletidos, enriquecendo os debates.

Em relação a Educação, temas relevantes como os impactos da crise econômica de 2008 na Educação no Brasil e críticas ao ingresso precoce de crianças no Ensino fundamental foram apresentados.

Outros temas importantes academicamente, como: os avanços e retrocessos de medidas para redução das desigualdades sociais na Constituição Federal de 1988; sobre a aposentadoria por idade do trabalhador rural, também sobre o estado do “mal estar social”, análise da pobreza e aporofobia no Brasil; a alteração legislativa para concessão do benefício às

crianças com microcefalia; nutrição e alimentação para idosos, como direito humano e proteção social ao profissional denominado de “motoboy”, foram brilhantemente apresentados.

Ressaltamos a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho, pois fazem parte de diversas regiões do país, com suas especificidades locais, que torna o diálogo muito mais frutífero.

Por fim, frisamos a densidade de cada pesquisa, o que demonstra o excelente nível das produções que ora apresentamos.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – Universidade Federal do Rio Grande (UFRG)

Profa Dra Simone Maria Palheta Pires – Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: FORMA DE RESGATE DA DIGNIDADE OU RAZÃO DO SACRIFÍCIO DA EQUIDADE?

HEALTH JUDICIALIZATION: RIGHT WAY TO ASSURE DIGNITY OR REASON OF EQUITY SACRIFICE?

Marcus Resende Neves Guimarães

Resumo

A pesquisa analisa o direito à saúde na Constituição e a omissão dos poderes na concretização deste direito, bem como as consequências desta inefetividade das políticas públicas objetivadas carta maior. Levantar-se-á discussão sobre os limites fáticos à realização do mencionado direito, ou seja, o paradoxo entre o mínimo existencial e a reserva do possível, com ampla exposição de dados sobre a insustentabilidade do entendimento da saúde como direito absoluto, em especial no que toca a provisão de medicamentos de alto custo, atendendo ao fato de que direitos têm custo, e que os recursos que os garantem são limitados.

Palavras-chave: Direitos sociais, Saúde, Ativismo judicial, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

This research analyze the right to health in the Constitution and the omission of political powers in its realization, as well as the consequences of the ineffectiveness of public policies objectified. There will be a discussion about the limits to the realization of this right, specifically the paradox between the existential minimum and the reserve of the possible, with exposure of data on the unsustainability of the comprehension of health as an absolute right, especially in cases dealing with the provision of high-cost medicines, taking into account that rights have costs, but the resources that guarantee them are limited.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Health, Judicial activism, Existential minimum, Reserve of the possible

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou direitos fundamentais individuais e sociais de forma inédita. Nos direitos sociais básicos, o texto magno trouxe princípios fundamentais, tais como valores sociais do trabalho e livre iniciativa, à par, colocou erradicação da pobreza e redução das desigualdades como objetivos da república, sendo que, por fim, veio com capítulo a tratar dos direitos sociais de forma genérica (educação, saúde, lazer, segurança, previdência social, proteção da maternidade e infância e a assistência aos desempregados), para depois adentrar em alguns de forma concreta, em capítulo próprio (ex: Seguridade Social, Educação, Saúde).

Evidenciou, assim, viés garantista e social, já que nos moldes de um Estado Social (de *Welfare*) visou a implementação de largas políticas públicas.

No entanto, não dispôs de forma expressa e taxativa sobre como tais direitos sociais deveriam ser postos em prática (em verdade, nem mesmo disse qual a abrangência destes direitos), levando à triste situação onde, segundo Lênio Streck (STRECK, 2003, p. 279/280), o Estado Social foi e é (ainda) um f.

Não sem razão, a fim de ter garantidos direitos constitucionais, se viu no Brasil o aumento exponencial de ações judiciais que objetivavam a tutela de tais direitos, como bem diz o Ministro Barroso, após a carta de 1988 se assistiu no Brasil o que se convencionou chamar de Judicialização da Vida (BARROSO, 2012, p. 24).

Consequentemente, a judicialização, que é a discussão de questões políticas perante o judiciário, implicou no fenômeno do ativismo judicial, que se caracteriza quando o magistrado, ao ser provocado, substitui a vontade política e impõe solução à luz de sua arbitrária interpretação do texto constitucional.

Este tema ganha especial relevância quando se adentra na questão dos deveres de prestação dos direitos sociais relacionados à saúde, já que diretamente ligados ao próprio direito à vida.

Interpretação fria do texto constitucional e da legislação infraconstitucional faz concluir que, a princípio, o direito da saúde passara em 1988 à **universalidade** e **integralidade**, cobrindo causalidades tanto dos abastados quanto dos miseráveis, independentemente de qualquer registro ou contribuição, o que levaria, pelo menos em tese, a maior justiça social distributiva em um país de desigualdades tal qual Brasil.

Apesar de louvável a boa intenção dos magistrados na concretização de direitos sociais, amplas críticas e alertas sobre os perigos deste tipo de atuação são feitas pela doutrina,

razão pela qual é imperiosa a exposição das consequências e discussão sobre os limites da atuação do judiciário nestas ordens de cumprimento.

O trabalho, assim, fará análise da evolução do direito à saúde no Brasil, ventilando a necessidade de aceitação de limites (paradoxo entre o mínimo existencial e a reserva do possível), para, na sequência trazer dados sobre o efeito nefasto da ampla concessão de prestações à saúde através da via judicial, objetivando demonstrar que em que pese por vezes a atuação do judiciário seja vista como meio de concretização de justiça, esta concretização se dá em prol de uma minoria privilegiada, às custas de parte da população que muitas vezes sequer detém conhecimento de que possui direito subjetivo à saúde.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DEVERES E LIMITES

Conforme se sabe, o judiciário a partir de 1988 tem sido considerado por alguns doutrinadores (afiliados da corrente substancialista, defensores do irrestrito ativismo judicial) como uma espécie de *'mal necessário'* para lidar com os relapsos poderes Executivo e Legislativo brasileiros na concretização de políticas públicas que garantam direitos sociais previstos na Constituição.

Porém, quais os limites da atuação judicial na exigência de efetividade dentro deste universo de direitos?

A definição de qualquer patamar mínimo ou máximo quanto à atuação do judiciário no tocante à in concreteness dos direitos sociais ganha ainda maior relevância quando voltada para a delicada questão do direito à saúde.

Isso porque, em primeiro lugar, o direito à saúde é direito que relaciona à própria vida, e, em segundo, em razão do alarmante crescimento da judicialização da questão, o que o que pode trazer perversas consequências no tocante ao planejamento do orçamento público, politização do judiciário e equidade na distribuição dos recursos públicos destinados à saúde.

Por tais razões, neste tópico se fará relato breve acerca do histórico do direito à saúde no Brasil, expondo a opção do texto de 1988 no tocante a tal direito, seguindo reflexão acerca da ponderação necessária entre a reserva do possível, mínimo existencial e equidade.

2.1 Direito à saúde no Brasil

O direito à saúde tem evidente correlação com o direito à vida, para além, é direito social previsto na Constituição Federal dentro do capítulo que trata da seguridade social (ao

lado da previdência e assistência), sendo definido como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, Constituição de 1988, artigo 196).

A fim de garantir sua proteção, o artigo 198 da carta maior estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS), que constitui rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços nas quais todos os entes federados participam (tendo suas atribuições definidas no art. 200 e, infraconstitucionalmente, nas Leis Federais 8.142/90 e 8.080/90), fazendo constar, a partir da Emenda Constitucional 29/2000, que tal sistema, para além do financiamento através do orçamento da seguridade social (art. 195, CF)¹, teria reservado para si percentual mínimo de receitas fiscais, sendo este, para: a) União, 15% de sua receita corrente líquida **total**; b) os Estados e DF, 12% do produto do ITCMD, ICMS, IPVA, e, ainda sobre tudo do que for repassado pela União (ou seja, de parcela do IRPF e IPI); c) os Municípios e DF, 15% do produto do ISSQN, ITBI e IPTU, e também sobre tudo o que receber dos Estados e da União a título de repartição das receitas tributárias (parcelas de IRPF e IPI).

Para além, pela leitura sistemática dos artigos 194, 196 e 198, extrai-se que as políticas de saúde são dotadas de universalidade de cobertura, com garantia de direito de atendimento igualitário.

No entanto, historicamente, nem sempre foi assim.

A trajetória da saúde pública brasileira começa no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa ao Brasil, momento em que criadas a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro e as escolas de cirurgia da Bahia (1808) e da medicina operatória do Rio de Janeiro (1809). No entanto, neste período só se tem notícias de saúde sendo prestada como combate à doenças (lepra e peste) e controle sanitário (BARROSO, 2007, p. 12 e 13).

A Constituição Imperial de 1824 sequer previa direito à saúde, conferia, tão somente, garantia de socorros públicos, que basicamente eram espécie de Santas Casas de Misericórdia, que já existiam em território nacional desde 1543².

¹ Como um todo, a seguridade social se financia por toda sociedade através da chamada forma de financiamento **tripartite**, composta por receita derivada do Estado, da classe dos empregadores e dos trabalhadores.

A título de exemplo, destacam-se, para além do percentual do orçamento com destinação obrigatória pela Constituição, as seguintes fontes de receita da seguridade: a) Receitas da Contribuição previdenciária para o RGPS (INSS), paga pelos empregados e empregadores; b) Receitas obtidas com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); c) Receitas da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade (COFINS), incidente sobre o faturamento das empresas; e a d) Contribuição para o PIS/PASEP, também incidente sobre faturamento das empresas, a fim de financiar o seguro desemprego e programas de desenvolvendo do BNDES.

² Santas Casas de: Santos (1543); Salvador (1549); Rio de Janeiro (1567); Vitória (1818); São Paulo (1599); João Pessoa (1602); Belém (1619); São Luís (1657); Campos (1792); e Porto Alegre (1803).

Este modelo sem quaisquer ações públicas curativas, à mercê dos serviços privados e da caridade (Santas Casas de Misericórdia) perdurou até a década de 30, quando houve a estruturação básica do sistema de saúde público.

Na Carta Maior de 1934, que pretendia instituição de um Estado Social, foi dada competência concorrente à União e aos Estados para cuidarem de saúde, cabendo a estes a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a “restringir a mortalidade e a morbidade infantis; de higiene social, impedindo a propagação de doenças transmissíveis; cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais, bem como observar a assistência médica e sanitária ao trabalhador” (MENEZES, 2015, p. 116).

Simultaneamente, nos anos 30 foram criados diversos Institutos de Previdência (IAPs), que ofereciam prestações curativas (e não de promoção, preventivas) ligadas à saúde através de hospitais próprios, mas que, no entanto, beneficiava apenas a respectiva categoria profissional vinculada que contribuísse para o instituto (BARROSO, 2007, p. 13 e 14)³.

Nas Constituições seguintes, de 1937, 1946, 1967 e 1969, não se notaram quaisquer avanços que toquem o direito à saúde. Porém, relevante o fato de que em 1966 os IAPs (Institutos de Previdência) foram unificados na figura do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS, que posteriormente viria se transmutar em INSS), e o atendimento foi alargado, de modo a atender a todo trabalhador urbano com carteira assinada que fosse contribuinte, e não só os profissionais vinculados à determinada categoria profissional (BARROSO, 2007, p. 14).

Isto significa que até 1988 todo o contingente da população brasileira que não integrava o trabalho formal urbano estava **excluído do direito à saúde pública, dependendo por completo da caridade caso não dispusesse de recursos próprios, nos moldes do século XIX** (BARROSO, 2007, p. 14).

E as consequências desta histórica relegação da saúde no cenário brasileiro são inclusive passíveis de demonstração em dados.

Por exemplo, em 1970 no Brasil a taxa de mortalidade infantil foi de 108,68 mortes para cada mil nascidos vivos. Apesar de ter havido drástica melhora em relação ao ano de 1941, em que a mesma taxa foi de 202,33/1000, tal melhora não acompanha estatísticas de países que à época já investiam mais em saúde que nós. Nesse sentido, o Japão apresentou 15,3 mortes por mil nascidos vivos em 1969; o Canadá, 19,3/1000 nascidos vivos em 1969; os Estados Unidos

³ A exemplo: Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM) de 1933, ao qual se seguiram o dos Comerciantes (IAPC) em maio de 1934, o dos Bancários (IAPB) em julho de 1934, o dos Industriários (IAPI) em dezembro de 1936, e os de outras categorias profissionais nos anos seguintes.

da América, 19,8/1000 nascidos vivos em 1970; e a União Soviética, 24,4/1000 nascidos vivos em 1970 (UNES; RONCHEZEL, 1974, versão *online*).

Igualmente, assustadores são os dados referentes à expectativa de vida nas diferentes regiões do Brasil na década de 50. Em Porto Alegre a esperança de vida era de 51 anos; 49 anos em Belém/PA; 37 anos no Recife, e de, tão só, 30 anos no sertão nordestino (número próximo à expectativa de vida da população europeia na Idade Média) (DAVIES, 2012, p. 39). Em comparação com outros países, no ano de 1951, tem-se que, a expectativa de vida na Inglaterra era de 68,9 anos; nos EUA, de 68,3 anos; na Argentina, de 61,8 anos; no Japão, de 61,6 anos; e, na Rússia, de 56,1 anos (ROSER; ORTIZ-OSPINA; e RITCHIE, 2019, versão *online*).

Não sem razão se diz que a Constituição de 1988 é um marco para a cidadania brasileira, pois, à exemplo, como se viu neste tópico, o direito da saúde, que é apenas um dos vários incorporados como garantia dos cidadãos, antes restrito aos contribuintes do INPS (1967), passou em 1988 à **universalidade e integralidade**, cobrindo causalidades tanto dos abastados quanto dos miseráveis, independentemente de qualquer registro ou contribuição, abrangendo desde um remédio para gripe até as mais variadas cirurgias, contribuindo, em última análise, para a justiça social distributiva em um país de desigualdades tal qual Brasil.

Nesse aspecto, convém dar destaque a mencionada amplitude e universalidade das prestações do Sistema Único de Saúde. Dispõe o artigo 7º, II, da Lei 8.080/90, que as ações e serviços públicos de saúde obedecem à “integralidade de assistência, entendida 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” e à “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”, cabendo, ao Município, a prestação direta de serviços básicos; aos Estado, a gestão estadual que possibilite a prestação municipal, bem como a promoção de integração e atualização do sistema; e, à União, cabe atuar como gestora federal.

Ou seja, segundo a Constituição de 1988 e a Lei 8.080/90, “o cidadão não pode ficar desamparado, mormente quando se trata de um direito fundamental que é a saúde, ainda que se trate de enfermidade de alta complexidade e/ou de alto custo” (DAVIES, 2013, p. 7).

Ainda, há que se ressaltar que para além da universalização e integralidade o novo texto constitucional promoveu substancial mudança no conceito de direito à saúde, posto que até 1988 levava-se em conta quase que exclusivamente o aspecto curativo de doenças (saúde vista tão só como uma ausência de doenças), situação que foi radicalmente alterada com o artigo 196 da constituição cidadã, pois para além do curativo foram considerados os aspectos preventivos e de bem-estar do cidadão.

Assim, tomou-se consciência de que o direito à saúde vai muito além da ausência de doenças, pois as doenças não podem ser apreciadas como um mero fenômeno biológico (pessoal daquele ser humano) (DAVIES, 2012, p. 40). Na realidade, CARRAPATO, CORREIA e GARCIA (2017, p. 677 e 680) afirmam que, em geral, fatores externos ao indivíduo acabam por ser mais determinantes para saúde do que a própria condição biológica do sujeito, como é o caso de questões sociais, econômicas e ambientais.

Em artigo, CARRAPATO et al. (2017, 681 e 682) exemplificam as causas exógenas que determinam a saúde: **1) Fatores ambientais**⁴; **2) Fatores econômicos**⁵; e **3) Fatores sociais**⁶

Assim, há que se concluir que a saúde funciona como um termómetro que indica o equilíbrio entre o indivíduo e o meio social, ambiental e econômico em que ele se encaixa.

Não obstante o evidente benefício da inclusão de medidas preventivas e consideração do bem-estar dos indivíduos como aspectos integrantes da saúde, hão de ser considerados também os problemas relacionados à amplitude deste novo conceito, já que bastante subjetivo.

Isso porque partir dessa perspectiva várias outras áreas passam a integrar as ações do Sistema Único de Saúde, o que acaba por minguar o orçamento destinado à pasta. A exemplo, DAVIES (2012, p.41) menciona casos concretos, como na ADI 3087-6/600/RJ, que discute uma Lei Estadual que instituiu Programa de Acesso à Alimentação com recursos advindos da saúde (no qual houve parecer do MPF pela improcedência da ação, ou seja, pela declaração de constitucionalidade da norma), e, ainda, o entendimento de que o problema do alto índice de mortalidade em acidentes de trânsito foi caracterizado como questão de saúde.

Tendo isto em vista, a pergunta que se faz é: é possível conferir a todos os cidadãos integral e irrestrita garantia à saúde (incluídas nesta todas as áreas correlatas)?

2.2 A capacidade do Estado: limites prestacionais e equidade distributiva

⁴ São o impacto que determinados agentes químicos, físicos e biológicos têm sobre a saúde (poluição do ar, água, terra e alimentos, bem como o próprio fenômeno do aquecimento global, pois provado que ondas de frio e calor muito intensas são antecedentes de doenças cardiovasculares, cerebrovasculares, respiratórias e carcinomas da pele).

⁵ Entendidos como a privação material, já que rendimentos (ou a sua ausência suficiente) podem proporcionar (ou não permitir) o acesso a determinados comportamentos que impactam na saúde (como realização de atividades físicas e boas escolhas alimentares). Para provar que indicadores de saúde são reflexo da condição de riqueza material dos indivíduos, mencionam os autores um estudo europeu que concluiu que na França professores com idade média de 35 anos possuem expectativa de vida superior em 9 anos em relação a operários fabris de mesma idade, bem como, na Hungria, os residentes de bairros pobres de Budapeste têm menos 4 anos de esperança de vida em relação a média nacional.

⁶ Tais quais a cultura, estilo de vida, grau de inclusão social, condições de trabalho e educação.

A resposta para questão feita (se é possível ou não conferir a todos os cidadãos integral e irrestrita garantia à saúde) é óbvia e negativa.

Em verdade, os efeitos desta previsão de integralidade e universalidade sem limites mais prejudica do que beneficia a ampla maioria da população.

Como não é possível dar tudo a todos, alguns privilegiados, utilizando o disposto na Constituição, baterão às portas do judiciário em busca de seu irrestrito direito subjetivo à saúde, e os magistrados, interpretando o texto maior, comumente deferem as medidas pleiteadas em detrimento de escolhas políticas de maior abrangência feitas pelo Legislativo e Executivo.

Tal situação acaba por provocar a ‘miopia da microjustiça’, onde o Poder Judiciário favorece pontualmente aqueles que possuem acesso ao judiciário e se esquece de todas as distorções orçamentárias que irão fulminar a isonomia do tratamento entre os nacionais (VIEIRA, 2013, p. 943 e 944).

Gustavo Viera (VIEIRA, 2013, p. 943 e 944) exemplifica a questão da microjustiça com a descrição do caso de Rafael Notarangeli Fávoro:

(...) acometido de uma forma raríssima de anemia, Rafael é amparado pelo SUS por força de decisão judicial, fazendo jus ao ‘tratamento mais caro do planeta’; algo em torno de \$400.500,00 dólares/ano (em valores de 2010) (...). O impacto do julgado salta aos olhos quando se confronta o total de repasse anual do governo federal em matéria de saúde aos municípios brasileiros. O valor do tratamento a um único cidadão em termos absolutos supera o repasse de verbas federais no setor a diversos municípios brasileiros (...). Quadra aqui a discrepância que macula o postulado da igualdade material. **Tratar direitos fundamentais prestacionais sob um viés estritamente privatista engendra distorções como esta, dentre outras notoriamente conhecidas, tal como a determinação de tratamentos médicos experimentais milionários no exterior, àqueles poucos capazes de pagar bons advogados.** (...)

Quer dizer, o ativismo judicial com amplas concessões, para além do problema da ausência de legitimidade democrática do juiz, ofende diretamente a igualdade entre os cidadãos e obstaculiza a própria realização razoável do direito à saúde, na medida em que compromete o orçamento que deveria servir para financiar um SUS de acesso universal, sem diferenciações.

Apesar da análise ser dura, é inviável a ideia de que a saúde é direito individual ilimitado, isso porque, enquanto as necessidades de saúde são basicamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de ser um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse (FERRAZ, VIEIRA, 2009, p. 226). De certo modo, adotar a premissa de que qualquer direito prestacional como tal é ilimitado significa admitir que a efetivação do direito de um se dará às custas da igualdade entre os nacionais (DAVIES, 2013, p. 8).

Isto posto, o Poder Judiciário deve reconhecer a dificuldade na ponderação entre o direito à saúde e os limites prestacionais, já que ignorar a escassez dos recursos implica em erro conceitual grave com repercussões práticas significativas, pois compromete a aplicação adequada dos recursos no ponto de vista da eficiência e da justiça (FERRAZ, VIEIRA, 2009, p. 232), afetando a equidade e universalidade, que também são objetivos do sistema.

É necessário quebrar a ideia de que a assistência à saúde deve ser absoluta, tal noção é uma falácia, impossível de sustentar na prática, pois como magistralmente explicam Holmes e Sunstein (HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 97):

Direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Mas isso é apenas um floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja aplicação pressupõe um gasto seletivo dos tributos arrecadados pode, no final do dia, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado (Legislativo e Executivo) terão de assumir a responsabilidade final. (...) Direitos são relativos, não reivindicações absolutas.⁷

Noutro lado, não há pretensão (e nem necessidade) de que a Constituição da República seja alterada para suprimir o universal e integral direito à saúde (o que representaria, inclusive, um retrocesso vedado). Na realidade, o que se pretende com a discussão sobre a imposição e reconhecimento de limites é que se promova uma racionalização das prestações, de modo a se definir o que o governo tem condições de colocar à disposição da população de modo equânime.

Defende-se, assim, que os tribunais deem nova interpretação aos conceitos de universalidade e integralidade e cooperem com os demais poderes na fixação das prestações de saúde, já que a visão atual é totalmente utópica (entendimento no qual a reserva do possível é inoponível como argumento limitador prestacional).

Neste sentido, Lenir Santos (SANTOS, 2010, p. 178.) esclarece aduzindo que a completitude da assistência deve ser condicionada à viabilidade técnica, científica, epidemiológica, ética e igualitária (protocolos, regulamentos, incorporação de tecnologia, oportunidade da terapêutica sob o ponto de vista ético, moral, científico, padronização técnico-científica de medicamentos etc).

Ou seja, é imperioso que o direito à saúde integral e universal respeite critérios estratégicos, não podendo ser “(...) ser satisfeito de maneira aleatória, conforme exigências individuais do cidadão ou de acordo com a vontade do dirigente da saúde, mas sim o resultado

⁷ HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 97. No original: “Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But there are plainly rhetorical flourishes. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayes contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other brances of government bear the ultimate responsibility. (...) Rights are relative, not absolute claims”.

do plano de saúde que, por sua vez, deve ser a consequência de um planejamento (...)`` (SANTOS, 2010, p. 161 e 162).

Para além, decisões alocativas de recursos são inerentes a própria área financeira-orçamentária (nominadas escolhas trágicas), posto que independentemente da quantidade de recursos públicos que o Estado disponha para concretizar direitos, eles nunca serão suficientes, em especial no âmbito da saúde, onde no estado atual da tecnologia os métodos de tratamento e os respectivos custos são quase infinitos.

Isto posto, não pode ser admitida continuidade da ausência de cooperação entre o Judiciário e os demais poderes (já que aquele simplesmente ignora a tecnicidade do poder Executivo e Legislativo quando define quais tratamentos e recursos o Sistema Público de Saúde pode prestar), sob pena de nos depararmos com a ‘tragédia dos comuns’⁸, pois a ruína é o única coisa certa quando não há sintonia na persecução do interesse público, vez que não há outro destino quando indivíduos (no caso, poderes da República) agem de forma independente e racionalmente conforme interesses próprios, comportando-se de forma oposta aos fins últimos da comunidade.

3 OS IMPACTOS NEGATIVOS DA POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE UM DIREITO À SAÚDE INTEGRALMENTE IRRESTRITO

Conforme se pôde concluir até aqui, não de ser impostos limites à atuação jurisdicional, posto que como fora dito anteriormente, a concretização da saúde por meio deste poder sem observância a critérios formulados com base em regras de justiça distributiva privilegia apenas uma minoria em detrimento da coletividade.

Mas indo além do campo teórico, neste tópico serão analisados dados concretos dos efeitos perversos da ampla concessão de medicamentos e tratamentos de alto custo através da via judicial.

A questão é bastante complicada, e talvez, fossemos robôs, nos parecesse fácil dizer que o melhor para o coletivo é que sempre fossem negados tratamentos de alto custo, tendo em vista que em que pese a vida não ter preço, a saúde tem custo.

Porém, não somos como máquinas, motivo pelo qual, ao se colocar a vida de alguém nas mãos de um magistrado, dificilmente este dará decisão no sentido de retirá-la, afinal, ninguém quer para si a responsabilidade pela perda de uma vida.

⁸ Garret Hardin, 1968.

Esta personalidade que se instaura entre paciente e juiz é, inclusive, capaz de explicar o porquê de soluções diversas em ações individuais e coletivas com mesmo pedido. Em ações individuais tem-se como padrão o deferimento do pleito ao tratamento/medicamento em caráter de urgência, pois ali, o magistrado vê com evidência que a improcedência poderá implicar em morte ou outra grave consequência na saúde do requerente. Já em ações civis públicas que pretendem a concessão/inclusão de certo tratamento/medicamento, a obtenção da procedência não é regra, pois o julgador se distancia de casos concretos, já que o ‘coletivo’ a ser beneficiado em ação difusa ‘não tem rosto’, passando o juiz a de fato ponderar outros argumentos.

Neste sentido George Marmelstein aduz que ações judiciais individuais fazem com que o juiz se afete pela “*heurística do afeto*, também conhecida nas anedotas jurídicas como o *princípio do coitadinho*, que nada mais é do que a tendência de ser afetado emocionalmente pela condição de fragilidade da parte vulnerável e hipossuficiente”, sendo que, “a depender da gravidade da doença e da urgência do caso, o juiz sentirá o peso da responsabilidade de ter uma vida em suas mãos. Deferir o pedido gerará um conforto psicológico e até um certo sentimento de orgulho por ter feito a diferença na vida de uma pessoa. Por sua vez, se o pedido for negado e o paciente morrer, o juiz, mesmo que seja insensível, será cobrado por sua omissão” (MARMELESTEIN, 2017, p. 111).

Em verdade, tais casos são capazes de chacotear a racionalidade humana pelo fato da questão posta entre a eleição de estratégia de gastos pelo administrador e a decisão concreta em deferir ou não um tratamento/remédio ir muito além da mera discussão sobre a colisão de valores/interesses entre o direito à saúde e os princípios orçamentários (reserva do possível).

Neste sentido, Min. Barroso (BARROSO, 2007, p. 4) comenta que “a realidade (...) é mais dramática”, pois em verdade, “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”, razão pela qual nunca haverá “solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”.

Contudo, mesmo levando em conta a dificuldade destas decisões quando o caso chega nas mãos do magistrado, há que se refletir sobre a justiça das tutelas judiciais como forma de resgate da dignidade da pessoa humana, bem como o seu cabimento no âmbito do Estado democrático de direito, afinal, é inegável o impacto negativo concreto que o ativismo irrestrito que consubstancia a concessão desordenada de medicamentos e tratamentos vem provocando.

Uma pesquisa do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – demonstrou que no período entre 2009 e 2016 o gasto do Ministério da Saúde para **cumprir tutelas judiciais que deferiram apenas medicamentos** (e não com todos os demais tratamentos médicos solicitados pela via judicial) foi de R\$ 4,8 bilhões, sendo que só em 2016, os custos

chegaram a ordem de R\$ 1,3 bilhão (VIEIRA, 2018, p. 23).

Para se ter ideia do crescimento das demandas e consequentes concessões judiciais, entre 2010 e 2016 o referido gasto passou de R\$ 199,6 milhões para R\$ 1,3 bilhão, isto é, houve aumento de 547% (VIEIRA, 2018, p. 23).

Em última análise, isso significa que se conjugados os valores apontados pelo IPEA como gastos para cumprimento de decisões, de R\$ 1,3 bilhão, e a despesa total do SUS com medicamentos em 2016, de R\$ 15,5 bilhões, **pode-se afirmar que os gastos para cobrir medicamentos deferidos a um selecionado grupo de pessoas pela via judicial representou 8,3% de todo o orçamento para compra de medicamentos e insumos para toda a rede do SUS, que cobre o assistência medicinal e de insumos para mais de 200 milhões de brasileiros** (VIEIRA, 2018, p. 23 e 25).

A proporção acima apresentada, pode estarrecer ainda mais se o mencionado gasto for analisado em profundidade.

Segundo dados coletados pela FAPESP, dos R\$ 1,3 bilhão destinados ao cumprimento de decisões judiciais em 2016, **R\$ 654,9 milhões foram gastos para compra de dez remédios de alto custo que beneficiaram apenas 1.213 pacientes** (PIERRO, 2018, p. 21).

Dentre os R\$ 654,9 milhões, o remédio que ensejou maior gasto pelo Ministério da Saúde foi o **Soliris** (destinado ao tratamento da síndrome hemolítico-urêmica – SHU, que é um tipo raro de anemia de origem genética que causa doença renal crônica e hipertensão pulmonar), que através de ações judiciais custou aos cofres públicos a monta de R\$ 391,8 milhões para tratamento de 336 pacientes (o que equivaleu a 2.5% do orçamento medicinal do SUS no respectivo ano).

Sendo assim, cada um dos 336 pacientes que conseguiram a tutela judicial para que o Ministério da Saúde fornecesse o **Soliris** consumiu R\$ 1,16 milhões no ano de 2016, enquanto que o resto da população brasileira, cerca de 207 milhões de pessoas, dividiram todo o orçamento previsto para compra de medicamentos do SUS, de R\$ 15,5 bilhões, o que significa dizer que cada um destes que não foram beneficiados por tutela judicial puderam ter proveito de, mais ou menos, apenas R\$ 80,00 em assistência medicinal.

Convém ressaltar que o **Soliris** sequer é o medicamento mais caro objetivado em ações judiciais, já que os remédios: **Elaprase** (tratamento da síndrome de Hunter), o **Juxtapid** (tratamento de hipercolesterolemia homocigótica), e o **Translama** (tratamento de distrofia muscular) têm custo ainda superior. Em 2016, custaram, por paciente, respectivamente, R\$ 1,18 milhão, R\$ 1,4 milhão e R\$ 1,3 milhão (PIERRO, 2018, p. 21). E, também, que a doença tratada com o Soliris pode ser curada por um transplante de medula óssea, cirurgia que tem

valor médio de R\$ 50 mil, mas que, no entanto, representa chance de 30% de complicação. Assim, a não assunção do risco pelo paciente portador da doença, aos olhos do judiciário, faz garantir a este um custoso tratamento vitalício, em detrimento de outras tantas milhões de pessoas que poderiam ser beneficiadas pelo uso do dinheiro público em prol da coletividade

Apenas a título de comparação, com o valor gasto para cumprimento das decisões judiciais afetas a medicamentos de alto custo em 2016, R\$ 1,3 bilhão, é possível manter por um ano, com todas as despesas pagas, o Hospital das Clínicas de São Paulo (Hospital Universitário da USP), que atualmente é o maior complexo hospitalar da América Latina, e que atende, por dia, cerca de 35 mil pessoas.

Os exorbitantes valores despendidos só tendem a crescer, bastando olhar para o relatório do Conselho Nacional de Justiça, que aponta que entre 2008 e 2017 as demandas relativas ao direito à saúde aumentaram em 130% (em números, foram 41.453 processos distribuídos em 2008, contra 95.752 processos em 2017) (CNJ, 2019, p. 44 e 45).

Por tais razões, há que se reconhecer que está em jogo um evidente conflito de dois valores constitucionais consagrados, quais sejam, a igualdade material e o direito social à saúde. De modo que simplesmente não há como ignorar que o direito à saúde interpretado pelos magistrados como amplo e irrestrito deveria ser ponderado com a questão do custo e das possibilidades fáticas do Estado.

Em uma primeira análise pode parecer cruel a defesa de que o direito à saúde (e consequentemente à vida) deve ser ponderado com a equidade e distributividade do sistema de saúde (que deve visar atingir de forma igual o máximo de pessoas possível), no entanto, é preciso reconhecer o ativismo judicial nos moldes como tem sido exercido não promove equidade e nem tampouco resgata dignidade humana da maior parte dos brasileiros. Na verdade, nem mesmo se pode afirmar que tais concessões judiciais promovem a inclusão dos menos favorecidos socialmente, dos realmente necessitados.

Como se sabe, o acesso à Justiça no Brasil acaba por ser restrito a uma parcela pequena da população, já que a maioria dos cidadãos, ou não têm ideia dos direitos que possui, ou sequer têm condições de levar qualquer demanda à apreciação do magistrado.

Utópico é o contra-argumento de que o acesso à justiça é universal, pois em que pese ser direito fundamental, sabe-se que na prática os cidadãos com menor grau de instrução ou que sejam economicamente vulneráveis possuem pouquíssimo ou nenhum acesso. Basta ver, por exemplo, que a Defensoria Pública (órgão que é a base do acesso ao judiciário pelas classes mais baixas) atende apenas 28% das comarcas do Brasil (média nacional), sendo que sequer é possível dizer se o serviço prestado é eficiente, considerando a proporção de cargos de defensor

em relação a população atendida (por exemplo, em Santa Catarina a taxa é de 74.849 pessoas com renda até 3 salários-mínimos por Defensor Público; no Rio Grande do Norte, são 61.945 pessoas com até 3 salários por cargo provido; seguidos por Amazonas (53.479); Bahia (49.218); e São Paulo, (48.432) (IPEA, 2013, p. 35 e 37).

A consequência, portanto, é que aquelas pessoas que mais precisam, os que realmente morrem em filas de hospitais públicos por ausência de atendimento básico, não são beneficiadas pelas ‘políticas públicas judiciais’ (pois simplesmente não têm acesso ao judiciário). Ainda, se afirma com convicção que as concessões judiciais acabam por lhes desfavorecer, já que promovem a realocação coercitiva de recursos disponíveis em benefício de pouquíssimos, recursos que seriam aplicados em prol da coletividade.

Sendo assim, o ativismo provoca um efeito duplamente regressivo, pois para além de se dar algo a poucos que têm acesso à jurisdição (oposição à equidade distributiva, que se pauta na progressividade), são retirados recursos que seriam aplicados ao coletivo, onde em muito maior número se encontram os miseráveis no sentido próprio da palavra.

Há, inclusive, um estudo interessante nominado sobre a tese da judicialização da saúde pelas elites, onde Marcelo Medeiros levanta dados sobre 195 indivíduos que obtiveram no judiciário determinação de aquisição de medicamentos com custo médio individual que ultrapassava R\$ 1,1 milhão. Verificou-se, na ocasião, que dos 195 indivíduos, 155 foram representados por advogados privados, 20 por defensores e procuradores públicos, e sobre 21 não foi possível obter a informação. Para além, constatou-se que dos 177 indivíduos sobre os quais se teve informação completa, apenas 56 residiam na mesma cidade do tratamento antes do seu início, ou seja, o restante, 121 indivíduos, migraram para cidades onde o tratamento poderia ser melhor prestado, o que por si só já indica certo poder aquisitivo para procurar o que de melhor há no que toca à saúde, tanto é que 83 pacientes (58% dos indivíduos com informação completa) se tratam em hospitais que de algum modo estavam relacionados à pesquisa em doenças genéticas (MEDEIROS, DINIZ e SCHWARTZ, 2013, p. 1093 e 1094).

No mesmo sentido, Fernanda Terrazas foi capaz de comprovar o que se expõe de forma ainda mais objetiva, já que a pesquisadora mapeou a condição socioeconômica de certo grupo de pessoas que em determinado lapso temporal obtiveram tutela judicial que lhes concedeu medicamentos para tratar doenças como: câncer, artrite, diabetes, doenças cardiovasculares, osteoporose, synages, entre outras. A conclusão dela, mesmo que não seja relativa a dados atuais, aponta que, em um grupo de 160 entrevistados: A) 60% tinha casa própria totalmente quitada (e 11% tinha casa própria, mas ainda estava pagando prestações); B) 60% não utilizavam o SUS para outras prestações que não o fornecimento do medicamento

via tutela jurisdicional; C) 49% classificava sua vizinhança como classe média (20% como classe média baixa e 20% como pobre); e, o mais importante, D) 60,62% dos entrevistados teve a prescrição do medicamento em estabelecimentos hospitalares privados, sendo que outros 13,13% obtiveram receita em estabelecimentos do SUS convencionais e os 26,25% que sobraram tiveram prescrição em hospitais do SUS que eram referencia no tratamento das doenças (SUS – Referencial são aqueles hospitais ligados à Universidades públicas, que oferecem serviços considerados de excelência) (TERRAZAS, 2010, p. 100-105).

Nota-se, portanto, uma ‘inversão cruel em razão da escassez’, onde se garante mais direitos àqueles que possuem condições de socorrer ao Poder Judiciário, enquanto que aos desfavorecidos resta literalmente o que ‘sobrar’ (SILVA, FARIAS, 2013, p. 155).

Não obstante, outro fato perverso do ativismo é que antes da fixação de critérios (e para ações ajuizadas antes da definição destes, as quais não se aplicam as regras estabelecidas) para concessão de medicamentos pelo Superior Tribunal de Justiça em 2018 (REsp 1657156/RJ) e pelo Supremo Tribunal Federal em 2019 (RExt 657718/MG), por vezes era deferida judicialmente a compra de medicamentos sobre os quais sequer havia eficácia médica comprovada para tratamento da doença do requerente, o que significa que aquele dinheiro foi gasto totalmente em vão. Houveram julgados, inclusive, em que o Superior Tribunal de Justiça foi contra argumentos científicos que não recomendavam o tratamento/medicamento, fatos que não convenceram os Ministros a não obrigar o Estado a fornecê-los.

Daniel Wang aponta caso no qual foi possível ver o ativismo judicial em seu sentido mais puro (de excesso de competência política por um magistrado), situação que beira o absurdo argumentativo. No Mandado de Segurança 8895 se pleiteava tratamento de Retinose Pigmentar a ser realizado em Cuba, tratamento que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia, bem como pesquisas científicas relatadas pela literatura médica apontavam para sua total ineficiência. Apesar disto, o então Ministro do STJ, Luiz Fux, argumentou que pareceres médicos não poderiam ser determinantes para se negar financiamento, pois estudos médicos são falhos, e que seria razoável “opinar pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado”. Na mesma linha, o Ministro José Delgado, em relação aos pareceres científicos sobre o tratamento, dispôs que aquela discussão científica a respeito da eficácia ou não, não estava em jogo, e que o mínimo direito de um cidadão é a visão, razão pela qual

⁹ ROMS (STJ) n. 17903, DJ, 20 de Setembro de 2004, par. 215; REsp (STJ) n 353147, DJ, 18 de Agosto de 2003, p.187; MS (STJ) n. 8895, DJ, 7 de Junho de 2004, par. 151; REsp (STJ) n. 684646, 30 de Maio de 2005, par. 247; ROMS (STJ) n. 11183, DJ, 4 de Setembro de 2000, par. 121; ROMS (STJ) n. 17449, DJ, 13 de Fevereiro de 2006, par. 719. – WANG, 2009, p. 44.

opinar pela procedência da ação constitucional (WANG, 2009, p. 44).

Ou seja, enquanto o judiciário compromete recursos da saúde argumentando em favor da ‘esperança’ de cura de um cidadão que tem acesso à jurisdição, outros inúmeros, milhões de brasileiros, ‘sem rosto’ para os olhos do juiz concernido pela petição inicial, padecem em filas, morrem em hospitais por ausência de atendimento ou até mesmo de medicamentos básicos, essenciais.

O que se afirma, quanto à falta de medicamentos básicos, inclusive, tem fundamento de rigor científico, já que em estudo realizado pela Revista de Saúde Pública em 2017 se constatou que a disponibilidade média de medicamentos de atenção primária do SUS foi de 52,9%¹⁰ em âmbito nacional, e, tão somente, de 44,6% e 46,3% nas regiões Norte e Nordeste, respectivamente. Com relação à percepção dos responsáveis pela distribuição dos medicamentos nas unidades de saúde, 38% destes afirmam que a falta de medicamentos ocorrem sempre ou repetidamente nas unidades de atenção primária do SUS (NASCIMENTO, 2017, p. 3, 4 e 8).

Portanto, a verdade é que sequer há recursos para prestação da saúde em nível básico, o que faz com que o ativismo judicial, na prática, seja responsável pela retirada do direito de muitos para dar a poucos, em total aversão à lógica da igualdade material e distribuição equitativa dos recursos do Estado. Nas palavras de Luiza Heimann, diretora do Instituto de Saúde do Estado de São Paulo (um dos mais afetados pela judicialização), “O problema é que o direito individual está prevalecendo sobre o coletivo”, de modo que, segundo a especialista, cuidar da saúde da população não é cuidar da somatória de indivíduos doentes (pouco importando quanto custe cada um), mas sim traçar um perfil epidemiológico a fim de que a política pública da saúde possa cobrir de forma igualitária o maior número de pessoas (PIERRO, 2018, p. 24).

Repisa-se, desta forma, o fato de que as concessões judiciais de políticas públicas afetas à saúde promovem a ‘miopia da microjustiça’, pois ao se ver notícia de que foi deferido tratamento/medicamento pela via judicial, em um primeiro momento pode-se ter a falsa percepção de que está sendo concretizado direito fundamental à saúde, e que isto é totalmente cabível em face de grave risco à vida de um indivíduo.

No entanto, este grave risco à vida não justifica tratamento diferenciado daquele que pleiteia a tutela judicial de urgência em face dos demais anônimos que igualmente utilizam o

¹⁰ Pesquisa em estabelecimentos públicos dos mais diversos tipos, tais quais: unidades básicas de saúde; posto de saúde; farmácias públicas, dentre outros.

Sistema Único de Saúde, afinal, o grave risco à vida é característica compartilhada entre ambos (VIEIRA, 2013, p. 943), com a única diferença de que um tem condições de bater às portas do judiciário e o outro, não.

Não se trata, todavia, de simplesmente excluir por completo a tutela de todos aqueles que demandam judicialmente medicamentos especiais, mas sim, de ser feita melhor análise sobre os pedidos, ponderando sobre a razoabilidade dos mesmos e, ainda, respeitando a tecnicidade que pauta a integralidade da prestação definida por órgãos técnicos dos Poderes Legislativo e Executivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou demonstrar que a atual interpretação jurisprudencial no sentido de considerar o direito à saúde como um direito ilimitado, admitindo de forma ampla a atuação do magistrado ativista na concretização de tal direito é postura inviável.

Inviável pois implica em evidente ofensa à justiça equitativa na distribuição dos recursos de saúde, já que, como visto, a consciência sobre o custo dos direitos é algo insuperável, pois a saúde pode até não ter preço, mas tem custo, de forma que, adotar a premissa de que tal direito é ilimitado significa admitir que a efetivação deste para certos indivíduos se dê às custas da universalidade e da equidade, já que como não se poderá nunca dar tudo a todos, se dará menos ou nada a outros (DAVIES, 2013, p. 8).

A subversão da lógica da realidade e ignorância do Poder Judiciário quanto ao custo dos direitos vai contra as próprias possibilidades fáticas do Estado, comprometendo a equidade objetivada para o sistema de saúde. Os números não mentem, e como visto, dados atestam que, em 2016, os gastos para cumprir ordens judiciais de compra de medicamentos representaram 8,3% de todo orçamento para compra de remédios e insumos do SUS, que supostamente deveria cobrir a assistência medicinal de 207 milhões de brasileiros, mas que, sendo insuficiente (orçamento geral), acabou por justificar o fato de que em 2017 verificou-se que a disponibilidade de medicamentos básicos na rede ampla do SUS foi de apenas 52%.

Vê-se, portanto, a insustentabilidade da continuidade do sistema vigente, onde cada cidadão pode pleitear medicamentos/tratamentos de forma ampla, sendo privilegiados em detrimento do coletivo, sem que haja qualquer rigor técnico na concessão destes e sem que se atente à equidade que deve ser dispensada na prestação dos serviços de saúde.

Razão pela qual, nem mesmo os critérios recém adotados pelo Superior Tribunal de Justiça em 2018 (REsp 1657156/RJ) e pelo Supremo Tribunal Federal em 2019 (REExt

657718/MG) são suficientes para corrigir a distorção instaurada, pois foram fixados requisitos fáticos, não técnicos (já que não se leva em conta o custo benefício e a capacidade de cura, por exemplo). Para o STJ, a concessão de medicamentos/tratamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige, apenas: A) comprovação, por laudo médico fundamentado, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento/tratamento, bem como da ineficácia daqueles que já constam na lista do SUS; B) comprovação da incapacidade financeira do paciente para arcar com os custos; c) que o medicamento possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Já o STF, sem alterar o fixado pelo C. STJ, dispôs que excepcionalmente deve ser admitida concessão de remédio sem registro na ANVISA, desde que comprovado: o pedido de registro; a mora da autarquia em analisar a questão; a existência de registro em agências internacionais; e, por fim, a inexistência de substituto terapêutico no Brasil.

Apesar da adoção de qualquer critério já ser um avanço no que toca ao controle das decisões judiciais nestes casos, é forçoso concluir que a mera exigência de registro na ANVISA (que eventualmente pode inclusive ser dispensada), a hipossuficiência do paciente e eficácia do medicamento/tratamento irão perpetuar a concessão de prestações inequânimes, razão pela qual, imperiosa reforma na jurisprudência a fim de adotar modelo que consiga proceder com o máximo de efetividade do direito à saúde em conjunto com respeito a equidade almejada pela carta constitucional de 1988.

Interpretar corretamente o direito constitucional à saúde é escolher racionalmente a alocação dos recursos em prol de toda coletividade, o que apenas é possível quando a decisão se toma com base em critérios técnicos, pelos poderes Executivo e Legislativo, que de fato são os legitimados a escolher como recursos escassos devem ser gastos, por serem conhecedores do nível e dos meios de proteção.

Em sendo assim, não se deve admitir que o judiciário tenha a ampla prerrogativa de decidir sobre a alocação de recursos de saúde, favorecendo indivíduos ou grupos em casos concretos, pois isto acaba com os esforços de planejamento de política pública que beneficie maior número de pessoas e de fato pode concretizar a universalidade igualitária da saúde.

Por fim, ressalte-se que não se defende que a análise do direito a saúde seja excluída do Poder Judiciário, mas sim, que seus poderes sejam limitados neste ponto. Por exemplo, ao invés de conceder a liminar e ordenar a compra de medicamento, tenha o magistrado apenas poderes para ordenar que o executivo promova a inclusão de medicamento para tratamento da doença acometida, sem dizer, portanto, qual medicamento, deixando a análise técnica da definição a serviço do órgão que têm competência para tanto. Ou, ainda, que as questões da

saúde no caso de medicamentos de alto custo só sejam admitidas se intentadas em sede de ações coletivas ou em controle abstrato de constitucionalidade.

Adotados parâmetros como os mencionados acima (os quais não se pretendeu esgotar), estar-se-ia conjugando a máxima efetividade do direito à saúde com a igualdade material, pois todos os cidadãos só teriam acesso à prestação/medicamento se esta/este pudesse ser concedido à coletividade, já que necessária sua inclusão na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS pela via ordinária, com observância à critérios técnicos, de modo que o juiz apenas serviria de impulso, dando ordem que os poderes políticos procedessem com o alargamento ou revisão da lista de prestações e serviços em prol da coletividade, e não do individual.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral da República**, Porto Alegre, v. 31, n. 66, 2007 (dez). Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em junho de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, São Paulo, Vol. 5, nº1, 2012, p. 23/32.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília. 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>, acesso em 02/01/2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**.

BRASIL. Instituto Nacional De Pesquisas Aplicadas (IPEA). **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, 2013.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites Constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível x mínimo existencial**. Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_ana_carolina_davies2013.pdf, acesso em 02/01/2020.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatium, 2012.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 52, nº 52, 1/2009, p. 223-251. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>, acesso em 02/01/2020.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 2000.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora e SCHWARTZ, Ida. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & saúde coletiva**, v. 18, n. 4, Rio de Janeiro, 2013.

MENEZES, Vitor Hugo Motas de. **Direito à saúde e reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2015.

MARMELSTEIN, George. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105, acesso em janeiro de 2020.

NASCIMENTO, Renata Cristina Rezende Macedo do. Disponibilidade de medicamentos essenciais na atenção primária do Sistema Único de Saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 51, supl. 2, 10s, 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102017000300303&lng=pt&nrm=isso, acesso em janeiro de 2020.

ROSER, Max; ORTIZ-OSPINA, Esteban; RITCHIE, Hannah. Life Expectancy. **Journal: Our World In Data**. 2019. Disponível em: <https://ourworldindata.org/life-expectancy>, acesso em janeiro de 2020.

PIERRO, Bruno de. **Demandas crescentes.** **Revista Pesquisa Fapesp**, São Paulo, v. 18, n. 252, p. 18-25, fev. 2017. Disponível em http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf, acesso em janeiro de 2020.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e sistema único de saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. *In* **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Ed. Saberes, 2010.

SILVA, J. C. L.; FARIAS, V. C. Direito de acesso integral a medicamentos no Brasil: reflexões à luz da judicialização da saúde e da “tragédia dos comuns”. **Revista de Estudos Internacionais (REI)**, João Pessoa, v. 4, n. 1, p. 148-162, maio, 2013.

STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 8, no 2, maio/ago. 2003, 257-301p.

TERRAZAS, Fernanda. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos.** *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, p.79-115. 2010.

UNES, João; RONCHEZEL, Vera Shirley Carvalho. Evolução da mortalidade geral, infantil e proporcional no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 8, p. 3-48, June 1974. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489101974000500002&lng=en&nrm=iso, acesso em janeiro de 2020.

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. Direitos prestacionais e igualdade material: as escolhas trágicas da decidibilidade constitucional. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.2, 2o quadrimestre de 2013.

WANG, Daniel. **Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2009.