

ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO ESPÍRITO SANTO*

Alexandre Fernandes da Silva**

Karlla Assad da Silva***

Stefania Becattini Vaccaro****

Fabiane Machado Barbosa*****

RESUMO: Esse estudo objetiva analisar a intervenção do Poder Judiciário na prestação, pelo Executivo, de serviços de saúde à coletividade no estado do Espírito Santo nos anos de 2005 a 2009. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa empírico com a aplicação de questionários qualitativos e com a parametrização estatística das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ-ES) durante o mesmo período. O estudo buscou ainda apresentar os principais argumentos teóricos colocados no debate da (in)eficácia da saúde, tais como reserva do possível e mínimo existencial. Os resultados evidenciaram a majoritária procedência dos pedidos pelo Judiciário, obrigando o Executivo a reordenar a prestação de serviços de saúde para atender aos pleitos individualizados em detrimento de um planejamento para o desenvolvimento da prestação de uma saúde social coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde pública. Direito social. Judicialização da saúde.

Introdução

A base atual da visão estatal sobre a saúde está expressa nos arts. 194 e 195 (“Da Seguridade Social”) e nos arts. 196 a 200 (“Da Saúde”) da Constituição Federal de 1988 (CF88), os quais elegem como objetivos precípuos: a universalidade de cobertura e de atendimento; a seletividade e a distributividade dos benefícios e serviços.

* Enviado em 4/5, aprovado em 25/7, aceito em 18/12/2012.

** Acadêmico em Direito – Faculdade Estácio de Sá de Vitória; bacharel em Odontologia – Universidade Federal do Rio de Janeiro; residência em Saúde da Família – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca / Fundação Oswaldo Cruz; cirurgião-dentista. Faculdade de Direito, Graduação. Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: alexfesil@yahoo.com.br.

*** Acadêmica em Direito – Faculdade Estácio de Sá de Vitória; Bacharel em Odontologia – Universidade Federal Fluminense; especialista em Farmacologia – Universidade Federal de Lavras; residência em Saúde da Família – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca / Fundação Oswaldo Cruz; cirurgiã-dentista. Faculdade de Direito, Graduação. Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: karlla-assad@yahoo.com.br.

**** Doutoranda em Sociologia e Direito – Universidade Federal Fluminense; mestre em Política Social, Estado e Sociedade – Universidade Federal do Espírito Santo; especialista em Bioética – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: fanivaccaro@yahoo.com.br.

***** Mestre em História Social das Relações Políticas – Universidade Federal do Espírito Santo; professora da Faculdade Estácio de Sá de Vitória; advogada. Faculdade de Direito, Graduação. Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: prof.fabianemachado@hotmail.com.

Além disso, o tema também é regido por normas infraconstitucionais, as quais fornecem as diretrizes a serem seguidas para a implementação da saúde pública no país, tendo como foco a regulamentação e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Tais normas são a Lei nº 8.080/90 - que regulamenta o SUS e dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes - e a Lei nº 8.142/90 - que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área.

No entanto, apesar da existência desses e outros dispositivos regulamentando a operacionalização do sistema, é notória a infinidade de obstáculos que a saúde pública enfrenta para, definitivamente, efetivar-se como um real direito social universal e igualitário para os cidadãos. Um dos mais evidentes é o equacionamento entre a disponibilidade de recursos públicos e a concessão universal de serviços de saúde, já que a efetivação de direitos sociais, de acordo com Galdino (2002), está atrelada às possibilidades econômicas e financeiras do Estado, no que se denomina "reserva do possível".

Assim, é inevitável que o Estado leve em conta as "impossibilidades materiais das prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações estejam expressamente previstos no texto constitucional e, nesta qualidade, sejam objeto de reconhecimento jurisdicional" (GALDINO, 2002, p. 174). Diante disso, é certo vislumbrar que as necessidades de saúde da população são enormes; enquanto os recursos públicos são finitos, o que estabelece um impasse para a ampliação efetiva dos direitos sociais.

Diante desse impasse, torna-se imprescindível à Administração Pública fazer escolhas e priorizar as áreas nas quais o dinheiro público disponível será investido, tendo claro que a Constituição, como norma de observância obrigatória, vincula suas escolhas e estabelece de certa forma os fins que devem ser prioritariamente buscados ao bem comum (BARCELLOS, 2010).

De forma prática, contudo, às vezes há uma dissonância imediata entre o interesse individual e os interesses coletivos. Não raro, um indivíduo apresenta uma necessidade de saúde específica que precisa ser atendida para garantia do seu próprio direito à vida, mas que encontra óbice na falta de previsão de recursos públicos. Isso tem conduzido à busca do Judiciário como esfera institucional assecuratória da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, dando ensejo a um processo crescente de interferência do Judiciário na esfera das políticas de saúde, o qual se cunhou de "judicialização da saúde".

Para Barroso (2007), tal fato tem intrínseca relação com o reconhecimento da força normativa dada à Constituição, conquista do constitucionalismo contemporâneo, o qual garante, entre outros direitos, a saúde como um direito fundamental, ao enumerar uma série de princípios e ressaltar a necessidade de ações positivas do Estado para a efetivação do acesso universal à saúde. Com isso, os indivíduos tornaram-se mais conscientes de seu direito ao exercício de ação quando da ameaça ou lesão a um direito assegurado constitucionalmente.

Entretanto, há uma impossibilidade prática - pelos recursos finitos - de se atender a todos os pleitos (individuais e/ou coletivos), de modo que é preciso que o Poder Público - nas suas três esferas - busque estabelecer instrumentos de avaliação para a tomada das decisões judiciais dentro da racionalidade e da correção de uma macrojustiça capaz de funcionar como meio redutor das desigualdades socioeconômicas e, portanto, efetivador dos direitos fundamentais.

1 Direitos de cidadania

Após a 2ª Guerra Mundial, estabeleceu-se no mundo uma onda de reavaliação e ordenação do conteúdo dos direitos - impulsionada pelos movimentos de discussão dos Direitos Humanos -, buscando trazer ao centro do ordenamento jurídico o princípio da dignidade humana. Foi neste cenário que as raízes do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo se fincaram para fornecer o entendimento de que a Constituição não é uma mera carta de princípios políticos, mas sim uma norma jurídica central vinculante dos Poderes Públicos, já que traz em seu texto os valores mais caros à construção de uma dada sociedade.

No Brasil, o debate do constitucionalismo contemporâneo aportou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo o constituinte destacado no texto os direitos fundamentais em razão de serem eles concernentes à realização da própria dignidade humana.

A doutrina pátria costuma ordenar esses direitos em função da evolução histórica associando-os a três gerações¹ (ou dimensões) sem, no entanto, configurar uma transposição de uma para outra, mas sim, torná-las parte de um mesmo todo, formando uma intrincada equação. São denominados direitos de primeira geração os concernentes aos direitos de liberdade, incluindo os direitos individuais e os políticos; a segunda geração corresponde aos direitos de igualdade substancial, isto é, os direitos sociais, econômicos e culturais; já na terceira geração encontram-se os direitos de solidariedade transindividuais, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio histórico, o direito à paz e ao desenvolvimento (BINENBOJM, 2002).

Justamente por ter contemplado um amplo espectro de direitos e por ter elegido a dignidade humana como fundamento da República Federativa Brasileira a CF88 tornou-se conhecida como a Constituição Cidadã, pois foi o primeiro texto a integrar de modo sistematizado os direitos sociais ao elenco dos direitos fundamentais (anteriormente eles estavam pulverizados no capítulo referente à ordem econômica e social). É preciso ainda ter claro que essa dimensão ganha ares de maior importância num país historicamente marcado por gritantes níveis de desigualdade social.

1.1 O acesso à saúde

Ao longo dos anos, a saúde pública no Brasil foi marcada por barreiras ao acesso universal e por um sistema centralizador. Contudo, a CF88 encerrou este capítulo e positivou a saúde como um direito inerente ao homem dentro do "mínimo existencial", em

que o Estado deve assegurar um conjunto mínimo de direitos ao indivíduo para que ele possa encontrar o meio de desenvolvimento de suas potencialidades (BINENBOJM, 2002).

Assim, o sistema de saúde foi aberto ao acesso por toda a população, independentemente de qualquer critério ocupacional ou de aferição de rendimentos (FAVARET FILHO; OLIVEIRA, 1990). No entanto, na prática diária são constatados déficits substanciais de atendimento. Diante disso, a pergunta que se estabelece é: como materializar melhores e mais eficazes políticas de saúde para um maior número de pessoas?

Sabe-se que a realização dos direitos sociais, conforme asseveram Piovesan e Vieira (2006), caracteriza-se pela gradualidade de seu processo de implementação, o qual depende em grande parte de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. De tal modo que, comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da Administração Pública, não se poderá razoavelmente exigir dela a efetivação do comando fundado no texto da Carta Magna. Todavia, não se pode ignorar que as escolhas do Estado no planejamento da alocação de recursos expressam os valores da sociedade em questão por assegurar a tutela de determinados direitos (CALBRESI; BOBBIT apud GALDINO, 2002) e que a saúde foi consagrada no texto de 1988 como um direito fundamental. É, portanto, em nosso entender, justamente essa distância entre o texto proclamado e a prática vivenciada por milhares de brasileiros que está na causa da judicialização da saúde.

1.2 A judicialização da saúde no Espírito Santo

A fim de tentar identificar alguns elementos que permitam a melhor compreensão do fenômeno da judicialização da saúde, esta pesquisa levantou as decisões individuais e coletivas proferidas nos anos de 2005 a 2009,² no âmbito do poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, em relação às demandas por prestação de serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Para essa análise, foram coletadas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ-ES) a respeito do tema no sítio eletrônico oficial do tribunal. Os dados obtidos foram analisados de forma quantitativa a fim de permitir melhor visualização dos resultados ao evidenciar a frequência com que aparecem.

Concomitantemente, esses dados foram comparados com informações obtidas por meio de questionários semiestruturados (modelo utilizado no anexo A) endereçados à Secretaria Estadual de Saúde do Espírito Santo, à Defensoria do Estado do Espírito Santo e à Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Os respectivos órgãos indicaram os responsáveis pelo setor de que trata o tema. Assim, na Secretaria Estadual de Saúde, o questionário foi respondido pela coordenadora do Fórum Intersectorial Permanente de Assistência Farmacêutica do Estado do Espírito Santo, vinculado à Gerência Estadual de Assistência Farmacêutica (GEAF) do Estado do Espírito Santo. Na Defensoria Pública, foi respondido pela defensora atuante na 2ª Defensoria Fazendária de Vitória - responsável pelo desempenho das funções institucionais da Defensoria Pública perante as duas varas da Fazenda Pública Estadual. Quanto ao questionário endereçado ao Procurador Geral de Justiça, não houve retorno, mesmo após o prazo de dois meses para resposta.

Os questionários continham perguntas abertas e fechadas. Tanto à Secretaria Estadual de Saúde quanto à Defensoria Pública foram feitas as seguintes abordagens: se há algum tipo de controle de dados das demandas de judicialização de saúde por parte dessas instituições; se o que se pleiteia são medicamentos/procedimentos constantes da listagem do SUS ou extralistagem; se, quando as decisões são favoráveis à concessão de auxílio à saúde, há um acompanhamento a fim de identificar as questões fáticas envolvidas e/ou a ocorrência das possíveis fraudes; se existe atualmente algum procedimento administrativo para se evitar o ajuizamento de ações pertinentes à saúde; e, por fim, se há outros pontos relevantes acerca do debate.

De forma complementar, também foram feitas perguntas individualizadas a ambos os órgãos. À Defensoria Pública, foram abordadas as seguintes questões: se nos últimos cinco anos foi verificado um crescimento ou não da procura para ajuizamento de procedimentos de saúde; e se há alguma tentativa de intermediação de acordo entre o autor e o Estado. À Secretaria Estadual de Saúde, foi perguntado qual o impacto orçamentário no ano de 2010 a respeito do tema.

2 Análise dos dados obtidos

No levantamento de dados no sítio eletrônico do TJ-ES, foram identificados 349 julgados versando sobre o tema concessão de procedimentos de saúde pela rede pública (SUS). Todas as demandas foram individuais e contra a Fazenda Pública.

O gráfico 1 demonstra a quantidade de julgados por ano estudado, relacionando-os com a quantidade de julgados favoráveis ao demandante.

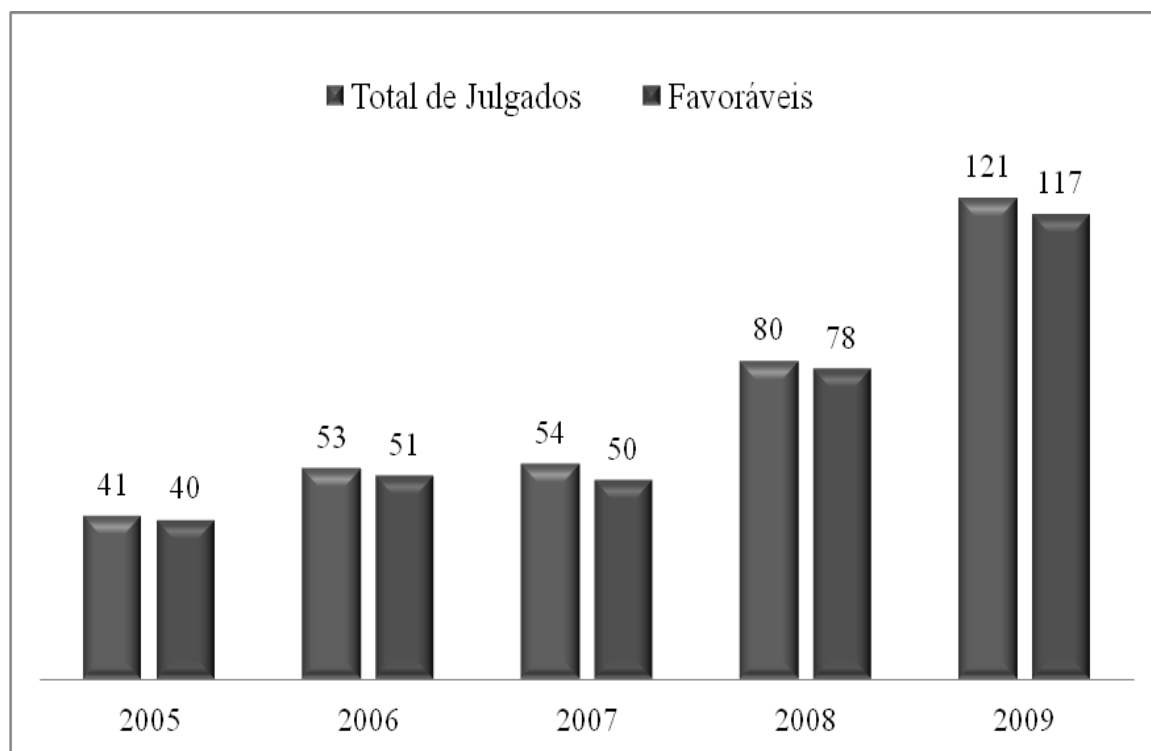


Gráfico 1: Relação entre o total de julgados e os julgados favoráveis que pleitearam no TJ-ES procedimentos de saúde a serem realizados pelo SUS entre os anos de 2005 e 2009.

Percebe-se pelo gráfico 1 que, ao longo dos anos, a demanda pleiteando a concessão individual de serviços de saúde a serem fornecidos pela rede pública do estado do Espírito Santo aumentou progressivamente - ao ponto de em 2009, quando comparado a 2005, ter havido um aumento de aproximadamente 195%.

No entanto, há de se ressaltar que os dados apresentados no gráfico 1 espelham um movimento maior em curso no Judiciário brasileiro e não exclusivo do estado do Espírito Santo. Para ilustrar esse quadro, destaca-se o estudo de Silva (2009), em que, de 44 acórdãos pesquisados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça entre 2005 e 2009, 36 foram favoráveis à pretensão de concessão de medicamentos ou outros tratamentos pela rede pública de saúde. Ainda essa mesma pesquisa no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região também demonstrou ter havido 77 acórdãos favoráveis ao demandante, e apenas 6 contrários.

Em outra perspectiva de análise, qual seja, em relação aos julgados em sede originária e recursal pelo TJ-ES, o gráfico 2 demonstra a quantidade de cada um deles nos anos de 2005 a 2009.

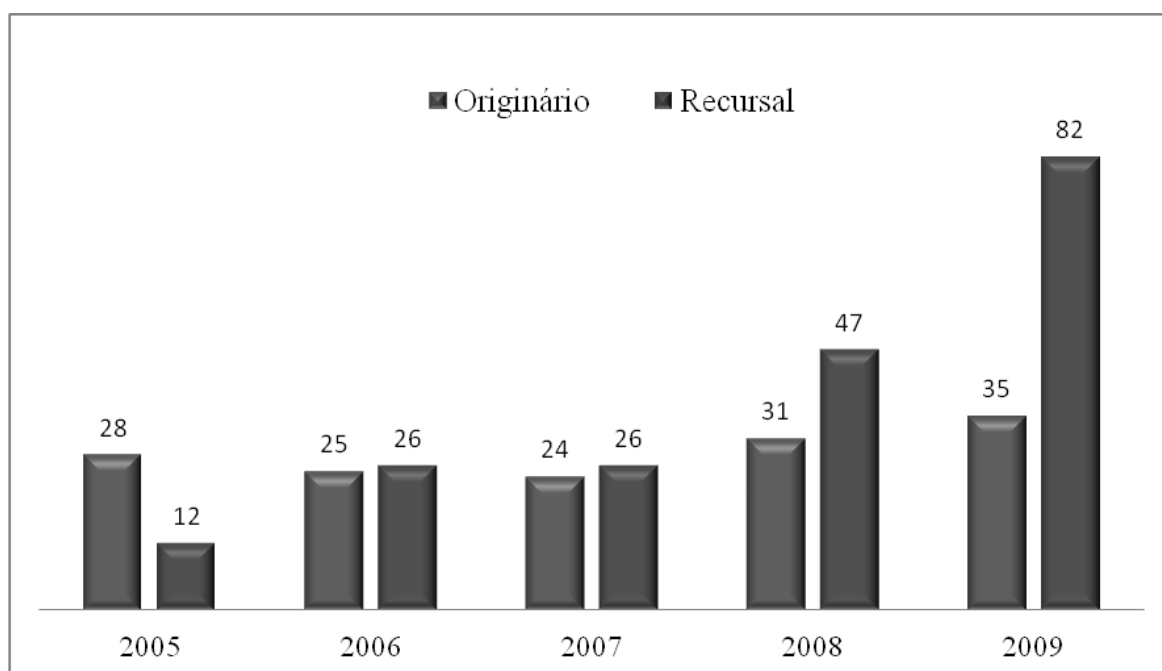


Gráfico 2: Quantidade de processos originários e recursais no TJ-ES entre os anos de 2005 e 2009 em relação a procedimentos de saúde a serem realizados pelo SUS.

Analisando-se o gráfico 2, pode-se observar que o número de processos originários não variou significativamente entre os anos de 2005 a 2008. No ano de 2009, porém, houve um aumento mais expressivo, com um incremento de 25 % em relação ao ano de 2005.

Todavia, os processos recursais, exceto com relação aos anos de 2006 e 2007, em que o número deles foi equivalente (26), tiveram um aumento considerável e progressivo ao longo do período estudado, chegando a aproximadamente 583% a mais no ano de 2009 em relação ao ano de 2005.

Por meio das informações processuais disponíveis no sítio eletrônico do TJ-ES, inferiu-se que este aumento deveu-se, principalmente, aos recursos interpostos pela Fazenda Pública. Esta recorreu de praticamente todas as decisões favoráveis, alegando como principal argumento a “reserva do possível”, a qual defende que a efetivação de direitos sociais deve ser atrelada às possibilidades econômicas e financeiras do Estado. No entanto, o TJ-ES tem refutado essa tese diante da imprescindibilidade do tratamento para a manutenção da saúde e da vida do indivíduo, como se extrai da lavra do no acórdão proferido pela ministra relatora Catharina Maria Novaes Barcellos, no Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0902863-27.2008.8.08.0000 (012.08.900026-4), *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DISPONIBILIZAÇÃO DE INSULINA GLARGINA. INEFICÁCIA DO TRATAMENTO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - O funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

II - O responsável pela orientação terapêutica é o médico (e não o Estado), pois somente o primeiro - que acompanha a evolução da patologia e a ineficácia das outras terapias - pode decidir qual o tratamento mais adequado para a preservação da saúde e da vida do paciente.

III - É dever do Estado propiciar aos necessitados não qualquer terapêutica, mas sim o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

IV - A doutrina e a jurisprudência vêm mitigando o disposto no § 2º do art. 273 do CPC, pois se tal disposição for levada às últimas consequências poderá conduzir à inutilização da antecipação de tutela.

V - A proibição do deferimento de medida liminar que esgote o objeto do processo só subsiste enquanto o retardamento não frustrar a tutela judicial, que é garantia constitucional.

VI- Embora o STF repute constitucionais as vedações à concessão de tutelas de urgência, a mesma Corte já definiu que elas poderão ser afastadas no caso concreto quando representarem um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa.

VII - Sem a devida comprovação, alegações genéricas de falta de recursos baseadas na teoria da reserva do possível não podem afastar o dever imposto ao Estado pelo art. 196 da CF/88, até porque antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam ser esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional.

VIII - O modelo brasileiro de saúde pública segundo a Constituição Federal engloba o fornecimento de medicamentos para os cidadãos com carência de recursos, segundo jurisprudência mansa e pacífica do STF e do STJ.

IX - Se o Estado, ciente de que a matéria discutida está pacificada nos tribunais superiores, já vem deixando de manejar recurso em situações idênticas por reconhecer tal circunstância, o Agravo Interno eventualmente interposto deve ser reputado como manifestamente infundado, sujeitando a parte à multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC.

X - Recurso desprovido.

Conclusão: À UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO. (ESPÍRITO SANTO, 2008b)

Com relação à possível intermediação de acordo entre o autor e o estado (ES), a Defensoria Pública Estadual, em resposta ao questionário enviado, relatou não dispor de estrutura para tentar resolver as questões administrativamente a fim de evitar que a

demanda chegue ao Judiciário. Já a Secretaria Estadual de Saúde elencou adotar como procedimentos administrativos: o aperfeiçoamento em saúde pública para magistrados; a implantação do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) em parceria com o TJ-ES; a divulgação dos protocolos e da Relação Estadual de Medicamentos Essenciais e Medicamentos Excepcionais (Rememe)³ para médicos da rede pública de saúde; e reuniões com a comunidade para divulgação da Política Estadual de Assistência Farmacêutica. No entanto, a Secretaria reconhece que, apesar da adoção de tais métodos, muitas vezes não é possível evitar o ajuizamento de ações pertinentes à saúde.

O gráfico 3 ilustra a quantidade de julgados (dentre os favoráveis) por órgão do TJ-ES, nos anos em estudo.

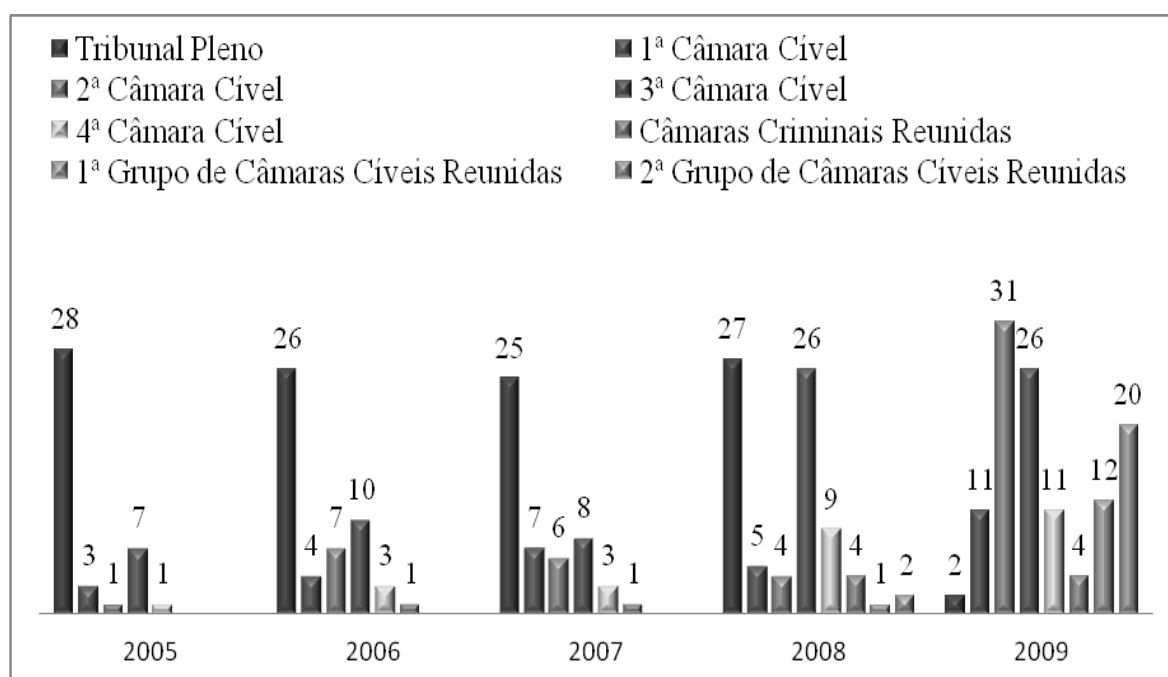


Gráfico 3: Quantidade de julgados favoráveis por órgão julgador do TJ-ES entre 2005 e 2009.

Nos três primeiros anos (2005 a 2007), observa-se uma constância das decisões favoráveis por órgão julgador do TJ-ES, devendo ser dada ênfase às decisões do Tribunal Pleno, que superou em muito a de outros órgãos, vindo logo em seguida as decisões da 3ª Câmara Cível. No ano de 2008, destaca-se o aumento dos julgados pela 3ª Câmara Cível (aproximadamente 213%, quando comparado à média dos anos anteriores).

No último ano analisado (2009), constata-se uma drástica redução dos julgados pelo Tribunal Pleno e um considerável aumento dos julgados favoráveis pela 2ª Câmara Cível (crescimento de aproximadamente 588% em relação à média de julgados favoráveis nos anos anteriores) e pelo 2º Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas (crescimento de 900% em relação ao ano de 2008, ano em que este órgão aparece pela 1ª vez no gráfico 3).

Observa-se, no entanto, que independentemente do órgão julgador, a quase totalidade das decisões proferidas nos anos analisados foi favorável à concessão dos serviços de saúde pleiteados.

Cabe frisar que o pequeno número de julgados desfavoráveis pelo TJ-ES relacionou-se a demandas tidas pelo tribunal como não essenciais à saúde e à vida do indivíduo, a exemplo do caso de um indivíduo que pleiteou cadeiras de rodas elétricas e de outro que pleiteou tratamento odontológico ambulatorial.

Em relação às demandas pleiteadas, o gráfico 4 demonstra que, dentre os serviços requeridos pelos indivíduos, a concessão de medicamentos destacou-se em todos os anos estudados. E esse dado também foi percebido tanto pela Secretaria Estadual de Saúde quanto pela Defensoria Pública em resposta aos questionários a elas endereçados.

No mesmo gráfico, no ano de 2005, as concessões de medicamentos corresponderam a 85% (34 dos acórdãos favoráveis); em 2006, a aproximadamente 94% (46 dos acórdãos favoráveis); em 2007, a 86% (43 dos acórdãos favoráveis); em 2008, a aproximadamente 88% (67 dos acórdãos favoráveis); e em 2009, a aproximadamente 90% (105 dos acórdãos favoráveis).

Ressalta-se que no questionário endereçado à Secretaria Estadual de Saúde se deu o relato de que o valor total distribuído em medicamentos de demandas judiciais nas farmácias, incluindo tratamentos iniciados anteriormente, foi R\$ 6.903.409,89 em 2009 e R\$ 9.005.758,62 em 2010.⁴

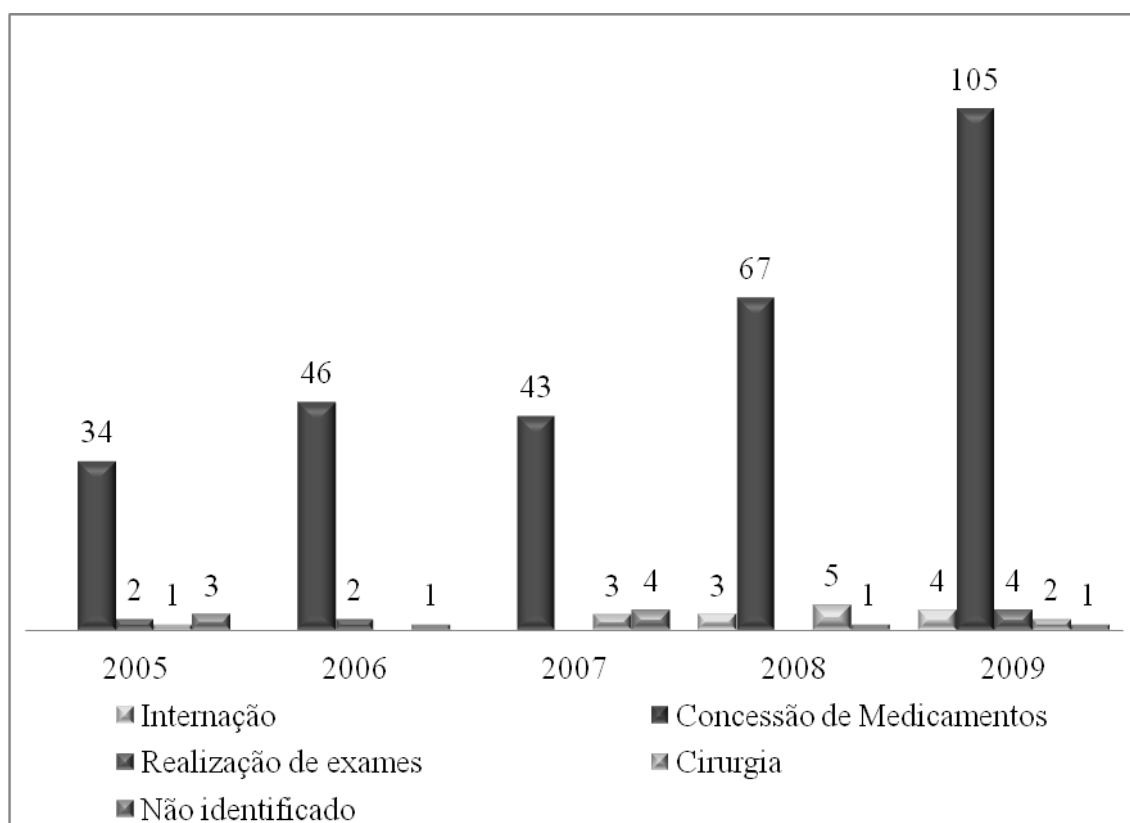


Gráfico 4: Quantidade e tipos de procedimentos de saúde pleiteados para serem realizados pelo SUS, concedidos pelo TJ-ES, entre os anos de 2005 e 2009.

No que tange à distribuição de medicamentos, a competência da União, dos estados e dos municípios consta em diversos atos administrativos, sendo o principal deles

a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, a qual estabelece a Política Nacional de Medicamentos, que entre outros dispositivos dispõe sobre as listas de medicamentos padronizados a serem distribuídos à população por cada ente federativo.

Neste estudo, pelo sítio eletrônico do TJ-ES, não foi possível identificar se os medicamentos pleiteados constavam ou não da relação de medicamentos estabelecida pelo SUS. No entanto, a Secretaria Estadual de Saúde afirmou que o controle de dados de seu sistema de informações permitiu identificar que o maior pleito foi em relação a medicamentos não padronizados (extralistagem), defendendo que tal conduta não teria aparente justificativa, parecendo ser mera preferência do profissional médico.

A Defensoria Pública também relatou, em resposta ao questionário, perceber prevalência de ações versando sobre medicamentos que não constam na lista padronizada do SUS. Todavia, não alegou possuir procedimento de controle de dados das demandas de judicialização da saúde. Apesar disso, informou que está em constante debate com as autoridades de saúde a fim de sugerir melhorias na distribuição de medicamentos.

Em relação à necessidade probatória da imprescindibilidade do medicamento, as decisões do Judiciário pautaram-se na solicitação feita pelo médico do paciente, ou seja, na juntada de laudo médico atestando a necessidade do medicamento (prova documental). A título de ilustração, tem-se o acórdão proferido pelo ministro relator Rômulo Taddei, no Mandado de Segurança nº 0001674-73.2007.8.08.0000 (100.07.001674-4), *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. 1) DIREITO À SAÚDE. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. 2) PEDIDO DE FORNECIMENTO DE INSULINA DIVERSA DAQUELA DISPONIBILIZADA NA REDE PÚBLICA. SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. TENTATIVA DE OBTENÇÃO DE MELHORES RESULTADOS NO TRATAMENTO. 3) CONDIÇÃO DO NECESSITADO. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DO IMPETRANTE DE QUE A SUA CARREIRA PROFISSIONAL RESTOU ABREVIADA PELA GRAVIDADE DA DOENÇA. 4) *PERICULUM IN MORA* EVIDENCIADO. NECESSIDADE DE USO DIÁRIO DOS MEDICAMENTOS NO CONTROLE E TRATAMENTO DA DIABETES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1) O usuário do Sistema Único de Saúde tem o direito ao fornecimento de medicamentos que possibilitem o seu tratamento de forma adequada, independentemente dos problemas orçamentários que a Administração Pública diz ter, sob pena de ferir-se o direito à vida e os princípios da isonomia e da igualdade de condições, assegurados pela Constituição Federal. Afinal, o artigo 196 da Constituição Federal dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, enquanto o seu artigo 198, II, prevê que as ações e serviços públicos de saúde do sistema único têm como diretriz o atendimento integral.

2) Não se trata de mera opção a prescrição dos medicamentos cujo fornecimento foi indeferido pela Secretaria Estadual de Saúde, mas de tentativa por parte da médica que acompanha o impetrante - clinicamente fundamentada - de alcançar melhores resultados no tratamento ministrado, haja vista se tratar de paciente com 63 (sessenta e três) anos de idade, que apresenta quadro clínico bastante comprometido em virtude de moléstia da qual é portador.

3) No que diz respeito à condição de necessitado, tenho por verossímil a argumentação do impetrante, no sentido de que a sua carreira de advogado restou abreviada pela grave doença que lhe acomete, de modo que os seus recursos financeiros são insuficientes para o custeio do tratamento sem prejuízo próprio ou de sua família.

4) De igual forma, presente a possibilidade de resultar lesão grave e difícil reparação ao impetrante (*periculum in mora*) a prosseguir o ato perpetrado pela autoridade impetrada, diante da sua necessidade de fazer uso diário dos medicamentos recomendados pela sua médica, no controle e tratamento da diabetes de que é portador. Segurança concedida. (ESPÍRITO SANTO, 2008a)

E ainda o acórdão proferido pelo ministro relator Josenider Varejão Tavares, no Agravo de Instrumento nº 0918577-90.2009.8.08.0000 (014.09.900082-1), *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO PRESCRITA PELO PROFISSIONAL - MEDICAÇÃO SIMILAR FORNECIDA PELO ESTADO - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO - CUSTO ELEVADO - HIPOSSUFICIÊNCIA DA AGRAVADA - OBRIGATORIEDADE DO ESTADO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. É cediço que o Estado tem o dever de assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, promovendo ações e serviços que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal.

2. Não obstante o Estado afirmar que existe a gratuidade de uma medicação similar a disposição da Recorrida, tenho que deve ser mantido a medicação prescrita pelo médico (fls. 33), haja vista ter o profissional conhecimento da real situação da paciente. Decisão mantida.

3. Recurso improvido. (ESPÍRITO SANTO, 2009)

É importante ressaltar, porém, que mesmo estando instruído por laudos técnicos, deve-se considerar a possibilidade de substituição do medicamento indicado no laudo por medicamentos genéricos ou por algum que esteja disponível na rede pública ou que a ela fosse menos onerosa. Além disso, não se pode deixar de elucidar a necessidade de verificação e monitoramento de possíveis fraudes ao sistema público, como a juntada de provas falsas.

Em relação a essa problemática, a Secretaria de Saúde não se manifestou sobre a existência de nenhum mecanismo para a verificação de possíveis fraudes; e a Defensoria Pública Estadual alegou que possíveis fraudes seriam mais bem identificadas pela Secretaria de Saúde, não sendo, portanto, investigadas por aquela.

Conclusão

A análise dos cinco anos estudados por esta pesquisa constatou o crescente aumento da demanda jurisdicional por procedimentos de saúde a serem concedidos pelo SUS. O TJ-ES julgou favoravelmente quase a totalidade dos pedidos, sendo apenas negados os casos que não se enquadravam em uma situação de relevante necessidade à manutenção da saúde e da vida do demandante, segundo o referido tribunal.

Dentre as demandas favoráveis analisadas, a esmagadora maioria do que se pleiteou foi a concessão de medicamentos. A partir do sítio eletrônico do TJ-ES, não foi possível conseguir informações sobre se os medicamentos pleiteados constavam ou não da listagem padronizada do SUS. A Secretaria Estadual de Saúde e a Defensoria Pública Estadual, em resposta aos questionários, relataram que a maioria dos pleitos foi em relação a medicamentos extralistagem. Todavia, não manifestaram ter mecanismos precisos para aferição desse dado.

Quando se verificou o critério usado pelos órgãos do TJ-ES para o julgamento de processos envolvendo demandas sobre a saúde, percebeu-se que as decisões proferidas não procuraram investigar profundamente a real necessidade do que foi requerido,

bastando que a solicitação fosse feita pelo médico do paciente, comprovada por laudo técnico apresentado nos autos.

Com o aumento das concessões dos pedidos feitos ao Poder Judiciário, é inevitável que a Administração Pública passe a ter um maior impacto nos gastos previstos no orçamento geral da Secretaria de Saúde do Espírito Santo. Porém, não foi possível dimensionar esse impacto porque, mesmo sendo perguntado em questionário direcionado à respectiva Secretaria, esse dado geral não foi respondido: a Secretaria Estadual de Saúde forneceu, em vez dos dados sobre o impacto geral, os dados relativos ao aumento dos gastos devido à concessão judicial de medicamentos entre os anos de 2009 e 2010, o qual teve um aumento de aproximadamente 30%.

Não se pode negar que o aumento dos gastos públicos acaba fazendo com que a Administração Pública reorganize seu planejamento de gastos. Por isso, é importante que a atividade judicial guarde parcimônia, respeitando as opções legislativas e as administrativas tomadas pelos órgãos institucionais competentes, a fim de se tentar beneficiar a coletividade. Por outro lado, o direito à vida e à saúde são direitos fundamentais do indivíduo garantidos constitucionalmente. Diante disso, na falta de lei ou ato administrativo - ou, embora existindo, mas não sendo cumpridos -, é inerente ao Judiciário intervir.

Por isso, há a necessidade de um maior diálogo entre os poderes públicos para que se alcance um equilíbrio entre o que se almeja e o que, efetivamente, se pode realizar, pois decisões que envolvam o fornecimento de serviços de saúde pública afetam, inevitavelmente, a coletividade.

Por fim, no nosso entender, procedimentos administrativos concretos por parte da Administração Pública poderiam diminuir o ajuizamento de ações pertinentes à saúde. De forma sugestiva, tais procedimentos poderiam incluir um diálogo entre as partes, com a participação da Defensoria quando esta for acionada pelo demandante. Além disso, uma avaliação do demandante por equipe multidisciplinar, com a posterior apresentação de opções de tratamento e medicamentos que poderiam produzir o mesmo efeito dos sugeridos pelo médico do paciente, também poderiam reduzir a quantidade de demandas judiciais; as possíveis fraudes ao sistema; e o conseqüente impacto orçamentário ao Estado.

ANALYSIS OF THE PUBLIC HEALTH'S JUDICIALIZATION IN ESPIRITO SANTO (BRAZIL)

ABSTRACT: This study aimed to analyze the Judiciary intervention in the health services provided by the Executive in Espírito Santo (Brazil) between the years 2005 and 2009. To reach this aim, this study used the empirical research method applying qualitative questionnaires and using statistical parameters based on the decisions of the Espírito Santo State Court of Justice (TJ-ES) that were collected by its official website during the same period. In addition, the study also presents the main theoretical arguments made in debate of the health's (in)effectiveness, such as the possible reserve and the existential minimum. The results showed that the majority of the judicial decisions were in favor of the applicant, forcing the Executive to reorder the provision of public health services to answer the individualized request at the expense of a planning to develop the provision of collective social health.

KEYWORDS: Public health. Social rights. Health's judicialization.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Estudo baseado em pesquisa e debates desenvolvidos no âmbito do Instituto Idéias, 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal*. Diário Oficial [da União], Brasília, DF, 5 de out. 1988, n.191-A.

_____. *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998*. Ministério da Saúde. Diário Oficial [da União], Brasília, DF, 10 nov. 1998. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/3916_98.htm>. Acesso em: 1º maio 2012.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo Interno no Agravo do Instrumento nº 0902863-27.2008.8.08.0000*. Relatora: min. Catharina Maria Novaes Barcellos. DJe de 17/6/2008. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/analytics/saw.dll?Dashboard&_scid=BABxT89repM>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Instrumento nº 0918577-90.2009.8.08.0000*. Relator: min. Josenider Varejão Tavares. DJe de 15/12/2009. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/analytics/saw.dll?Dashboard&_scid=BABxT89repM>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Mandado de Segurança nº 0001674-73.2007.8.08.0000*. Relator: min. Rômulo Taddei. DJe de 17/3/2008. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/analytics/saw.dll?Dashboard&_scid=BABxT89repM>. Acesso em: 13 jul. 2012.

FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. *Rev. Planejamento e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Ipea, n. 3, jun. 1990. p. 139-162.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LEVCOVITZ, Eduardo; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Política de saúde nos anos 90: relações intergovernamentais e o papel das normas operacionais básicas. *Rev. Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 269-291, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Rev. Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 1-12. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2012.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Iberoamericana de Filosofia, Política e Humanidades*, n. 15, ano 8, 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

REIS, Jair Teixeira dos. Dimensões dos direitos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 28, 30/4/2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1057>. Acesso em: 24 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Fábio de Souza. *O dilema de Asclépio: análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, como trabalho de conclusão do Curso de Mestrado em Sociologia e Direito. Niterói, 2009.

Notas

- ¹ Sobre a classificação das gerações dos direitos humanos, alguns autores defendem a existência de quatro gerações: a) direitos humanos de 1ª geração: são os chamados direitos civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal; as liberdades de expressão coletiva; os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais; b) direitos humanos de 2ª geração: essa geração é constituída pelos direitos econômicos, sociais e culturais, com a finalidade de obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à educação e até mesmo ao lazer; c) direitos humanos de 3ª geração: são denominados de direitos de solidariedade ou de fraternidade: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente. Além deles, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Tal geração de direitos foi estabelecida devido à consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento; d) direitos humanos de 4ª geração: são os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Apesar de não ser unânime pela doutrina, existem autores que sustentam a existência de direitos humanos de 5ª geração, que seriam aqueles que surgiram dentro da última década, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade - seriam ainda apenas pretensões de direitos.
- ² O período de cinco anos foi eleito por permitir contemplar a integralidade do Plano Plurianual (PPA) realizado a cada quatro anos, assim como das leis orçamentárias dentro da troca de gestão de governo. Ao ater-se a um período de cinco anos, foi possível analisar a mudança de gestão e as previsões de dois PPA.
- ³ O Ministério da Saúde é responsável pela publicação da Relação Nacional de Medicamentos (Rename) - lista com os medicamentos essenciais para tratar as doenças mais comuns na população. Com base nela, estados e municípios constroem sua própria relação de medicamentos. Nos estados, tem-se a Relação Estadual de Medicamentos Essenciais e Medicamentos Excepcionais (Rememe), os quais possuem custo mais elevado em relação aos medicamentos distribuídos pelos Municípios. A Rememe deve orientar a seleção de medicamentos nas Secretarias Municipais de Saúde. A estas cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais (Remume), que atenderá, sobretudo, à atenção básica de saúde.
- ⁴ O ano de 2010 não foi analisado nesta pesquisa, mas esse dado foi incluído no estudo para demonstrar que, mesmo após o ano de 2009, os gastos com medicamentos de demandas judiciais aumentaram.

ANEXO A: FORMULÁRIOS DE PESQUISA - INVESTIGANDO A JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

I Questionário endereçado à Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo

Rua Pedro Palácio, 60 - Ed. João XXIII - 2º andar - Cidade Alta - Vitória - ES

CEP: 29015-160 - Telefone Geral : (27) 3222-1744 / (27) 3222-4249

1. Nos últimos 5 anos a Defensoria Pública verificou um crescimento ou não da procura para ajuizamento de procedimentos de saúde?

Não, neste caso seguir para a questão 3 Sim, neste caso seguir para a questão 2

2. A Defensoria Pública realiza algum tipo de controle de dados das demandas de judicialização de saúde?

Não Sim, qual?

3. Quando se verifica a proposta de uma ação contra o Estado em que se pleiteia alguma concessão relativa à saúde, a Defensoria Pública busca preventivamente intermediar um acordo?

Não Sim, de que forma?

4. As ações propostas pleiteiam, em maior número, procedimentos/remédios constantes na listagem do SUS e não efetivados à população ou, contrariamente, pleiteiam procedimentos/remédios extra listagem?

Listagem SUS Extra Listagem

5. Há um acompanhamento, por parte da Defensoria Pública, quando as decisões são favoráveis na concessão de auxílio à saúde a fim de identificar as questões fáticas envolvidas e/ou a ocorrência das possíveis fraudes?

Não Sim, de que tipo?

6. Julga existir outros pontos relevantes acerca desse debate?

Não Sim, quais?

II Questionário endereçado à Secretaria Estadual de Saúde do Espírito Santo

Av. Marechal Mascarenhas de Moraes, 2025, Bento Ferreira, Vitória - ES. Tel. (27) 3137-2306
- CEP: 29052-121

1. Há um acompanhamento por parte do Governo do Estado, antes dirigido pelo Governador Sr. Paulo Hartung e, agora, pelo Sr. Renato Casagrande sobre o número de demandas pertinentes à judicialização na saúde?

Não Sim, quais?

2. Existe atualmente algum procedimento administrativo para se evitar o ajuizamento de ações pertinentes à saúde?

Não Sim, de que forma?

3. As ações propostas pleiteiam, em maior número, procedimentos/remédios constantes na listagem do SUS e não efetivados à população ou, contrariamente, pleiteiam procedimentos/remédios extra listagem?

Listagem SUS Extra Listagem

4. Existe acompanhamento/monitoramento das decisões favoráveis de concessão de auxílio à saúde a fim de identificar as questões fáticas envolvidas e/ou a ocorrência das possíveis fraudes?

Não Sim, de que tipo?

5. Qual o impacto orçamentário no ano de 2010 a respeito do tema?

6. Julga existir outros pontos relevantes acerca desse debate?

Não Sim, quais?