

28. NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DO DIREITO

Luciana Gaspar Mequíades Duarte
Liana Barros Pimenta

Introdução

Com o advento da Constituição (BRASIL, 1988) o direito à saúde foi alçado ao status de direito fundamental no ordenamento brasileiro, o que significa que, a partir de então, a saúde deixa de ser uma espécie de favor do estado ou um direito decorrente da relação de trabalho e passa a ser devido a todos os cidadãos, indistintamente, incumbindo ao estado o dever de efetivá-lo (ASENSI, 2010).

Não obstante desde a Constituição de 1934, contextualizada no surgimento do Estado Social e da decadência do Estado Liberal, os direitos sociais tenham ganhado assento constitucional, assevera Sarlet (2012) que apenas com a Constituição Federal de 1988 “a matéria foi tratada com a merecida relevância”.

Tais direitos, caracterizados por como atuações positivas do Estado e, por isso, chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão, embora positivados nos textos constitucionais, somente se tornaram exigíveis a partir do reconhecimento, pela doutrina do Pós-positivismo, da normatividade dos princípios e da sua eficácia imediata.

Nesse cenário, no qual o direito social à saúde é garantido a todos cidadãos e as normas do tipo princípio têm sua efetividade e vinculatividade reconhecidas, o Poder Judiciário passa a ser uma das principais instituições do Estado de Direito para a efetivação do direito à saúde, exercendo o controle sobre a gestão dos serviços públicos de saúde e podendo se reconhecer a violação desse direito pelo poder público, seja na concretização de políticas públicas, seja no controle de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos.

Asensi (2010) destaca a ampliação dos instrumentos processuais disponíveis para o controle dos atos dos demais poderes, Executivo e Legislativo, como, por exemplo, o a ação civil pública, o aumento substancial do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade e a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Contudo, Asensi (2010) também aponta problemas que surgiram com essa ampliação e com a crescente judicialização das demandas de saúde, enfatizando a “supervalorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como o de formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extrajudiciais”.

Na medida em que as demandas que buscam a efetivação do direito à saúde se avolumam, ante a deficiência na prestação dos serviços públicos a ele afetos, ou até mesmo a sua negativa pelos entes estatais, faz-se necessária a definição de critérios objetivos para a concessão judicial desses pleitos, considerando não apenas o direito posto pelo estado, mas também os casos concretos e a doutrina especializada.

Nessa senda, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, visando otimizar a prestação jurisdicional, tem realizado análises acerca da judicialização da saúde, propondo discussões e, a partir delas, fornecendo orientações aos magistrados na condução dos processos. É exemplo dessas medidas o relatório “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência”, elaborado pelo Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com o CNJ, que teve como objetivo analisar o cenário da judicialização da saúde no Brasil e o perfil dos litígios sobre o tema, apresentando, também, experiências desenvolvidas pelo Poder Judiciário com o fim de efetivar o direito à saúde.

Todavia, o estudo constatou que os magistrados ainda não incorporaram os contributos

do próprio Judiciário para a melhor prestação jurisdicional do direito à saúde. Consta no documento que a maioria das decisões analisadas não utilizou ou enfrentou os argumentos suscitados na Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal realizada em 2009, na qual se discutiu a judicialização da saúde. Da mesma forma, as decisões não mencionam a Recomendação nº 31 do CNJ, que fornece subsídios aos magistrados para a maior eficiência nas demandas envolvendo a assistência à saúde, nem citaram os enunciados interpretativos sobre o direito à saúde, aprovados na Jornadas Nacionais da Saúde realizadas pelo CJN em 2014 e 2015.

Diante desse cenário, objetiva-se estabelecer, com fulcro em um trabalho científico empírico e sob o enfoque das Teorias dos Direitos Fundamentais e dos Princípios de Alexy (2008), aplicadas por Duarte (2011) ao direito fundamental à saúde, critérios objetivos para a concessão de medidas e pleitos judiciais que buscam a efetivação do direito social à saúde.

Das demandas de saúde de primeira e segunda necessidade

Duarte (2011) classifica as demandas de saúde em demandas de primeira necessidade e demandas de segunda necessidade. Nas primeiras, a prestação estatal que se busca possui uma vinculação direta com o direito à vida digna do indivíduo, compondo, desse modo, o núcleo essencial do direito à saúde.

A vida apenas pode ser assegurada ou não, constituindo, assim, o núcleo essencial do direito à saúde, que é uma norma-regra. Ademais, por ser a vida a condição de fruição de qualquer outro direito, estão nele, logicamente, inseridos todos os demais direitos fundamentais.

Destarte, nos casos em que a tutela judicial pretendida for imprescindível para a preservação da vida, ainda que de modo indireto, ou se refira a uma medida de muito elevada essencialidade para a vida com dignidade – como as cirurgias oftalmológicas e de alocação de órteses e próteses nos membros inferiores e superiores –, comprovada a necessidade da prestação estatal, impõe-se, em tese, a procedência do pedido aduzido em juízo.

Já nas demandas de segunda necessidade, embora objetivem prestações estatais que proporcionarão ao demandante uma vida com um maior conforto e, por conseguinte, um maior grau de efetivação do direito à saúde, não são imprescindíveis para a sua sobrevivência ou sua vida com dignidade. Logo, não se trata, nessas demandas, de direito inserido no núcleo duro do direito fundamental à saúde. Na análise de tais direitos, o intérprete pode verificar a necessidade de restrição do direito à saúde, diante da colisão com outros princípios constitucionais, hipótese na qual impõe-se a aplicação da máxima da proporcionalidade, a fim de se chegar à regra de colisão do caso concreto, ou da existência de uma regra positivada que se aplica ao caso.

Em suma, tem-se que o primeiro critério a ser observado pelo Poder Judiciário para a concessão de prestações pertinentes ao direito fundamental à saúde é verificar se a medida pretendida se refere à uma demanda de primeira ou segunda necessidade.

Constatando-se que se cuida de uma demanda de primeira necessidade, demonstrado nos autos a sua necessidade para a parte autora, forçosa é a procedência do pedido, pois tal prestação integra o núcleo essencial de seu direito fundamental à saúde, que não é passível de restrição.

Concluindo-se, por outro lado, tratar-se de uma demanda de saúde de segunda necessidade, poderá o intérprete restringi-lo, caso se verifique a prevalência de outro princípio com ele colidente após a aplicação da máxima da proporcionalidade ou da existência de regra específica.

Análise dos dados do conselho nacional de justiça

A análise quantitativa dos dados da judicialização da saúde foi realizada a partir das informações do estudo “Judicialização da saúde no Brasil: dados quantitativos sobre saúde

pública”, realizado em parceria com Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de Assensi e Pinheiro (2016), que se caracteriza como uma fonte indireta de pesquisa.

O relatório possibilita visualizar o panorama geral do judiciário brasileiro quanto à judicialização da saúde. Os autores realizaram a coleta e análise de 1.748 acórdãos sobre saúde pública, julgados nos anos de 2011 e 2012, sendo 188 (10,8%) originários do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 325 (18,6%) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 588 (33,6%) do Tribunal de Justiça do Paraná, 306 (17,5%) do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, 331 (18,9%) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e 9 (0,5%) do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Em relação dos tribunais de São Paulo e Minas Gerais, o número de decisões corresponde a 2,2% e 10%, respectivamente, do total de decisões encontradas no sítio do tribunal.

Essas decisões foram selecionadas a partir da filtragem com o termo de busca “saúde pública”, fixando-se o período de 01/01/2011 e 31/12/2012 e considerando-se a data de julgamento.

Apesar desse estudo possibilitar uma visão geral sobre o perfil das demandas judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde, insta consignar que o número de ações analisadas é relativamente pequeno, considerando que o “Relatório Analítico Propositivo Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções”, divulgado pelo CNJ, noticia a distribuição de 27.485 ações em segunda instância no ano de 2011 e 27.132 no ano de 2012, conforme dados informados por 15 Tribunais de Justiça estaduais (pág. 47).

Portanto, o número de decisões analisadas no primeiro relatório corresponde a pouco mais de 3,7% do total de processos instaurados na segunda instância da justiça comum estadual nos anos de 2011 e 2012, sendo esta uma de suas limitações. Em consequência, embora a obrigação de prestar os serviços públicos de saúde seja solidária entre os entes da federação, nos casos analisados a União não figurou em um dos polos da demanda, o que atrairia a competência da Justiça Federal.

Dos dados colacionados no estudo de Assensi e Pinheiro (2016) sobressaem em relevância para os objetivos desta pesquisa aqueles que abordam a proporção das ações que tiveram a antecipação dos efeitos da tutela concedida e negada, a menção das notas de comissões técnicas de apoio nos acórdãos e de precedentes, bem como quem se situava no polo ativo da demanda, se houve a concessão do benefício da justiça gratuita e, nos casos de concessão, quem figurava como patrono da parte autora, além dos argumentos mais recorrentes nos acórdãos proferidos pelos tribunais como fundamento para dar ou negar provimento ao recurso e o objeto da lide.

Antecipação de tutela

O estudo revela que, em ao menos 47,14% dos casos, houve antecipação de tutela em primeira instância, sendo que em apenas 5,09% das decisões não a concederam. Nos demais casos, ou não era cabível a antecipação ou não havia informações disponíveis no acórdão proferido pelo tribunal. Os percentuais são similares nos dois anos analisados.

Em relação à antecipação de tutela em mandados de segurança impetrados diretamente no tribunal, em apenas 12,36% houve o deferimento, destacando-se, contudo, que no Tribunal de Justiça do Estado do Acre a concessão atingiu o percentual de 55,56%.

De plano, tem-se que em quase metade das ações ajuizadas na primeira instância, cuidavam-se de situações nas quais havia a urgência na prestação jurisdicional, considerando que é requisito para a concessão da tutela provisória antecipada que exista o perigo de dano ao direito, caso não seja satisfeito, ainda que parcialmente, o pedido pretendido.

Subtende-se, portanto, que nesses casos a vida estava ameaçada e, assim, havia a ausência da prestação de saúde de primeira necessidade, que, como visto, por vincularem em

absoluto o Estado, já deveriam estar contempladas nas políticas públicas. Desse modo, mostram-se acertadas as decisões de concessão de tutela antecipada.

Referência da decisão à nota de comissão técnica de apoio

O estudo averiguou a menção na decisão judicial de envio de questões para análise de comissão técnica de apoio antes do julgamento do caso, haja vista que a orientação do Conselho Nacional de Justiça prescreve que esta consulta seja realizada (vide o enunciado nº 18 da I jornada de Direito à Saúde). Apesar disso, restou demonstrado que em apenas 1,14% dos acórdãos houve a alusão a tais consultas técnicas.

Embora os autores argumentem que o baixo percentual deve-se ao fato que esse procedimento é realizado apenas na primeira instância, pelo juízo singular, certo é que os tribunais também devem analisar os argumentos trazidos ao processo, seja para utilizá-los como fundamento para o provimento do recurso, seja para contrariá-los. Em consequência, resta demonstrado que há uma deficiência na fundamentação de tais decisões.

Polo ativo das demandas

Dos 1.748 casos analisados, em 1.365 (78,09%) figurava como autor pessoa física, em 5 (0,29%) pessoa jurídica, em 1 (0,06%) a Defensoria Pública e, ainda, em 377 o Ministério Público (21,57%). Conquanto a maior parte dos litígios tenham sido ajuizados por pessoas físicas, o que demonstra o predomínio da litigância individual, destaca-se a atuação do Ministério Público na busca da efetivação do direito social à saúde.

Por mais que a litigância coletiva favoreça a igualdade, não pode afastar o cabimento da litigância individual, diante da insuficiência das políticas públicas que concretizem direitos sociais, uma vez que tais direitos são passíveis de individualização.

Justiça gratuita

Em 39,77% dos casos houve o deferimento da assistência judiciária gratuita, ou seja, o demandante não possuía condições de arcar com os custos do processo, e em 38,74% o benefício não foi concedido. Nos demais casos, o benefício não foi requerido ou não era possível a concessão.

Das ações nas quais houve o deferimento da justiça gratuita, a Defensoria Pública figurou como patrono da parte em 54,18% dos casos, em 44,24% a causa teve como procuradores advogados contratados e em 1,59% advogados nomeados pelo tribunal.

Considerando que o benefício da justiça gratuita se destina à população carente, pode-se concluir que, ao menos em quase 40% dos processos analisados a tutela judicial por busca por pessoas hipossuficientes financeiros. Nesse aspecto, não se confirma que a judicialização serve como uma via de acesso privilegiado ao direito à saúde. Ademais, deve-se consignar que o fato de litigar mediante o patrocínio de advogado particular não significa, necessariamente, que a parte não seja hipossuficiente para o custeio do medicamento ou tratamento demandado em juízo.

Argumentos utilizados nas decisões

Asensi e Pinheiro (2016) também registraram pesquisa quais argumentos possuíam maior incidência nos julgados, a fim de apontar quais razões as cortes¹ tomam como

¹ TJSP, TJMG, TJPR, TJMS, TJRN e TJAC.

fundamento para a decisão de mérito das demandas que visam tutelar o direito à saúde pública. Os autores classificaram os acórdãos conforme o resultado do exame de mérito, considerando o provimento, o não provimento e o parcial provimento.

Em 70,29% dos casos, a decisão analisada referia-se a recurso interposto pela parte ré, enquanto em 18,43% a recurso da parte autora ou mandado de segurança. Em cerca de 3% dos processos ambas as partes manejaram o recurso contra a sentença proferida em 1º grau e em 8,19% tal dado não foi identificado. Conforme os próprios autores apontam, “esses dados podem sugerir que, no tocante ao pleito pela observância do direito à saúde, bem como de direitos correlatos, os juízes de 1ª instância tendem a julgar procedentes os pedidos” (pág. 41).

Do total de recursos analisados, apenas 16,36% foram providos, sendo que o índice de não provimento foi de 82,15% e o de não conhecimento de 1,49%.

Observação da dotação orçamentária e da reserva do possível

O estudo demonstrou que a observação da dotação orçamentária e do princípio da reserva do possível foi mencionado em apenas 8 (2,8%) das decisões como fundamento para dar provimento ao recurso, todas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, as quais correspondem a 16,33% dos casos em que o recurso foi provido, sendo 6,45% no ano de 2011 e 33,33% no ano de 2012. Destarte, verifica-se uma elevação significativa na sua utilização neste tribunal. Em relação às decisões que negaram provimento ao recurso, tem-se que o argumento da observação da dotação orçamentária apareceu em somente 1,38% dos casos e exclusivamente nos tribunais dos estados de São Paulo, Minas Gerais e Paraná, confirmando que tal argumento não possui acolhida pelo Poder Judiciário.

O baixo número de decisões nas quais tal argumento aparece revela que o Judiciário, em praticamente todos os casos, ou ignora ou afasta a alegação de insuficiência orçamentária do ente público, cujo propósito é esquivar-se da implementação da prestação de saúde requerida em juízo. Caso acolhida, a indisponibilidade de recursos poderia justificar a restrição do direito fundamental à saúde, e, em consequência, a improcedência do pedido formulado na ação, é ignorada ou afastada pelas cortes.

Todavia, em ações judiciais que têm por objeto demandas de primeira necessidade, considera-se que o argumento da reserva do possível, ou da insuficiência orçamentária, não pode ser acolhido, uma vez que a omissão estatal em as prover é sempre indevida. Com efeito, as demandas dessa natureza vinculam em absoluto o Estado, como é típico das normas-regra, por integrarem o núcleo essencial do direito à saúde e, assim, o conceito de mínimo existencial.

Conforme exposto, porém, os princípios constitucionais devem ser considerados na decisão judicial quando se tratar de demandas de saúde de segunda necessidade. Entre tais princípios estão aqueles relacionados ao orçamento público e ao planejamento do Estado, bem como o da igualdade. A tendência de as decisões desconsiderarem tais princípios demonstra que os tribunais se eximem do ônus de aplicar a máxima da proporcionalidade nos casos concretos.

Responsabilidade solidária entre os entes públicos

O argumento da responsabilidade solidária entre União, Estado e Município foi abordado em 35,66% das decisões que deram provimento ao recurso, com destaque para o tribunal do Estado de São Paulo, cujos acórdãos o utilizaram em 55,56% dos casos no ano de 2011 e do tribunal do Estado do Paraná, no qual teve a incidência de 51,25% das decisões referentes ao ano de 2012. Já naquelas decisões que negaram provimento, a responsabilidade solidária foi mencionada em 53,91% dos acórdãos. Cumpre recordar que tais dados se referem à proporção em que os argumentos foram utilizados nas decisões, seja para manter ou reformar o provimento judicial impugnado.

É significativo o percentual dos casos nos quais houve a discussão sobre a legitimidade dos entes públicos para responder às ações que buscam demandas de saúde, pois revela que estes ainda não reconhecem a responsabilidade solidária entre si, embora se trate de questão pacífica no âmbito dos tribunais.

Hipossuficiência da parte autora

A hipossuficiência da parte autora foi utilizada como fundamento em 47,55% dos acórdãos que deram provimento ao recurso, com maior evidência nas decisões do tribunal do Estado do Paraná, nas quais está presente em 67,95%, sendo 73,75% no ano de 2012, e do Estado do Rio Grande do Norte e Acre, ambos com 50%. Já naqueles que negaram provimento ao recurso com base nesse argumento, foi alvo discussão em 29,06% dos casos, com destaque para o tribunal paranaense, cujas decisões valeram-se deste argumento em 51,59%, e para a amostra de São Paulo, a qual teve menção em 48,73% dos casos.

Quanto a não constatação da hipossuficiência da parte autora, o estudo identificou que em somente 0,35% dos casos, referente a 1 decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, esse argumento foi utilizado para dar provimento ao recurso, e em 0,43% dos casos para negar provimento.

Portanto, pode-se dizer que, mesmo antes do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, ocorrido em 25/04/2018, o qual fixou como critério para a concessão de demandas de saúde pela via judicial a comprovação de hipossuficiência do demandante, havia uma tendência de utilizar esse argumento para deferir a demanda, ao passo que a não verificação da condição de carência econômica raramente era levantada pelo órgão julgador para negar o pedido deduzido. Em suma, é possível afirmar que havia uma incoerência nas razões de decidir dos tribunais, que pode ter sido amenizada com a fixação dos critérios pelo STJ.

Possibilidade de indenizações

Quanto às indenizações, o estudo constatou que, em geral, não há utilização de argumentos relacionados a elas para dar provimento ao recurso, sendo exceção apenas os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A possibilidade de indenização por danos morais foi abordada em 1,92% dos casos julgados por este tribunal, de indenização por danos estéticos em 0,64% e de indenização por danos materiais em 2,56%.

Confirmando a tendência, a possibilidade de indenização por danos morais figurou em apenas 1,29% dos acórdãos que negaram provimento aos recursos e constou exclusivamente naqueles proferidos pelos tribunais dos estados do Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte. A possibilidade de indenização por danos estéticos, por sua vez, apareceu em 0,26% dos julgados e a por danos materiais em 0,69%.

Esse dado demonstra que, nas judiciais afetas ao direito à saúde, discute-se, na imensa maioria dos casos, a prestação de saúde em si, e não eventuais compensações financeiras decorrentes do não fornecimento adequado dos serviços públicos. Por outro lado, considerando o elevado volume de ações que são ajuizadas para que se consiga a adequada prestação de tais serviços, tem-se que o Poder Público é pouco demandado para indenizar os danos acarretados pela sua omissão, tendendo o Estado à irresponsabilidade civil pelas lesões ao direito à saúde.

Direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana

Os argumentos mais recorrentes nas decisões sobre os pedidos de acesso às prestações de saúde foram: o direito à vida, o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida apareceu em 53,50% dos julgados, sendo que nos do tribunal do Estado de São Paulo foi onde houve a menor abordagem desse argumento, que foi utilizado em 30% dos casos. Já no tribunal do Estado do Acre e do Rio Grande do Norte houve maior incidência do direito à vida nas decisões, as quais se valeram em 66,67% e 61,54% dos casos, respectivamente. Em relação às decisões que negaram provimento ao recurso, o direito à vida apareceu como fundamento em 52,88% dos casos.

Esse dado avulta em importância, uma vez que revela que, na maior parte das ações analisadas, a demanda de saúde pleiteada em juízo era de primeira necessidade, ou seja, deveria estar incluída nas políticas públicas ordinárias. A maior incidência do argumento do direito à vida nas decisões examinadas, oriundas dos estados do Acre e do Rio Grande do Norte denota a maior omissão do Poder Público em relação a essas prestações, ao passo que a menor incidência do argumento nas decisões do Estado de São Paulo indica, a contrario sensu, indica a existência de políticas públicas mais satisfatórias, posto salvaguardarem demandas de saúde de primeira necessidade. Essas contemplam, como já esclarecido, prestações afetas à proteção e promoção da vida.

Por sua vez, conforme dão ênfase os autores, o direito à saúde foi o argumento mais comum nos acórdãos analisados, estando presente em 83,57% dos casos. Tal como em relação ao direito à vida, no tribunal paulista foi onde menos se verificou a utilização do argumento: 50% dos casos. Já nos tribunais do Estado do Rio Grande do Norte e do Paraná o percentual de decisões que dão provimento ao recurso e apresentam o argumento do direito à saúde totalizam 96,15% e 88,46% dos casos, respectivamente. Quanto às decisões que negaram provimento, por sua vez, o direito à saúde apareceu em 91,92% dos casos, Asensi e Pinheiro (2016) destacou que “em nenhum tribunal utilizou este argumento em menos de 88% dos casos e que, no caso do Acre, ele foi utilizado em todos os processos” (pág. 118).

O argumento da dignidade da pessoa humana foi observado em 24,48% dos julgados, destacando-se que no Rio Grande do Norte e no Acre as cortes estaduais valeram-se deste princípio em 38,46% e em 33,33% das decisões, nesta ordem, enquanto no tribunal do Estado de São Paulo não se verificou a sua abordagem em nenhum dos acórdãos analisados. Considerando que, como todos os direitos fundamentais, o direito à saúde deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, a não utilização desse argumento em nenhuma das decisões merece atenção. Para negar provimento, a dignidade da pessoa humana apareceu em 35,68% dos casos.

É possível relacionar os percentuais de incidência desses três argumentos (direito à vida, saúde e a dignidade da pessoa humana) nos tribunais classificados como de grande e pequeno porte². Nesses últimos, que exercem a jurisdição em estados com menos disponibilidade de recursos financeiros, considerando que a análise foi realizada nos anos de 2011 e 2012, o Poder Público ainda não é capaz de assegurar o mínimo a seus cidadãos. Exerce o Judiciário, nesses casos, importante papel na efetivação do direito fundamental saúde e da garantia ao mínimo existencial.

Observância das normas de organização do SUS

Por fim, a observância das normas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS foi um argumento pouco utilizado, aparecendo em apenas 5,24% dos acórdãos, apesar de o enunciado nº 8 da I Jornada de Direito à Saúde orientar que elas sejam aplicadas, sempre que possível. O argumento foi mais recorrente nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, as quais o abordaram em 26,53% dos casos, seguido do tribunal do Estado de São Paulo, cujas decisões o aludiram em 10% dos casos.

² Em 2012, classificou-se como de grande porte os tribunais de São Paulo, Minas Gerais e Paraná, e como de pequeno porte os dos estados do Acre, Rio Grande do Norte e Mato Grosso do Sul.

Embora a observância da lista do SUS tenha sido pouco abordada nas decisões judiciais analisadas (3,15% dos julgados), os autores consignam que “nem toda ação judicial em saúde envolva uma discussão sobre as listas de produtos e serviços oferecidos no SUS” (pág. 81), o que justificaria o baixo percentual. Questiona-se, no entanto, esta conclusão dos autores, uma vez que as ações em que são demandados medicamentos correspondem, como será visto, a 76,6% do total dos casos examinados. Isso porque a dispensação de medicamentos é, sim, regulamentada por atos normativos do SUS, de forma que seria de se esperar alusões a eles nas decisões judiciais analisadas.

Menção de precedentes

Os dados informam que em 73,28% dos casos as decisões fazem menção a decisões anteriores do próprio tribunal na fundamentação, já quanto à utilização de precedentes de tribunais diversos, o percentual cai 3,95% dos processos que os citam. A corte que mais citou precedentes próprios foi o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que o fez em 95,77% dos casos, e a menor no tribunal do Estado do Acre, que citou precedentes próprios em 22,22% dos casos, ao passo que foi o que mais abordou decisões de outros tribunais: 44,44% dos casos.

Foi registrado, ainda, o número de acórdãos que não faz referência a nenhuma decisão local. Estes correspondem a 25,34% do total de acórdãos analisados.

Em relação à menção à jurisprudência dos tribunais superiores, tem-se que em 74,26% dos casos houve a citação de precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. As decisões que não trouxeram qualquer referência aos tribunais superiores corresponderam a 27,47% do total.

Pode-se considerar satisfatório o percentual de referências às decisões dos próprios tribunais, bem como das cortes superiores, considerando que os precedentes judiciais são uma espécie de argumento dogmático, conforme a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005). É positiva a preocupação dos tribunais com a fundamentação de seus julgamentos. Todavia, a alusão a decisões de outros tribunais é baixa. Isso revela uma lamentável ausência de esforço das cortes em uniformizar as suas decisões, em prejuízo, destarte, do princípio da igualdade.

Objeto da ação

O estudo aponta que o fornecimento de medicamentos representa 76,60% dos casos analisados, sendo que os maiores percentuais pertencem aos tribunais do Estado de São Paulo São Paulo e do Paraná, com 80,85% e 81,97%, respectivamente. Lado outro, no Estado do Acre, dos processos analisados pela corte estadual apenas 33,33% versavam acerca do fornecimento de medicamentos.

Os autores apontaram que os demais pleitos “estiveram pulverizados e apresentaram menor recorrência”. A realização de exames correspondeu a 3,78% dos casos, a realização de tratamento a 6,35% dos casos, os procedimentos cirúrgicos foram objeto de 5,55% do total e fornecimento de insumos de 9,50%.

Esses dados denunciam uma política pública de dispensação de medicamentos insatisfatória e vão de encontro com os dados de maiores incentivos fiscais às indústrias farmacêuticas nos anos de 2015 a 2017, em que, paradoxalmente, houve retrocesso no fornecimento público de remédios, conforme revela a pesquisa de Magalhães, Beghin e David (2018).

Observou-se, também, o baixo pleito por indenizações. Em 3,95% dos casos houve o pedido de indenização por danos morais, as indenizações por danos estéticos apareceram em

0,57% dos casos e a indenização por danos materiais foi pleiteada em 1,72%. Em percentuais também baixos foram objetos da ação a liberação de materiais, como próteses, que computou somente 2,86% dos casos.

A baixa demanda judicial por indenizações decorrentes da insuficiência de políticas públicas de saúde demonstra que o cidadão recorre ao Judiciário em busca, de fato, de acesso às prestações de saúde das quais necessita, conforme já se destacou anteriormente.

Conclusão

Os dados analisados demonstram que a judicialização da saúde tem sido um instrumento para suprir a ausência de políticas públicas inerentes à demandas de primeira necessidade, que se referem à proteção da vida e de elevada essencialidade à dignidade humana, conforme restou se verifica na proporção de ações nas quais houve a menção do direito à vida (53%, em relação aos recursos providos) e o deferimento de tutela de urgência (47%, na primeira instância). Cabe destacar que, em razão disso, a judicialização das demandas de saúde tem exercido relevante papel na concretização desse direito social, de modo especial naqueles estados que não dispõem de robusto orçamento e, possivelmente, por isso, são mais negligentes na implementação de políticas públicas satisfatórias.

Contudo, as informações também apontam para a ausência de parâmetros uniformes e com respaldo doutrinário entre os tribunais quanto aos critérios para a concessão das demandas de saúde. Observe-se, por exemplo, que o argumento da reserva do possível e a insuficiência orçamentária do ente público são pouco mencionados pelas cortes (8% das decisões que deram provimento ao recurso), embora nas demandas de saúde de segunda necessidade a higidez do orçamento público deva ser considerada e, sendo o caso, deve-se ponderar os princípios orçamentários com o direito fundamental à saúde, que possui natureza normativa de princípio.

Do mesmo modo, os tribunais deveriam observar o princípio da igualdade nas referidas demandas, sob pena não só de invadirem a competência do Poder Legislativo e Executivo, aos quais cabe tomar as decisões políticas de alocação dos recursos financeiros do Estado, como também de concederem, de forma privilegiada, determinada prestação de saúde a um cidadão em detrimento dos demais. Frise-se que tal princípio sequer surgiu no estudo de Asensi e Pinheiro (2016), o que deixa claro que foi baixíssima a sua incidência ou, ainda, inexistente nas decisões analisadas.

Cabe destacar que a constatação de hipossuficiência da parte autora foi utilizada como argumento para prover o recurso em 47,55% das decisões, enquanto a não hipossuficiência apareceu em 0,35% (uma decisão) como fundamento para acolher o recurso. Ou seja, não há consenso se a hipossuficiência do requerente é ou não um critério válido para a concessão das demandas de saúde. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha assentado no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ que a condição econômica deve ser analisada, tal precedente apenas se refere aos casos de concessão de medicamentos não ofertados pelo Sistema Único de Saúde, não estando, ainda, sedimentado como um critério geral.

Por fim, confirma-se que o Judiciário ainda não incorporou as contribuições do Conselho Nacional de Justiça em seu processo decisório, como a realização de consulta prévia à comissão técnica de apoio e a observância dos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito à Saúde, o que revela-se, também, preocupante, tendo em vista que tais orientações visam justamente à otimização da prestação jurisdicional, com o fim de efetivar no maior grau possível o direito fundamental à saúde.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional. Zilda

Hutchinson Schild Silva (Trad.). 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, 2010, vol.20, n.1, pp.33-55. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>>.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde no Brasil: dados quantitativos sobre a saúde pública. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ CEPESC, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde: perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Possibilidades e limites para o controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MAGALHÃES, Matheus, BEGHIN, Nathalie; DAVID, Grazielle. Brasil: Recursos federais destinados à assistência farmacêutica em tempos de austeridade. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2019/03/inesc_medicamentos_portugues_v02_DB.pdf?x40444

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.