
POR UMA DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*FOR A DISJUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICY IN
BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE FEDERAL SUPREME COURT*

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

*Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).
Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Analista
Técnico de Políticas Sociais (ATPS). Núcleo de Saúde – Defensoria Pública da União
(DPU – Unidade Porto Alegre/RS).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Qual Conceito de Judicialização?; 1.1 Primeira Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Absolutização da Saúde; 1.2 Segunda Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial; 1.3 Terceira Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – Medicina Baseada em Evidências ou Implementação de Critérios Científicos; 2 Trinta Anos do SUS: crítica à judicialização excessiva da saúde e alternativas para uma possível desjudicialização; 2.1 Críticas à Judicialização Excessiva da Política Pública de Saúde no Brasil; 2.2 Alternativas para a Desjudicialização da Política Pública de Saúde no Brasil; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Objetiva-se, em um primeiro momento, sistematizar descritivamente a trajetória do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, abarcando o conceito de judicialização e enumerando três fases de decisão do Supremo Tribunal Federal: a) absolutização da saúde; b) custo dos direitos c) medicina baseada em evidências ou implementação de critérios científicos. Na segunda parte deste artigo, relatam-se as críticas mais relevantes à excessiva judicialização da saúde, tentando, ao final, elencar alternativas para se discutir uma possível desjudicialização da política pública de saúde, tendo como elemento principal o diálogo entre o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde brasileiros. Utiliza-se, para esse objetivo, a metodologia descritivo-analítico-reflexiva.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde. Supremo Tribunal Federal. Direito à Saúde. Política Pública de Saúde. Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT: The objective is, at first, to descriptively systematize the trajectory of the phenomenon of health judicialization in Brazil, describing the concept of judicialization and enumerating three stages of decision of the Supreme Court: a) absolutization of health; b) cost of rights c) medicine based on evidences or implementation of scientific criteria. In the second part of this article, we report the most relevant criticisms of the excessive judicialization of health, trying, in the end, to list alternatives to discuss a possible disjudicialization of public health policy, having as main element the dialogue between the Justice System and the Health System in Brazil. For this purpose, the descriptive-analytical-reflexive methodology is used.

KEYWORDS: Judicialization of Health. Federal Court of Justice. Right to Health. Public Health Policy. Unified Health System.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, abordaremos a origem, o desenvolvimento e a situação atual da judicialização da política pública de saúde no Brasil. Para esse objetivo, relataremos o conceito basilar de judicialização, as fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), as críticas mais relevantes à excessiva judicialização da saúde e algumas alternativas que possam promover um direcionamento jurídico-político para uma possível desjudicialização sanitária em nosso país.

Com foco no escopo supramencionado, este artigo apresentará uma revisão bibliográfica com o intuito de aprofundar o referencial teórico-conceitual sobre a judicialização do direito à saúde no STF desde os anos 1990 até os dias atuais. Para isso, utilizaremos especificamente a metodologia descritivo-analítico-reflexiva, que, conforme Marcolino e Mizukani (2008) permite, por meio de referenciais bibliográficos contidos na literatura científica, a análise reflexiva do tema proposto sob o modo descritivo.

1 QUAL CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO?

Trabalharemos com o conceito de judicialização (TATE; VALLINDER, 1995) correspondente a duas características sedimentares que influenciaram o debate em torno da questão: a primeira descrevendo a amplitude de atuação do Poder Judiciário em searas antes consideradas exclusivas do Poder Executivo e Legislativo; e a segunda descrevendo como esses mesmos poderes – responsáveis prioritariamente pela administração pública e elaboração de leis – foram subsumidos à influência do procedimentalismo jurisprudencial no seu *modus operandi*, realçando o protagonismo do Poder Judiciário dos anos 1980/1990 até os nossos dias.

Desse modo, conforme Faro (1996), os componentes da judicialização da política, segundo a clássica obra de Tate e Vallinder (1995) são os seguintes:

(1) um novo “ativismo judicial”, i.e., uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas destas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e

(2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) sobretudo parâmetros jurisprudenciais, em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros). (FARO, 1996, p. 2).

Para Tate e Vallinder (1995), as mudanças que ocasionaram o fenômeno da judicialização foram as seguintes: a) consolidação da democracia ocidental; b) ratificação da teoria da separação dos poderes; c) desenvolvimento de políticas públicas para assegurar direitos normativamente constituídos; d) utilização dos tribunais por grupos de interesses (lobby); e) utilização dos tribunais pelas oposições políticas; f) ineficácia das instituições políticas para o cumprimento da vontade das maiorias (majoritarian institutions) e, por fim, g) avaliação negativa das instituições de produção e implementação de políticas públicas.

Houve, portanto, mudanças de cunho jurídico-político que foram decisivas para a contínua expansão do fenômeno da judicialização, como a consolidação da democracia ocidental com o fim da denominada Guerra Fria (EUA X URSS), o conseqüente alargamento das constituições dirigentes para vários países e seus respectivos mandamentos sobre elaboração e execução de políticas públicas que, caso não fossem implementadas, poderiam ser judicializadas, fazendo com que se fortalecesse a figura do Poder Judiciário e, concomitantemente, forçasse uma atuação apenas subsidiária dos Poderes Executivo e Legislativo.

Para Barroso (2017), especificamente sobre as causas da judicialização no Brasil, estas se resumiriam a três elementos fundamentais: a) redemocratização do país tendo como ápice a promulgação da Constituição da República de 1988, o que fortaleceu a concepção do Judiciário como poder político; b) a constitucionalização de políticas públicas que podem ser judicializadas para seu efetivo cumprimento, o que o autor denomina de constitucionalização abrangente; c) consolidação e ampliação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade com o direito de propositura amplo previsto no art. 103 da Constituição da República.¹

Depois de citarmos o conceito geral de judicialização, passaremos a descrever as fases dessa judicialização contidas no direito à saúde em nosso país, apresentando como referência as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), corte máxima de nosso país. Abordaremos três fases: a) Absolutização da Saúde; b) Custo dos Direitos; c) Medicina Baseada em Evidências ou Implementação de Critérios Científicos

1.1 PRIMEIRA FASE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ABSOLUTIZAÇÃO DA SAÚDE

1 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (CF/88).

A primeira fase de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) será caracterizada como “absolutização da saúde” (RIBEIRO;VIDAL,2018), no sentido de que a suprema corte concedia a imensa maioria ou basicamente todas as reivindicações jurídicas a respeito do direito constitucional à saúde, sem limitar sua abrangência, absolutizando, dessa maneira, principalmente o art. 196 da Constituição Federal², retirando este do raio de programaticidade e de eficácia limitada em que estava inserido. Ou seja, absolutização da saúde significava conceder o direito à saúde de modo absoluto, sem relativizá-lo, incluindo a integridade normativa de seus objetivos, princípios e diretrizes.

Também característico desta fase é o fato de que a concretização do direito à saúde – seja uma concessão de medicamentos de alto custo ou tratamento de uma doença rara – deveria ser judicialmente disponibilizada com a máxima brevidade possível, independentemente da ausência de recursos financeiros para seu respectivo custeio.

As decisões desta fase baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana³, no direito inalienável à vida⁴ e no valor saúde como um mínimo existencial para todo ser humano⁵. Esta fase se consolida do ano 1997 com o julgamento da Petição (PET) 1.246-SC⁶ e finda-se com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45, de 2004,⁷ em que finalmente ocorre algum grau de limitação em torno da matéria, como veremos a seguir.

2 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF/88).

3 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (CF/88). (Grifo nosso).

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (CF/88). (Grifo nosso).

5 Para Torres (2008), “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 2008, p.8).

6 Nesta Petição discute-se transplante para menor impúbere de células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1658189>>. Acesso em: 10 set. 2019.

7 Trata-se de um leading case no Supremo, pois abarca a inserção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, dos direitos sociais, citando expressamente as teses da reserva do possível e do mínimo existencial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 set. 2019.

1.2 SEGUNDA FASE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - O CUSTO DOS DIREITOS⁸: RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Nesta segunda fase de decisão do STF relataremos como a Suprema Corte deu uma guinada nas decisões relativas ao direito à saúde no sentido de considerar a importância do custo dos direitos, principalmente dos direitos considerados de segunda geração, ou seja, direitos que exigem prioritariamente uma contrapartida financeira do Estado para sua efetiva implementação, como é o caso do direito social à saúde.

Há, a partir do ano de 2004, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, um marco institucional sobre o limite jurídico-orçamentário para a concessão das demandas de saúde que chegam ao STF, principalmente em relação a medicamentos de alto custo e tratamentos de alta complexidade.

Sendo assim, preferimos citar dois casos clássicos da Suprema Corte - considerados *leading cases* pela literatura especializada - sobre a teoria do custo dos direitos em relação a esta segunda fase de decisão do STF no que concerne ao direito à saúde: a já citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45 – MC/DF, de 2004⁹ e a Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL, de 2007¹⁰.

Com base nessas decisões, foi elaborado um critério que se lastreava na junção entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado. Caso ambos elementos formadores do critério fossem afirmativos, comprobatórios e cumulativos (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) estaria configurada obrigação estatal em efetivar o direito à saúde, caso contrário, descaracterizaria a possibilidade de realização pelos entes públicos.

8 Empregamos essa expressão – Custo dos Direitos – conforme conceituada obra de Holmes e Sunstein (2012) que relatam sobre a questão: “Debería ser evidente que los derechos tienen un costo, pero en cambio la idea suena como paradoja, como falta de educación, quizás incluso como amenaza a la preservación de los derechos. Afirmer que un derecho tiene un costo es confesar que tenemos que renunciar a algo a fin de adquirirlo o conservarlo.” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 43).

9 Esta ADPF n.45 é invocada expressamente em várias decisões do próprio STF em relação à interferência do Poder Judiciário no âmbito de políticas públicas constitucionalmente previstas sob o fundamento de garantir a proteção, dentre outros princípios, do mínimo existencial, por isso, sua classificação como um *leading case*. Podemos citar, após pesquisa no sítio eletrônico do Supremo, as seguintes: AG REG RE 410.715/SP; AG REG STA 223/PE; AG REG SL 47/PE; AG REG RE AGR 639.337/SP; AG REG RE 642.536/AM; AG REG RE 763.667/CE; AG REG RE 581.352/AM; EMB DECL AI 598.212/PR; AG REG RE AGR 727.864/PR e AG REG RE AGR 745.745/MG.

10 A STA 91/AL determinou a não obrigatoriedade do estado de Alagoas em disponibilizar medicamentos de alto custo para o requerente, com base no princípio da reserva do financeiramente possível (teoria dos custos do direito). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2466232>>. Acesso em: 10 set. 2019.

1.3 TERCEIRA FASE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS OU IMPLEMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS CIENTÍFICOS

A última fase de decisão do STF em relação à judicialização da saúde pode ser classificada como Medicina Baseada em Evidências (MBE) ou Implementação de Critérios Científicos (ICC), pois nesta última etapa de decisão da Suprema Corte se observa a utilização de argumentos científicos para a análise das demandas que envolvem o direito à saúde.

Há três episódios que marcaram esta fase, com consideráveis reflexos no direito sanitário: a) Audiência Pública nº 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, e realizada entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009 para tratar especificamente da judicialização do direito à saúde; b) a emblemática decisão proferida um ano depois pelo plenário do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 (STA 175 - AgR/CE)¹¹, relatado pelo mesmo Ministro Gilmar Mendes e publicado no Diário da Justiça em 30 de abril de 2010, explicitando critérios e parâmetros de julgamento a serem analisados e seguidos tanto pelos operadores do Direito quanto pela contribuição técnico-executiva dos gestores da política pública na análise da judicialização da saúde pelo país; c) por fim, destacamos as atividades do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010¹² e sua contínua contribuição no debate sobre a temática aqui destacada.

Dentre esses avanços supracitados, sublinhamos cinco parâmetros basilares para determinação de decisões judiciais a respeito da judicialização da saúde contidos no voto do Ministro e então Presidente do STF Gilmar Mendes como relator da STA 175-AgR/CE (2010), pois estes parâmetros exercem influência até hoje, quase dez anos depois de sua publicação: 1) existência da repartição de competências dos entes federativos com o escopo da dispensação de medicamentos, relacionando-os com a descentralização da política de assistência farmacêutica; 2) havendo política pública que abranja prestação de saúde pleiteada pela parte, o Judiciário então deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente; 3) caso a não prestação decorra de uma omissão legislativa ou administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal à sua dispensação deve-se observar o seguinte: no primeiro caso – omissão legislativa – o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos. Já no segundo caso – omissão administrativa – o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento

11 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2019.

12 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 8 de set. 2019.

alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros tipos à disposição; 4) caso os medicamentos e tratamentos existentes para o paciente sejam experimentais, o Estado não está obrigado a fornecê-los; 5) caso tratamentos e medicamentos incipientes e, por esse qualificativo, classificados como muito recentes - não foram incluídos nos protocolos do SUS mas já são fornecidos pela rede particular de saúde - os tratamentos podem ser determinados pela autoridade judicial, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares.

Sendo assim, depois de relatarmos a trajetória do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil com base nas três fases de decisão do STF, tentaremos construir, a seguir, uma análise crítica em relação à excessiva judicialização, complementando-a com propostas que visem à uma possível desjudicialização da política pública de saúde em nosso país.

2. TRINTA ANOS DO SUS: CRÍTICA À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE E ALTERNATIVAS PARA UMA POSSÍVEL DESJUDICIALIZAÇÃO

Para brindarmos a efeméride dos 30 anos de Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, comemorados juntamente com a Constituição Federal em outubro de 2018, um presente para o nosso sistema de saúde seria pensar criticamente alternativas para o início de um processo que denominamos de desjudicialização da política pública de saúde.

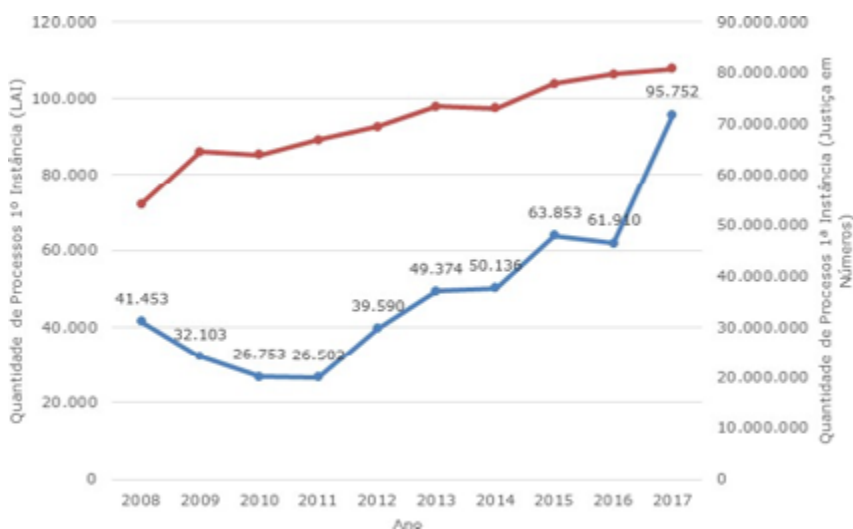
Essa reflexão torna-se premente no contexto atual, haja vista a quantidade de recursos financeiros despendidos e o crescente aumento dos processos judiciais relativos às demandas de saúde no Brasil, como revelam os gráficos abaixo:

GRÁFICO 1 - GASTOS DA UNIÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL – 2010/2016.



Fonte: Ministério da Saúde (2017), em apresentação na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Gráfico 2 – Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)



Fonte: Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (CNJ/ INSPER, 2019).

O gráfico 1 acima, produzido pela equipe técnica do Ministério da Saúde (2017), demonstra que houve um aumento do gasto financeiro em relação às demandas de saúde em torno de 1010% no período que compreende 2010-2016, sendo que 90% do total desse valor foi para a compra de apenas 10 medicamentos de alta complexidade¹³; enquanto o gráfico 2 (CNJ/INSPER, 2019), demonstra que houve um crescimento de 130% no número de demandas relativas à saúde na primeira instância da Justiça brasileira, quando analisado o período de 2008 a 2017. Tais gráficos confirmam o esgotamento da judicialização da saúde e a necessidade de alternativas a esse fenômeno em nosso país.

Logo abaixo, apontaremos as principais críticas a esse modelo de judicialização excessiva e, após, citaremos alternativas com o propósito de desjudicializar a política pública de saúde no Brasil.

13 Segundo dados de 2016 divulgados pelo Ministério da Saúde na Audiência Pública promovida pelo CNJ "Prestação da Jurisdição em Processos Relativos à Saúde", em dezembro de 2017, os medicamentos mais caros que representavam 90% dos gastos totais eram os seguintes: soliris (eculizumabe), vimizim (elosulfase), translarna (atalurenol) 1000 mg e 250 mg, juxtapid (lomitapida), replagal (alfagalsidase), cinryze (inibidor de C1 esterase) e myalept (metreleptina). Material completo da audiência pública disponível em: <https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdicao-em-processos-relativos-a-saude>. Acesso em: 8 set. 2019.

2.1 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL

A primeira crítica refere-se à ausência de efetividade da Audiência Pública sobre a Saúde, realizada pelo STF em 2009. Um dado importante relatado por Santos, Delduque e Mendonça (2015) – é de que somente 20% (vinte por cento) dos argumentos e ideias centrais discutidos na Audiência Pública – Saúde nº4 foram utilizados em julgamentos posteriores da Suprema Corte e das regulamentações promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ: “Os 63 discursos analisados originaram 705 argumentos, dos quais apenas 20% foram considerados ‘fortes’ e 564 (80%) foram ‘não fortes’, isto é, não causaram impacto nas decisões posteriores do STF e do CNJ...” (SANTOS, DELDUQUE, MENDONÇA, 2015, p. 186). (Grifo nosso).

Ainda, segundo Asensi e Pinheiro (2015), além da escassa menção à Audiência Pública realizada pelo STF em 2009, há parca referência às Recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente as Recomendações de nº 31 e 36¹⁴, que sugerem estratégias sobre como os juízes devem lidar com a temática da judicialização da saúde tanto pública quanto suplementar, como também raríssimas referências em relação ao desenvolvimento desse debate em importantes instâncias como o Fórum da Saúde do CNJ e os Comitês Estaduais de Saúde organizados em unidades federativas de nosso país.

Outro ponto crítico à judicialização excessiva da política pública de saúde no Brasil diz respeito às decisões administrativas e judiciais que omitem a participação popular subsumida em forma de debates, discussões e deliberações nas instâncias consultivas e deliberativas da política pública de saúde, tais como Conselhos – municipais, distrital, estaduais e federal – e Conferências, em explícito desacordo ao que consta na alínea “d” do item I da Recomendação CNJ nº 31, de 30 de março de 2010, estipulando o seguinte:

- d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em

14 Recomendação nº 31, de 30/03/2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em 8 de setembro de 2019. E Recomendação nº 36, de 12/07/2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=847>. Acesso em 8 de setembro de 2019.

Oncologia – CACON. (Recomendação CNJ nº 31, de 30/03/2010). (Grifo nosso).

Além de fazerem ouvidos moucos à participação popular, outro ponto crítico da judicialização de saúde no Brasil concerne à focalizar as decisões judiciais ao aspecto eminentemente curativo das demandas que se refletem em pautas como medicamentos, tratamentos cirúrgicos, próteses, órteses; secundarizando, dessa maneira, aspectos preventivos, tais como acesso à vacinação, exames preventivos e atenção básica contrariando, assim, o próprio art. 198, Inc. II, da Constituição Federal:

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

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (CF/88). (Grifo nosso).

Sublinha-se que a maioria das ações no âmbito da judicialização da saúde tratam apenas sobre casos de microjustiça – demandas individuais e não coletivas, não existindo qualquer tipo de preocupação por parte dos operadores de direito, especialmente magistrados, sobre as consequências para a política pública e, principalmente, sobre o custo orçamentário e financeiro da concretização do direito individual à saúde, ignorando, dessa forma, os desdobramentos sobre o ponto de vista da macrojustiça.

Questão primordial de crítica à excessiva judicialização da saúde no Brasil diz respeito à criminalização dos gestores da política pública. De acordo com Schulze e Neto (2015), algumas decisões judiciais são preocupantes por gerarem uma insegurança jurídico-política para os membros integrantes do Poder Executivo, que possuem como objetivo central executar a concretização e efetivação da política pública para a totalidade dos cidadãos. A criminalização da gestão, resultado da má judicialização, é destacada pelos autores (SCHULZE; NETO, 2015) em seus seguintes aspectos:

- Decisões judiciais que decretam a prisão do gestor público ou bloqueio de sua própria conta pessoal em razão de descumprimento de decisões judiciais, por exemplo, as que determinam fornecimento de medicamentos que estão com ausência de estoque ou até mesmo fora da lista padrão do SUS ou urgente transferência para Unidade de Terapia Intensiva – UTI em hospital de referência;

- Em relação à possível prisão dos gestores públicos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao se pronunciar em matéria de Habeas Corpus – HC 266948/SE, de 2015 e HC 45139/RJ, de 2006¹⁵ – compreendeu que juiz da área cível (área que inclui o direito à saúde) não possui competência para decretar prisão por descumprimento de ordem judicial;
- E em se tratando de determinação da área criminal, destaca-se que o crime de desobediência é previsto como crime de menor potencial ofensivo, pois sua pena varia de 15 dias a 6 meses de detenção e multa, conforme art. 330 do Código Penal (CP), caracterizando-se como uma forma de atipicidade da conduta, respeitando o princípio da intervenção mínima e a interpretação de que o direito penal deve sempre ser considerado como ultima ratio. Além da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei nº 9.099, de 1995, dispor de medidas despenalizadoras como a transação e a suspensão condicional do processo;
- E, por último, ainda sobre a criminalização dos gestores da política pública, em caso de condenação, após o término do processo penal, observado o contraditório e a ampla defesa, também não haveria a decretação da prisão diante da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Frente a essas críticas supramencionadas, passaremos a enumerar alternativas à judicialização excessiva da política pública de saúde, com o fulcro principal de desjudicializá-la para sua melhor eficiência e efetividade perante à sociedade.

2.2 ALTERNATIVAS PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL

Nossas propostas para o fomento da desjudicialização da política pública de saúde no Brasil basicamente giram em torno do protagonismo do ativismo político frente ao ativismo judicial de nossos tempos e se resumem nos seguintes aspectos:

15 HC 266948/SE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 05/02/2015, DJe 20/02/2015 e HC 45139/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. 18/10/2005, DJ 06/02/2006 p. 358.

- prioridade das ações judiciais coletivas, rigor na análise dos pedidos deduzidos judicialmente, ampliação do diálogo entre o sistema de justiça e o sistema de saúde, instrução dos atores do sistema de saúde para que conheçam as políticas de saúde, incentivo à mediação, conciliação e arbitragem sanitárias (SCHULZE; NETO, 2015), (DELDUQUE; CASTRO, 2015);
- fortalecimento da participação popular, prestigiando os debates, discussões, diretrizes, propostas e moções realizadas pelas instâncias participativas e deliberativas da política pública de saúde – Conselhos, Conferências, Comitês e Câmaras; e que sejam reverberadas para os espaços de decisão, sejam estes pertencentes ao executivo, legislativo ou judiciário, com o intuito de contribuir com a melhora de sua eficiência, eficácia e efetividade para o melhor atendimento da população¹⁶;
- Melhorar a gestão do SUS de acordo com seu aparato normativo – desde a Constituição Federal até decretos, portarias e resoluções da área, passando pela Lei Orgânica da Saúde – LOS¹⁷ – dialogando com integrantes dos órgãos de controle, tais como Controladoria Geral da União (CGU) e Tribunal de Contas da União (TCU), apostando prioritariamente em iniciativas de desburocratização com auxílio da “Revolução Digital 4.0” de informatização tecnológica;
- Estabilizar o orçamento sanitário para o único sistema universal de saúde do mundo concebido para mais de 100 milhões de pessoas (SUS), para esse intuito necessitaríamos refletir a respeito de medidas constitucionais, como taxação das grandes fortunas, incremento do imposto sobre heranças e territorial-rural e auditoria da dívida pública, além de repensar critérios para isenções e desonerações fiscais a grupos privados; também dever-se-ia rever os impactos da Emenda Constitucional do teto dos gastos (Novo Regime Fiscal) – EC nº 95, de 2016¹⁸, que, segundo Vieira e Benevides (2016) poderão retirar do SUS em torno de R\$ 400 bilhões nos seus vinte anos de vigência.

16 As diretrizes, propostas e moções aprovadas pelos delegados presentes na 16ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), realizada entre os dias 4 e 7 de agosto de 2019, podem ser conferidas na Resolução CNS nº 617, de 22 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1FoBYTndvhsZ59XXmUAFDZ8PQIrnCVngg/view>>. Acesso em: 8 set. 2019.

17 Lei Orgânica da Saúde – LOS: Lei nº 8.080, de 19/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

18 Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>. Acesso em 8 set. 2019.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que houve um desenvolvimento legal-normativo no debate em torno da judicialização da política pública de saúde no Brasil, priorizando nossa análise descritiva nos impactos trazidos pelas decisões exaradas pela mais alta corte – o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

Mas, mesmo com o atual patamar de sofisticação dos argumentos e interpretações jurídicas em relação ao direito à saúde, lastreados no que há de melhor nos critérios balizadores da Medicina Baseada em Evidências (MBE), ainda há muitos problemas – de cunho orçamentário e de efetividade nas resoluções – que culminam em um atual quadro de esgotamento do modelo de judicialização da saúde no Brasil.

Frente a esse esgotamento, só mesmo um esforço conjunto entre os membros integrantes do Sistema de Justiça e do Sistema de Saúde com o objetivo de desjudicializar a política pública de saúde seria capaz de alterar essa conjuntura jurídico-política em prol da solução efetiva das demandas reclamadas pela população.

Esse processo de desjudicialização da política pública de saúde passaria, obviamente, pelo Direito, com iniciativas como mediação, conciliação e arbitragem sanitárias, mas também pela Economia, com análise de custo-benefício priorizando casos de macrojustiça que englobariam o sistema de saúde de modo integral e, por fim, também observando o deslinde da Ciência Política, em relação às propostas do movimento da reforma sanitária em suas pautas de democracia e gestão participativa.

Somente com essa visão interdisciplinar poderemos almejar uma melhor resolução na questão sanitária brasileira, sempre respeitando os objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) aclamados por nosso Estado Democrático de Direito e pela nossa Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal – COEDIT. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Lei dos Juizados Cíveis e Criminais – Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendacao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_12072011_22102012170026.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 266948/SE*. Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 05/02/2015, DJe 20/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 45139/RJ*. Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. 18/10/2005, DJ 06/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175/AgR-CE*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 45/MC-DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 1246-SC*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1658189>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/>

papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file. Acesso em: 11 set. 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. *A Mediação Sanitária como Alternativa Viável à Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil*. *Saúde em Debate*. v. 39, n.105, p. 506-513. 2015.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA/CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução. INSPER/CNJ-2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

HOLMES,

MARCOLINO, Taís Quevedo; MIZUKAMI, Maria da Graça Nicolletti. Narrativas, Processos Reflexivos e Prática Profissional: apontamentos para pesquisa e formação. *Interface – Comunic., Saúde, Educ.*, v.12, n.26, p.541-7, jul./set. 2008.

RIBEIRO, Krishina Day; VIDAL, Josep Pont. Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 7(2):239-261, abr./jun, 2018.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. *Os Discursos na Audiência Pública da Saúde e seu Impacto nas Decisões do Supremo Tribunal Federal*: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. *Saúde e Sociedade*. v.24, suppl.1, p. 184-192, 2015.

SCHULZE, Clênio Jair; NETO, João Pedro Gebran. *Direito à Saúde – Análise à Luz da Judicialização*. Porto Alegre:Verbo, 2015.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo.