

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE DEVE SER GARANTIDO POR POLÍTICAS PÚBLICAS E DECISÕES JUDICIAIS

*Maria Célia Delduque*¹⁴³

*Silvia Badim Marques*¹⁴⁴

Uma vez mais o Direito Sanitário esteve em evidência com a realização da audiência pública no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre políticas públicas de saúde. Os senhores ministros do STF ouviram 50 especialistas, entre magistrados, professores, advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), médicos e técnicos de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, sobre diversas questões que envolvem a garantia efetiva do Direito à Saúde no Brasil, intimamente relacionadas com as políticas públicas de saúde, e a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, vem se deparando com um volume cada vez maior de ações judiciais individuais que reivindicam os mais diversos medicamentos, insumos, tratamentos e produtos de saúde em face do Estado, como garantia do direito à saúde constitucionalmente resguardado¹⁴⁵. Estudos (MESSESEDER; OSÓRIO-DE-CASTRO; LUÍ-

¹⁴³ Advogada. Especialista de Direito Sanitário pela USP, Mestre em Planejamento e Gestão Ambiental pela UCB e Doutoranda em Saúde Pública pela USP.

¹⁴⁴ Bacharel em Direito. Mestre em Saúde Pública pela USP e Doutoranda em Saúde Pública pela USP.

¹⁴⁵ O artigo 6º da Constituição Federal insere a saúde no rol dos direitos sociais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, e o artigo 194 desta Carta Magna reconhece a saúde como parte integrante do sistema de seguridade social do país. Os artigos 196 a 201, por sua vez, instituem uma estrutura política complexa e abrangente para o cuidado com a saúde da população brasileira, com a organização de um Sistema Único de Saúde (SUS) que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de Governo e participação da comunidade, destinada a garantir, de forma sistêmica, o direito à saúde de todos os cidadãos. Ressalta-se que o artigo 196 da Constituição Federal diz expressamente que esse direito será 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 a sua promoção, proteção e recuperação”.

ZA¹⁴⁶; MARQUES; DALLARI¹⁴⁷; VIERA; ZUCCHI¹⁴⁸) demonstram que o número de ações judiciais que demandam medicamentos para o Estado vem crescendo de forma exponencial no Brasil. E que as reiteradas decisões judiciais que se seguem, fundamentadas nos dispositivos legais que garantem o direito à saúde sob a perspectiva integral e universal, acabam por conferir àqueles que acessam o Judiciário as mais diferentes prestações de saúde, focadas nas necessidades individuais postas nos autos. Essas decisões judiciais, por conseguinte, acabam por incidir, de forma reflexa, na política pública de saúde, destinada a garantir o direito social à saúde sob a perspectiva coletiva e distributiva. A esse fenômeno convencionou-se chamar de “judicialização da política de saúde”¹⁴⁹.

A prestação jurisdicional sobre campos da política sanitária tende a inovar nos casos concretos submetidos à sua apreciação, pois vem garantindo, a esses cidadãos, tanto prestações de saúde que constam nas listas e protocolos oficiais do Sistema Único de Saúde quanto os que não constam¹⁵⁰. E, assim, essas decisões acabam por incidir, de forma reflexa, para

¹⁴⁶ MESSEDER, Ana Maria; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia; LUÍZA, Vera Lúcia. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

¹⁴⁷ MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

¹⁴⁸ VIEIRA, Fabiula Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007.

¹⁴⁹ É preciso registrar que o termo judicialização da política tem diferentes acepções. Para maiores informações vide excelente trabalho de Débora Alves Maciel e Andrei Koerner: “Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises”, publicado na *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002.

¹⁵⁰ De acordo com documento do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS), de 2004, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas “objetivam estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, racionalização da prescrição e do fornecimento. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os PCDT têm, também, o objetivo de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz” (p. 55). A Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME), por sua vez, abrange um elenco de medicamentos necessários ao tratamento e controle das enfermidades prioritárias em saúde pública nos diversos níveis de atenção no País (MS, 2007).

além dos domínios do sistema jurídico, atingindo a escolha discricionária do gestor público sobre a melhor oferta de saúde, tendo em vista as necessidades de toda a população. E, também, incidem sobre os tão polêmicos gastos com a saúde pública, que passam por um orçamento apertado e distribuído após um árduo planejamento.

Essa problemática levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer repercussão geral da questão constitucional suscitada em Recurso Extraordinário¹⁵¹, relativo ao fornecimento de medicamento de alto custo a paciente do Estado do Rio Grande do Norte, às expensas daquele Estado. O STF, nesse recurso, questiona se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco “a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença”. E aponta a necessidade do pronunciamento do Supremo em relação aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198 da Constituição Federal, “revelando o alcance do texto constitucional”.

Faz-se necessário, para o debate do tema, compreender a dimensão do conceito de saúde e a opção feita pela sociedade brasileira por um modelo organizativo, universal e público, estruturado sob a forma de um sistema único, com a participação das três esferas de poder político (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e da sociedade.

Tratar das relações entre Estado e saúde é um desafio intelectual, porque suas conexões não se estabelecem de forma linear, mas em uma complexa relação. Além disso, a própria noção de saúde carece de definição satisfatória, isto é, para além da clássica formulação da ausência de doença.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua constituição, afirma expressamente que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades”.

O conceito de saúde, portanto, não pode se resumir apenas à ausência de doenças, de patologias biologicamente determinadas. E a saúde como objeto da proteção jurídica segue essa evolução conceitual. Proteger à saúde, juridicamente, deve corresponder à proteção estatal de todos os cuidados necessários para garantir a saúde da população, por meio de ações, serviços e intervenções tanto de caráter preventivo quanto curativo.

¹⁵¹ Recurso Extraordinário n. 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte.

A Constituição da República Federativa do Brasil, tradutora dos ideais da reforma sanitária¹⁵², gerados nos anos que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte, converteu em epicentro do arcabouço jurídico brasileiro os direitos fundamentais e declarou a saúde um direito fundamental a realizar-se pelo Estado por intermédio da adoção de políticas públicas. Assim, o texto constitucional estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁵³ como a mais importante política pública para a área da saúde e conferiu prioridade ao dever de ação em saúde por parte do poder público.

Para garantir o direito à saúde, portanto, o Estado brasileiro deve formular e implementar políticas públicas e prestar serviços públicos, contínuos e articulados, que garantam o acesso universal, igualitário e integral às ações e serviços de saúde, em todos os níveis de complexidade. Destaca-se que a Lei n. 8.080/1990, que organiza o Sistema Único de Saúde em território nacional, estabelece, em seus artigos 6º e 7º, que entre as ações que se inserem no campo de atuação do SUS, encontra-se a de “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (artigo 6º, I, “d”). Ela deve ser disponibilizada à população com observância ao princípio da integralidade de assistência, entendido como um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (artigo 7º, II).

¹⁵² A reforma sanitária foi um movimento social, das décadas de 1970 e 1980, que objetivou: a) a reconstrução da concepção de saúde no Brasil, inserindo-a no contexto social nacional; b) a reconstrução normativa e institucional dos serviços e ações de saúde no país; c) um novo olhar sobre o processo saúde-doença, sobre a elaboração e implementação das políticas de saúde, sobre as relações médicas, sobre a formação dos recursos humanos destinados ao trabalho na área da saúde, entre outros, de forma mais próxima e articulada com a concepção de direito humano à saúde, à luz do disposto em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, da Organização das Nações Unidas (ONU). Para conhecer a trajetória do movimento sanitário brasileiro que culminou na inscrição do capítulo da saúde no texto constitucional, leia o minucioso trabalho de resgate histórico em “Saúde e Democracia: História e Perspectivas do SUS”, de Nísia Trindade Lima e outros autores (Org), publicado pela Editora Fiocruz, em 2005.

¹⁵³ O conceito jurídico do SUS está inscrito na Lei n. 8.080/1990, em seu artigo 4º: “Conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Evidencia-se, portanto, que as políticas públicas destinadas a prestar serviços de saúde para todos os cidadãos brasileiros devem observar as diretrizes legais e constitucionais e garantir, de fato, cuidados integrais de saúde, tanto sob a perspectiva preventiva quanto assistencial.

A expressão “políticas públicas” causa estranheza ao operador do Direito¹⁵⁴. Não há sentido na expressão a menos que tenha uma forma exterior reconhecível pelo sistema jurídico. Como salienta Bucci (2002, p. 257), “coloca-se então o problema de saber qual a forma exterior, reconhecível pelo sistema jurídico, que assume a política pública”. A exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. As políticas públicas são expressas de diversos modos, sem um padrão jurídico claro e definido. Normalmente, são o resultado de uma criação legislativa, complementada por meio da edição de atos administrativos, nas suas mais variadas formas. Somente quando as políticas públicas estão formuladas na linguagem jurídica, isto é, quando explicitadas nas normas e regramentos tornam-se perfeitamente reconhecíveis pelo sistema jurídico. As políticas públicas sanitárias, garantidoras do direito à saúde sob a perspectiva coletiva, estão formuladas não apenas na Constituição e na lei *stricto sensu*, mas, principalmente, em um arco normativo infralegal em que se definem as metas e resultados a serem alcançados pela política pública.

Não se pode perder de vista, no entanto, que as necessidades e os custos em saúde são volumosos, principalmente frente ao constante avanço da tecnologia médica e terapêutica e que os recursos públicos são escassos. Assim, materializar os direitos sociais, em especial, o direito à saúde, implica um financiamento estatal de grande monta, o que fez a política pública introduzir determinados critérios para racionalizar a prestação coletiva, de acordo com os recursos públicos existentes e com a capacidade do Estado. Desse modo, é óbvio que há limitações em relação ao espectro de necessidades terapêuticas de toda a população brasileira.

Assim, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, entre outras presta-

¹⁵⁴ Estudiosos do Direito têm se debruçado, nos últimos tempos, sobre o tema das políticas públicas, enfrentando-o sob a perspectiva jurídica. Para maiores informações ler os trabalhos de Maria Paula Dallari Bucci (2006) e Américo Bedê Freire Jr. (2005), entre outros.

ções positivas de saúde pelo Estado representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro representa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores dessa política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais que garantem as mais diversas prestações do Estado.

Evidencia-se, assim, a complexidade do tema em debate, posto que envolve de um lado o Estado brasileiro e suas políticas públicas e de outro o cidadão em busca de justiça e de saúde, em face de um sistema fragilizado, e com evidentes problemas gerenciais e de acesso. Trata-se aqui de uma reflexão sobre a relação dos subsistemas político e jurídico em face de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido – a saúde – e o dever do Estado na prestação de serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim vejamos: o sistema político identifica-se com os programas político-eleitorais e com as propostas de governo. Suas decisões são coletivamente vinculantes e construídas em uma base normativa totalmente reconhecível pelo Direito – as normas e regramentos já mencionados. O sistema jurídico tem exatamente as normas e regramentos em seu programa, que reconhece, portanto, a política pública definida em tais normas e regramentos. Quer dizer, a incorporação do arcabouço infralegal que define a política pública de saúde nas decisões judiciais, e não apenas a norma constitucional, revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de saúde, emanados do poder Legislativo e Executivo do Estado.

Tal incorporação, no entanto, não deve ser confundida com as propostas imaturas de ceifar direitos e retroceder nas conquistas de cidadania no Brasil, que têm sido alardeadas pelos mesmos atores que outrora lutaram pela garantia do direito à saúde no texto constitucional, na intenção de coibir decisões judiciais em desfavor dos gestores do SUS, desobrigando-os completamente a fornecer quaisquer medicamentos ou produtos de saúde que não constem expressamente nas listas oficiais do Sistema¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Um exemplo dessas propostas é o projeto de Lei do Senado Federal n. 219/2007, que pretende estabelecer um conceito de integralidade de assistência à saúde, reduzindo-o à oferta de bens elencados expressamente nas listas e protocolos oficiais do SUS.

Os desafios relacionados à garantia efetiva do direito à saúde no Brasil não são poucos, tanto por parte dos operadores do direito quanto por parte dos elaboradores e executores da política de saúde.

O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas frente a cada cidadão que clama urgentemente por um serviço e um bem de saúde. Perante os magistrados, apresenta-se o desafio de incorporarem, em suas decisões, as políticas públicas legalmente estabelecidas, mas sem correr o risco de, contudo, colocar em risco a vida humana representada no processo, visto que muitas vezes os trâmites políticos e administrativos contrastam com as necessidades postas nos autos. Destaca-se, ainda, que as políticas públicas encontram-se dispersas em inúmeros atos normativos sem uma sistematização clara, o que dificulta seu reconhecimento pelo órgão central do sistema jurídico.

Os gestores públicos de saúde, e demais elaboradores desta política no Brasil, por sua vez, devem enfrentar o complexo panorama da escassez de recursos para a saúde, da natureza econômica e altamente lucrativa dos laboratórios farmacêuticos e grandes indústrias médicas, e da ampla máquina administrativa centralizada e historicamente burocratizada, para cumprirem seu dever constitucional e garantirem, de fato, saúde sob a perspectiva integral, equânime e universal. Deve o Poder Judiciário estar atento para esse panorama e contar, para as suas decisões, com as diretrizes políticas formuladas pelo Poder Público, observando os limites de sua competência funcional, para evitar, inclusive, que sejam contempladas pretensões abusivas.

Como salienta Marques (2008), releva-se fundamental que os juízes, promotores de justiça, gestores públicos, sociedade civil, operadores do direito, sanitaristas, doutrinadores entre outros envolvidos na temática, discutam de forma ampla o tema em debate, e proponham soluções conjuntas para minimizar o conflito social-político evidenciado. O Supremo Tribunal Federal, ao convocar e promover a audiência pública aqui relatada, evidencia que o Poder Judiciário está aberto para dar esse passo, rumo à construção de um sistema de saúde justo e universal, conforme dita a nossa Constituição brasileira, em que todos os poderes do Estado e a sociedade civil caminhem de mãos dadas.

Referências

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREIRE JR. Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Nísia T. et al. *Saúde e Democracia: História e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 57, 2002. p.113-133

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do Direito à Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, p. 65-72, 2008.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

MESSEDER, Ana Maria; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia; LUÍZA, Vera Lúcia. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007.

