

## Judicialização da saúde\*

Gustavo Henrique Moreira do Valle\*\*

No “VI VITALICIAR – Encontro de Vitaliciamento de Magistrados”, as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras Heloísa Combat e Vanessa Verdolim Hudson Andrade foram as expositoras do painel relacionado ao instigante tema da judicialização da saúde.

Tendo assistido, naquela oportunidade, às palestras de Suas Excelências, bem como participado de um grupo para estudo de caso, passo, agora, a reduzir, por escrito, neste artigo, algumas impressões sobre esse tema.

O art. 196 da Constituição do Brasil de 1988 estabelece que

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.

Nessa esteira, e complementando o comando constitucional, o *caput* do art. 2º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Contudo, deve-se repisar que o Estado deve garantir o direito à saúde “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos” (SILVA, 2005, p. 831).

A exigência de políticas econômicas e sociais se deve à grande complexidade do tema, que não demanda, do Estado, apenas uma espécie de ação, na medida em que, para além das ações e dos serviços de saúde propriamente ditos,

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990).

Note-se, igualmente, que o condicionamento do direito à saúde a políticas econômicas e sociais decorre, também, das limitações próprias e naturais a um Estado que, infelizmente, ainda faz parte do rol dos Estados em desenvolvimento.

Estabelecido isso, pergunta-se: tratando-se de questão que envolve políticas públicas, pode o Poder Judiciário, que não tem a bênção popular, ser instado a afastar, em dado caso concreto, lesão ou ameaça a direito à saúde, que, aliás, é fundamental e relacionado mesmo ao mínimo existencial que centraliza o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

A questão não comporta resposta absoluta, pronta e acabada, na medida em que há, no caso, uma tensão entre o postulado da inafastabilidade da apreciação judicial – inciso XXXV do art. 5º da Constituição do Brasil de 1988 – e a norma constitucional que estabelece que a atuação do Estado, na área, se dá mediante a definição e execução de políticas econômicas e sociais (art. 196 da Constituição do Brasil de 1988), sendo certo que as questões políticas refogem às atribuições do Poder Judiciário, por conta do princípio constitucional da separação de Poderes (art. 2º da Constituição do Brasil de 1988).

Aplicando-se, ao caso, o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática ou da harmonização, que estabelece a necessidade de se buscar, *in concreto*, a “otimização entre os direitos e valores em jogo” (LIMA, 2009), pode-se afirmar que o Poder Judiciário, no exame dos casos concretos, pode – e deve – afastar qualquer lesão ou ameaça a direito, mas apenas nas situações em que a política pública relacionada à saúde se revelar defeituosa ou insuficiente.

Assim, a atuação do Poder Judiciário, no ponto, só pode ser exceptiva, nunca podendo ser realizada de forma ampla, aberta e incondicional, sob pena de se agredir o princípio constitucional da

---

\* Artigo apresentado à Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJ no VI VITALICIAR – Encontro de Vitaliciamento de Magistrados.

\*\* Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos

divisão funcional do Poder, colocando-se em risco a efetividade das políticas econômicas e sociais do setor.

Posto isso, passa-se à próxima indagação: então quais seriam os condicionamentos à atuação do Poder Judiciário no campo da saúde pública?

Inicialmente, anoto que, em que pesem as ações e os serviços de saúde integrarem “uma rede regionalizada e hierarquizada” e “em níveis de complexidade crescente” (art. 198, *caput*, da Constituição do Brasil de 1988 e art. 8º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), bem como em que pese cada uma das esferas de governo ter atribuições definidas na legislação (arts. 16 a 19 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), entendo que se deve reconhecer, entre os entes federados, a solidariedade, tendo em vista que o dever de realizar as políticas públicas garantidoras do direito à saúde é do Estado em sentido amplo (art. 196 da Constituição do Brasil de 1988) e que o sistema é único (art. 198, *caput*, da Constituição do Brasil de 1988 e art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), tendo, como uma de suas diretrizes, o atendimento integral (inciso II do art. 198 da Constituição do Brasil de 1988 e inciso II do art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990).

Assim, seja qual for o provimento almejado, não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* de qualquer dos entes federados, sendo certo que, caso um ente federado, por força de decisão judicial, execute ação ou serviço de saúde que, pela legislação infraconstitucional, não seja de sua alçada, poderá ele se compensar financeiramente com o ente federado legalmente responsável, na medida em que o financiamento do Sistema Único de Saúde é realizado por todos os entes da Federação (§ 1º do art. 198 da Constituição e inciso XI do art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) e que o art. 35, inciso VII, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, fixa que

Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

[...]

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Nesse sentido, é de se destacar este julgado, do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Constitucional e administrativo - Ação civil pública - Custeio de tratamento de câncer oftalmológico em hospital especializado pelo Estado e Município - Legitimidade ativa do Ministério Público - Direito individual indisponível - Serviço de saúde - SUS - Solidariedade dos entes públicos - Fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública - Possibilidade. - Buscando-se tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput*, e 196 da Constituição em favor de pessoa carente de tratamento de câncer oftalmológico, a legitimidade ativa do Ministério Público se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis. - A CF, no art. 196, e a Lei 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser arguida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles. - É pacífico nesta Corte o entendimento de que é possível ao juiz, *ex officio* ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (*astreintes*) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. (TJ/MG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível / Reexame necessário nº 1.0701.07.187244-7/002, Rel. Des. Elias Camilo, j. em 06.08.09.)

Posto isso, destaco que o primeiro condicionamento que se nos afigura legítimo – e que pode assumir a roupagem de interesse de agir – é a necessidade de o postulante, salvo em casos de absoluta urgência, ter se submetido, previamente e sem êxito, ao Sistema Único de Saúde.

Note-se que, a despeito da norma contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição do Brasil de 1988, a necessidade de prévia submissão ao Sistema Único de Saúde<sup>1</sup>, no ponto, decorre da evidência de que a atuação estatal, em tema de saúde, se dá mediante políticas públicas, bem como

<sup>1</sup> Note-se que não se está a exigir, aqui, o esgotamento da instância administrativa, mas apenas uma tentativa de resolução do problema perante o Sistema Único de Saúde, ainda que o postulante, por conta da urgência do caso, não se submeta à integralidade do procedimento administrativo.

da conclusão – já estabelecida acima – de que a atuação do Poder Judiciário, nesse campo, deve ser excepcional, cabível somente quando as políticas públicas se revelarem defeituosas ou insuficientes.

No tocante ao fornecimento de medicamentos, é importante destacar que a falta de prova de uso anterior de outros medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde pode impedir o acolhimento da pretensão, salvo nos casos em que os documentos médicos atestem que apenas certo e determinado fármaco irá atender às necessidades do postulante.

Por sua vez, o segundo condicionamento, ainda referente ao interesse de agir do postulante, diz com seu estado de hipossuficiência, não sendo admissível, pelo menos em linha de princípio e enquanto perdurar o quadro de limitações financeiras do Estado brasileiro, que pessoas abastadas, que tenham condições de, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, custear as ações e serviços de saúde de que necessitem, lancem mão de recursos públicos, em detrimento de pessoas carentes e igualmente necessitadas desses serviços.

Cuida-se, aqui, de aplicação do princípio da isonomia, para desigualar os desiguais, na medida de suas desigualdades, sendo o critério desigualador, aqui, exatamente a hipossuficiência daqueles que necessitam das ações e serviços de saúde.

Prosseguindo, e agora já em relação ao mérito, um condicionamento que não pode ser olvidado é a caracterização da efetiva necessidade do postulante quanto à ação ou ao serviço de saúde vindicado, devendo haver prova suficiente de que a medida buscada é fundamental para a saúde do postulante.

Não se exige, aqui, que se trate de medida sem a qual há fundado risco de morte do postulante, pois o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado o dever de conceder aos seus súditos vida com dignidade, e não meramente a sua sobrevivência.

Nesse passo, é de se destacar ser de todo recomendável que o laudo técnico atestando a importância da ação ou serviço de saúde para o postulante seja confeccionado por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde, que, por conta dessa vinculação, goza de maior credibilidade e confiabilidade, o que não impede, por óbvio, ainda mais em sede liminar, que o Juízo considere, como prova, um laudo de médico sem vinculação ao Sistema Único de Saúde.

Aliás, em sede de provimento liminar ou antecipatório, é de se destacar que o exame do magistrado deve focar, prioritariamente, o maior ou menor grau de urgência da medida vindicada, ainda que essa urgência seja atestada por laudo confeccionado por médico particular.<sup>2</sup>

Por fim, como último condicionamento, é de se destacar que, por se tratar de recursos públicos, não deve haver lugar para experimentalismos, pelo que só se deve autorizar a realização de procedimentos cirúrgicos que gozem de credibilidade científica, bem como só se deve determinar, como regra, o fornecimento de medicamentos devidamente registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

São essas as nossas impressões gerais sobre o tema, que, não se olvida, carece de inúmeras outras considerações, mais específicas, na medida em que se trata de questão de profunda complexidade e importância, especialmente em um Estado duramente carente e desigual, como o é o Brasil.

## Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2009.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, 20 de setembro de 1990.

LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

<sup>2</sup> Nesse caso, é de todo recomendável que, durante a instrução do processo, colha-se laudo de médico ou realize-se perícia com médico de confiança do Juízo, de preferência vinculado ao Sistema Único de Saúde, para que haja a certeza necessária do dispêndio de recursos públicos.