

A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde

Maria Gabriella Pavlóoulos Spaoloni¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Resumo. 1. Agradecimento. 2. Introdução. 3. Pequeno histórico da tutela da saúde pública no Brasil. 4. Do direito à saúde. 5. Da atividade interpretativa do teor constitucional do direito à saúde. 5.1. Do ato de interpretar. 5.2. Da interpretação do direito à saúde constitucionalmente assegurado. 5.3. Do conteúdo aberto e programático das normas constitucionais que garantem o direito à saúde. 5.4. Do caráter híbrido das normas de decisão na judicialização da saúde. 6. Da realidade Judicial. 6.1. Quanto à Justiça Federal. 6.2. Quanto à Justiça Estadual. 7. Os diversos ângulos da judicialização da saúde. 7.1. Sob o enfoque orçamentário. 7.2. Sob o enfoque dos profissionais da saúde – Teoria da Perda de uma Chance. 7.3. Na visão do paciente. 7.4. Na concepção do Juiz. 8. Alguns casos emblemáticos. 9. Providências plausíveis para o aperfeiçoamento da constituição da norma decisiva. 9.1. Das providências concretas e imediatas. 9.2. Das providências isoladas em determinadas comarcas de São Paulo. 9.3. Das providências ideais. 10. Conclusões. Bibliografia.

Resumo: As atuais críticas lançadas em desfavor da judicialização da medicina reclamam especial atenção dos esforços à concretização do direito fundamental à saúde. O desconhecimento da real estrutura com que judicam os magistrados paulistas nas ações desta natureza fundamenta censuras infundadas. A constituição da norma de decidir tem cunho híbrido. A precariedade com que o dever de decidir a parte

¹ Titular da 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital com atuação nas Varas da Fazenda Pública desde 1998. Mestranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Público. Ex-Procuradora do Estado de São Paulo.

técnico-científica da norma é imposta ao magistrado não pode dar espaço ao retrocesso das conquistas dos direitos sociais.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Interpretação. Direito à saúde. Judicialização da saúde. Constituição da norma de decidir. Caráter híbrido.

Summary: Current criticism of the judicialization of medicine calls for special attention toward the efforts to achieve the fundamental right to health. Unfounded censures are often based on the unfamiliarity with the real structure by which São Paulo magistrates judge the actions of this nature. The constitution of the rule of decision has a hybrid character. The precariousness by which the duty to decide technical-scientific parts of the norm is imposed on the magistrate ought to not cause regress of the social rights achievements.

Keywords: Constitutional hermeneutics. Interpretation. Right to health. Judicialization of health. Constitution of the rule of decision. Hybrid character.

1. Agradecimento

Antes de dar início à breve reflexão sobre o tema aqui proposto, insta registrar meu agradecimento pela oportunidade de participar do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura. O esforço dos grandes colegas e coordenadores, Dr. Richard Pae Kim e Dr. Renato Siqueira De Pretto, permitiu-me explorar novos caminhos de aprendizagem, no confronto concreto entre a literatura jurídica, os precedentes jurisprudenciais e os inúmeros casos concretos que batem às portas das Varas da Fazenda Pública da Capital onde juízo há quase duas décadas.

Dedicamo-nos ao tema da Interpretação Constitucional ao longo deste último ano.

Desbravar os litígios concretos à luz dos textos normativos vigentes, na companhia de colegas experientes e estudiosos, e sob a batuta

dos mais respeitáveis professores que nos brindaram com suas aulas magnas, fez-me revisitar conceitos e renovar meu acervo de instrumentos diários para dar continuidade ao meu trabalho.

Transborda meu desejo de compartilhar essa experiência e o resultado do estudo, ainda que de maneira por demais sucinta diante das poucas linhas de que posso me valer para a feitura deste artigo.

Fica, portanto, meu agradecimento por tão valiosa oportunidade.

2. Introdução

O fenômeno da judicialização da saúde desperta, atualmente, gigantescas preocupações. A grande imprensa, de forma positiva, confere publicidade a esse tema e atrai a atenção de toda sociedade. Os estudos a esse respeito ultrapassam os muros da comunidade jurídica. Centenas são os eventos públicos que lhe dedicam atenção e permitem debates em busca de soluções concretas.

Tive a honra de participar de inúmeros encontros na condição de ouvinte e palestrante. E, sem qualquer dúvida, registro tratar-se da melhor iniciativa para a solução dos problemas que se irradiam para todas as direções: o diálogo organizado e interessado entre todos os protagonistas que atuam na saúde pública.

Por certo que a questão inflama as mais distintas preocupações.

Na concepção dos administradores públicos, as ações judiciais que envolvem a temática da judicialização da saúde traduzem-se em grande problema ao erário público. Muitos criticam as decisões judiciais por identificarem abusos nos discursos jurisdicionais que afetam, sobremaneira, a questão orçamentária.

Por sua vez, os profissionais da saúde deparam-se com seu dever de exaurir todas as chances que estejam à sua disposição e que possam salvar, literalmente, uma vida.

Aos pacientes, resta a angústia da sobrevivência, da certeza de que se esgotam todas as possibilidades para o bom combate a sua doença e a esperança de sua cura.

Os magistrados padecem com o anseio de equilibrar a tutela do direito à saúde com a defesa do erário público. Estes devem exercer sua atividade no constante alerta para não serem usados como instrumentos das máfias que sugam o interesse público em prejuízo ao legítimo direito do necessitado.

A sociedade, em meio a esse cenário, vê-se atemorizada com os números financeiros que as ações judiciais denominadas “de medicamentos” expressam. Mas resguarda o desejo do aperfeiçoamento deste instrumento porquanto dele, um dia, qualquer um de nós poderá se valer em uma situação de angústia. Por outro lado, consiste numa conquista social inserida na Constituição Federal depois de longos e sofridos anos.

Nesta dedicação pessoal ao estudo do tema “Judicialização da Medicina em face do Poder Público”, milhares de informações foram colhidas. É um tema que muito me encanta. Ouso afirmar que atuo junto às Varas da Fazenda Pública desde os idos das primeiras ações ajuizadas em busca do coquetel da AIDS, na década de 1990. A omissão do Poder Público, interpretada à luz da Constituição Federal de 1988, provocou a propositura de centenas de ações. As decisões judiciais acolheram o pleito e, embora inicialmente criticadas, culminaram com a consolidação de uma das melhores estruturas que levou o Estado de São Paulo a ser exemplo mundial na forma como os medicamentos para essa doença passaram a ser fornecidos pela própria Administração, com dispensa do acesso ao Judiciário. Há anos que o Estado de São Paulo não mais figura como réu em ação para fornecimento deste tipo de medicamento.

Na incansável aspiração de se atingir a melhor interpretação do direito à saúde, trilho em busca da coleta de informações oriundas das mais distintas origens relacionadas ao tema. Sociedade médica, farmacêutica, gestores da saúde municipal e estadual, representantes da sociedade civil e, inclusive, dos próprios laboratórios são alvo da minha atenção. Todas as informações são consideradas, com exceção das que insistem no retrocesso da conquista do direito social, porquanto incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

A mesma regra constitucional sobre o Direito à Saúde é sustento para as mais distintas interpretações. É ao que se denomina hermenêutica constitucional.

As reflexões partirão da origem da tutela à saúde pública no Brasil. Trabalho lento que se desenvolveu por texto legal, como resultado da vontade popular. Após, passaremos à análise do trato que a Constituição Federal de 1988 confere ao Direito à Saúde. Será registrada a orientação majoritária de nossa Jurisprudência acerca do tema. Ato contínuo, o artigo enfocará o significado que a judicialização da saúde traduz para os administradores públicos, para os profissionais da saúde

social, para os próprios pacientes e, com natural carinho, para os Juízes de Direito do Estado de São Paulo.

Buscarei o cuidado de não distanciar do tema principal relativo à importância efetiva da hermenêutica constitucional na busca de soluções concretas a tão delicada situação.

Fato é que o Poder Judiciário é provocado a dar soluções a situações concretas e emergenciais. E, por vezes, é arduamente criticado por pessoas que desconhecem a estrutura de quem é instado a julgar essas ações.

Embora convicta da pequenez da visão desta estudiosa do tema *Judicialização da Medicina*, ousarei lançar pequenas sugestões, mas que reputo relevantes, sobre caminhos voltados ao aperfeiçoamento da constituição da norma de decisão. Como será exposto em exemplos concretos denominados emblemáticos, a árdua tarefa ainda é solucionada pelo Judiciário Paulista, sem estrutura adequada e com a seriedade que decorre do amor à toga.

3. Pequeno histórico da tutela da saúde pública no Brasil

O professor Luís Roberto Barroso expõe o histórico da evolução da saúde pública no Brasil com maestria.² Relata que seu início se dá no século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa para os nossos domínios, momento em que se realizaram as primeiras ações de combate à lepra e à peste, além de um parco controle sanitário sobre ruas e portos. Foi somente em 1870 e 1930 que o Estado passou a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “companhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos, o modelo “companhista” obteve importantes sucessos no combate a doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro³. O Estado, assim, atuou em caráter preventivo. A propósito, nas palavras de Barroso, até 1930, o Estado cuidou de assumir apenas as ações de cunho preventivo. Às entidades privadas e de caridade delegou as ações de caráter curativo.

² BARROSO, Luís Roberto, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³ Op. cit., p. 883.

A partir de 1930, instalou-se no Brasil uma reestruturação do sistema público de saúde que englobou as ações preventivas e as de caráter curativo. À população passou-se a disponibilizar, em relação às ações curativas, um serviço desunificado e particularizado que, à época, era prestado pelos inúmeros Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, vinculados às diversas categorias profissionais específicas.

Alguns desses IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.⁴

Já na época da ditadura militar, esses Institutos foram unificados na figura do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, o qual passou a ser financiado por todos os trabalhadores urbanos devidamente regularizados. Em 1975, adveio a Lei 6.229 que criou o Sistema Nacional de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde e, posteriormente, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS (então autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social). A partir daquele momento, as ações de promoção da saúde e prevenção de doenças passariam a ser desenvolvidas quase que com exclusividade pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar ficou a cargo do INAMPS⁵.

O sistema então criado tinha característica da exclusão, pois por ele eram atendidos apenas os contribuintes do INPS e seus dependentes. Desempregados e trabalhadores informais ficaram à margem de sua cobertura.

Inúmeros problemas surgiram em torno da atuação prestada pelo INPS, que mobilizou toda a sociedade em busca de um sistema unificado e universal da saúde. Destacaram-se problemas relacionados à desigualdade social, às precárias condições da saúde pública da nossa população e falta de transparência dos gastos públicos.

⁴ Op. cit., p. 884.

⁵ Op. cit., p. 884.

Foi na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 que o clamor nacional por um sistema universal e unificado de saúde pública consolidou-se. O Sistema Único de Saúde – SUS resultou de propostas de “Reforma Sanitária” defendidas por movimentos sociais e apresentadas à Assembleia Nacional Constituinte em resposta à inadequação do sistema de saúde que vigorava àquela época. Passou-se a compreender que *a saúde é um direito universal de todos e um dever do Estado* e a tutela desta realidade dar-se-ia com a consolidação de um Sistema Único de Saúde.

Sob o enfoque da hermenêutica constitucional, importa-nos registrar que, à época, desde a subcomissão constituinte, o povo clamou pela universalidade do Direito à Saúde e pelo dever estatal de zelar pela sua garantia. Nesse sentido, muito atuou o Constituinte Carlos Masconi⁶.

Naquela época, manifestaram-se inúmeros representantes sociais, como os da Coordenação Nacional de Entidades Sindicais e Pré-Sindicais de Enfermagem – Conespe, da Federação Nacional dos Médicos, da Comissão de Reforma Sanitária e Comissão Nacional de Saúde, entre inúmeros outros profissionais.

Levou-se à Constituinte o pedido social no sentido de que o sistema de saúde no Brasil deveria ser unificado, universal, equânime, descentralizado, participativo, direcionado ao atendimento integral e, prioritariamente, mas não exclusivamente, voltado para a prevenção de doenças. Foram características que constaram de modo expresso na proposta aprovada pela Comissão Nacional de Reforma Sanitária, em março de 1987, e foram reforçadas nas Audiências Públicas realizadas a partir de março do mencionado ano.

Consta dos registros de todos os trabalhos realizados durante a Constituinte de 1987-1988 que o médico Eleutério Rodrigues Neto, juntamente com Moysés Goldbaum, representantes da Associação Brasileira de Pós-Graduação e Saúde Pública Coletiva – Abraspo enfatizaram a necessidade de o Estado se organizar de forma racional e lógica,

⁶ O SR. CONSTITUINTE CARLOS MASCONI: [...] Peço permissão a V. Ex^a para apresentar a proposta aprovada pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária em reunião de 30 e 31 de março de 1987 que é a seguinte: “Art. 1º. *A saúde é um direito assegurado pelo Estado a todos os habitantes de todo o Território nacional sem qualquer distinção.*” (BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões, 1987-1988*. p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.).

para prestar o serviço universal e justo, a toda a população, na área da saúde, com a criação de um Sistema Único de Saúde que deveria nortear-se pelas seguintes diretrizes:

[...] 1º – Integração. Isto é, nada desta parafernália institucional que mantém várias instituições em cada nível de governo, todas mandando e nenhuma com responsabilidade, nenhuma podendo ser cobrada pela população pela sua ação. Então, a integração institucional significaria uma única instituição a nível federal, uma única a nível estadual, uma única a nível municipal que seja de fato a responsável por todas essas ações que dizem respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde. A segunda diretriz fundamental, para o sistema único de saúde, é a diretriz da integralidade; isto é, o cuidado, a atenção ao paciente, à população, ao conjunto de seus indivíduos que constituem uma coletividade que deve ser de uma forma contínua, deve ser de uma forma integrada, zelando pela dignidade do atendimento, e não vendo o indivíduo em termos do seu pé, da sua cabeça, do seu abdômen, nas ações que são feitas por uma instituição na prevenção, por outras instituições na área de curativo. Não. Isso tem que ser contínuo, tem que ser um sistema que seja integrado, que seja único. A terceira diretriz para nós é a questão da descentralização, isto é, que as ações, de fato, sejam planejadas, executadas e controladas no nível mais próximo da sua execução. Isto é, que as ações não sejam planejadas por um e executadas simplesmente. Mas que possa existir uma coincidência da autoridade política com a autoridade técnica, com a responsabilidade técnica sobre determinadas ações. Isto é, que o Governo Municipal seja responsável de fato pelas ações que dizem respeito à abrangência municipal, quer dizer, que as prefeituras sejam responsáveis pelas ações de abrangência municipal. A Secretaria Estadual de Saúde pelas ações de caráter estadual, de abrangência estadual, e o Governo Federal fica com as ações que dizem respeito àquelas de abrangência, de caráter

nacional, inclusive, algumas poucas executivas, como o centro de referência, como o serviço de pesquisa e algumas ações estratégicas, do ponto de vista, inclusive da segurança da coletividade. Uma quarta diretriz, que me parece a mais fundamental de todas, que acho que é uma diretriz que deve estar presente na Constituição, não é uma questão particular da saúde, mas na saúde ela se coloca de uma forma crítica, é a questão da participação. Entendemos que nada disso, nem a descentralização, nem a integração podem ter efetividade, podem funcionar se não tiverem um controle social sobre a sua execução. Entendemos que a participação da população organizada em entidades, em instituições democraticamente constituídas e organizadas, essas entidades devem ter o direito e devem ter a garantia do canal de acesso para participar do processo de planejamento e controle da execução das políticas a nível local, a nível estadual, a nível regional e a nível nacional⁷. (grifos nossos)

Tais características acabaram por ser incorporadas à Constituição da República. A integração, a que se reportou o Dr. Eleutério Rodrigues Neto, foi descrita no caput do artigo 198 da Constituição Federal, como se verifica: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”.

A integralidade, a participação e descentralização foram inseridas como diretrizes do Sistema Único de Saúde nos incisos I, II e III do mesmo artigo 198:

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:

I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo;

⁷ BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. Atas das Comissões, 1987-1988. p. 115. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

A Lei 8.080/90, por sua vez, notadamente em seu artigo 7º, inserido no Capítulo II, que trata dos princípios e diretrizes, reproduziu as mencionadas regras básicas.⁸

Embora a doutrina enfoque tais diretrizes com concepções diversas, é certo que a característica da universalidade e da igualdade inspirou a instituição e o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

4. Do direito à saúde

A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988. As referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores.

⁸ Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198, da Constituição Federal, obedecendo, **ainda, aos seguintes princípios**: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII – participação da comunidade; IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera do governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. (BRASIL, 1990).

Com esse novo diploma legal, adotou-se um conceito amplo de saúde, congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, proposta pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Superou-se a concepção exclusivamente curativa de saúde para inclusão dos aspectos protetivos e de promoção ao direito fundamental. Concretizou-se a instauração de um Sistema Único de Saúde, marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde. O atendimento assumiu caráter universal de forma que o acesso à assistência à saúde não mais está restrito aos trabalhadores com vínculo formal empregatício e respectivos beneficiários. As ações e serviços de saúde, assim, adquiriram grande relevância pública.

A Constituição Federal de 1988 inaugura o novo tratamento à saúde pública em seu artigo 196, nos seguintes termos:

[...] 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 ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

E o faz, em sequência, ao modelo eleito pelo seu artigo 1º que acolheu, para o Brasil, o conceito de Estado Democrático de Direito, que tem como lastros centrais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ao tratar dos direitos sociais, Flávia Piovesan esclarece que:

[...] O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo jurídico nacional⁹.

⁹ PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 215-216.

O valor da dignidade humana deve orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe, antes de tudo, a presença de uma condição objetiva. A própria vida. Considerando-se cada indivíduo em si mesmo, tem-se que a vida é condição necessária da própria existência. Do que se conclui que a dignidade do ser humano impõe um primeiro dever básico, que é justamente o de reconhecer a intangibilidade da vida e este pressuposto se configura como preceito jurídico absoluto – um imperativo jurídico categórico – do qual decorre, logicamente e como consequência do respeito à vida, o fato de a dignidade dar embasamento jurídico para se exigir o respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da própria vida (condições materiais).

5. A atividade interpretativa do teor constitucional do direito à saúde

Se a Constituição Federal definiu o direito à saúde de forma expressa, qual a extensão concreta da hermenêutica? O que é interpretar? Qual a razão da existência de tantas interpretações distintas? Por que a Jurisprudência se reporta às mais criativas divergências entre jurisdicionado e Administração Pública a partir de um mesmo texto legal? Qual a natureza do ato interpretativo em questão de saúde?

5.1. Do ato de interpretar

As situações estão sujeitas a mudanças a cada momento.

Não é o que se verifica com o direito posto. Vimos no relato feito nas páginas anteriores, o quanto foi demorado inserir mudanças no trato legal acerca do direito à saúde. Idas e vindas antecederam a Assembleia Constituinte até a inclusão no texto constitucional de um clamor social.

Esse caráter estático da lei provoca, no intérprete, uma postura dinâmica, e no aplicador do texto normativo em questão de saúde, uma atuação colegiada.

Por valiosa que é, transcrevo o conceito de Eros Grau:

Interpretar é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros momentos ainda: opera a sua inserção na vida. [...] A interpretação – que é interpretação/aplicação – vai do universal ao singular, através do particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (= do direito) no mundo (= mundo da vida).¹⁰

Os desafios que se apresentam à interpretação jurídica diferem dos que se expõem à que se realiza no campo da ciência.

Na ciência, a interpretação busca a solução.

No direito, quando da criação da norma, o intérprete depara-se com uma pluralidade de soluções e, dentre todas, há que selecionar uma.

Mas tanto no campo da ciência quanto no do direito, a interpretação não deve se pautar em idealizações platônicas. No espaço jurídico, a experiência jurídica assume papel relevante.

Interpretar o direito é um ato de prudência e não de ciência.

O intérprete atua segundo a lógica da prudência, que tangencia a lógica da preferência e não a lógica da consequência.

O intérprete jurídico escolhe uma dentre as várias opções existentes. A norma de aplicação não decorre da demonstração, mas da justificação dada à escolha feita.

Na ciência, a interpretação sobrevive em meio em que dúvidas ou questões ainda não contam com respostas. No direito, ao contrário, há uma multiplicidade de soluções possíveis para uma mesma questão.

Na interpretação de textos normativos, não se faz possível confrontar o resultado com o que se considera objetivamente único ou verdadeiro.

Interpretar o direito não se limita à tarefa de extrair o significado das normas. A rotina nos revela, cada vez mais, a ausência de normas

¹⁰ Op. cit., p. 38.

específicas para situações concretas de modo que, ao aplicador do direito, resta aferir sua efetiva definição. Ao instrumentador do direito impõe-se ir além da simples leitura do texto legal para compreender, em sua amplitude, a realidade fática para a qual foi chamado a atuar.

Do texto legal decorrem três distintas, mas relacionadas, realidades: apreender a realidade, identificar os possíveis enquadramentos contidos no texto da lei e, a partir desta conjunção, criar a norma de decidir.

Eros Roberto Grau, com clareza, distingue as normas jurídicas produzidas pelo intérprete, a partir dos textos e dos fatos, da norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial. Leciona que a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória. Vale dizer, *não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso*¹¹.

A interpretação é feita sobre textos normativos. Do ato de interpretar resulta a norma. Ou, como preferem alguns doutrinadores, a interpretação desvenda a norma. Interpretar transforma textos em normas.

Mas é certo que texto e norma não são sinônimos.

Eros Grau, ainda, destaca que “as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem”¹².

Os textos normativos não são unívocos ou evidentes. A interpretação parte da compreensão da circunstância real, apega-se ao texto da norma e produz a norma de decisão voltada a dar solução ao caso concreto. Mas a norma de decisão é gerada do texto normativo.

E vou mais além.

A norma de decisão deve resultar não apenas do texto normativo, mas também dos elementos do caso ao qual ela será aplicada e à experiência jurídica.

Por outro lado, há que se destacar a inexistência de uma verdade absoluta. O intérprete apreende os fatos concretos de acordo com a forma como os mesmos lhe são expostos e das provas apresentadas. E para a absorção da realidade abstrata, vale-se do olhar que sua experiência pessoal lhe permite.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

¹² Op. cit., p. 27.

Há fatos concretos inquestionáveis cuja interpretação limita-se à mera constatação. É o que se verifica na situação “dois carros chocaram-se na esquina da Avenida São João”, em que ao intérprete compete apenas constatar ou apreender os dados reais.

Mas há circunstâncias abstratas, ainda que vinculadas a um fato concreto, cuja compreensão está comprometida ao aspecto subjetivo de seu intérprete. “Dois carros chocaram-se em alta velocidade na esquina da Avenida São João”. Dois carros chocaram-se. Mas o que se deve compreender por alta velocidade? Não existisse regramento próprio local, poder-se-ia afirmar que o que é velocidade alta para mim pode não sê-lo para outra pessoa. Tudo dependeria da experiência pessoal do intérprete. Mas, a partir do momento em que a legislação define a velocidade máxima permitida para o local, ao intérprete compete limitar-se à constatação técnica da velocidade praticada e sua compatibilidade com o quanto permitido no local.

É o que se verifica, na atualidade, em relação ao conceito ou extensão do direito à saúde.

A Constituição Federal diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Ponto. Mas a interpretação consubstancia uma experiência conflitual do intérprete de modo que toda norma de decisão traz a marca desse conflito.

Vimos que a decisão judicial considera e deve pautar-se pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais. Mas não é só. Deve considerar a circunstância concreta.

5.2. Da interpretação do direito à saúde constitucionalmente assegurado

Extrai-se do artigo 196 da Constituição Federal que o direito fundamental à saúde abrange as dimensões preventiva, promocional e curativa. Alguns doutrinadores, inclusive, negam propriedade à expressão “*direito à saúde*” para ceder espaço à expressão “*direito à proteção e promoção à saúde*”, pois esta não é um bem disponível que possa ser conferido a alguém.

Numa análise singela, a acepção do direito à saúde e do dever de o Estado promovê-la dispensaria maior dedicação à problemática inerente à hermenêutica. Seria como o exemplo “dois carros colidiram na esquina da Avenida São João”.

Mesmo vinculadas a uma determinada prestação material, as ações de saúde parecem que pouco incomodaram a Administração Pública ao longo de anos. O pedido judicial sempre esteve vinculado a uma prescrição médica e a inércia do Poder Público permitiu a consolidação do conceito bem exposto no Fórum Diagnóstico Precoce, no dia 27.03.2017, pelo Dr. Tiago Farina Matos, no sentido de que a prescrição médica equipara-se, nas ações de medicamento, a um título executivo cuja presunção de liquidez e certeza deve ser desconstituída pelo interessado.

A Jurisprudência nacional consagrou o entendimento de que o Estado deve atender aos reclamos sociais sempre que amparados por prescrição médica, porquanto decorrente do denominado “direito à saúde”.

Foi a preocupação com o custo das prestações materiais decorrentes de decisões judiciais que despertou o interesse pela mudança na hermenêutica constitucional. Afinal, a lei é omissa quanto ao conteúdo desse direito à proteção e promoção à saúde e, ao Judiciário, é defeso afastar-se de seu dever de decidir.

O artigo 196 da Constituição Federal menciona de forma expressa três atuações do Poder Público: promoção, proteção e recuperação.

Ao referir-se à recuperação, a Lei Maior apega-se à noção de “saúde curativa”. Ou seja, busca garantir o acesso do indivíduo aos meios que lhe propiciem alcançar senão a cura mas, ao menos, uma sensível melhora na qualidade de vida.

À ideia de saúde preventiva vinculam-se as expressões “redução do risco de doença” e “proteção”. Ou seja, efetivação de medidas que tenham por objetivo inibir o surgimento de doença ou do dano à saúde individual ou pública, inclusive por contágio. Tal prescrição atrela-se aos conceitos de precaução e prevenção.

Promover o direito à saúde foca a obtenção de melhores condições de vida e de saúde das pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet bem relembra que

[...] a nossa Carta Magna guarda sintonia explícita com o dever de progressividade de efetivação do direito à saúde, bem assim com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescrevem respectivamente, os artigos 2º e 12 do PIDESC: Art. 12: “Os Estados Partes do presente Pacto

reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Da mesma forma, a concepção adotada pelo constituinte de 1988 mostra-se afinada com o conceito de “completo bem-estar físico, mental e social” proposto pela OMS. Ainda que compreendida como uma espécie de “imagem-horizonte” (portanto, também um ideal a alcançar), essa concepção salienta a necessidade de garantia do equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, bem como a cogente consideração de que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um “mínimo vital”, que assegure a mera sobrevivência física, mas, ao contrário, deve ser capaz de assegurar uma vida efetivamente saudável.¹³

Por anos a fio, os Juízes das Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo depararam-se com esse tema sem que a Administração manifestasse maiores preocupações.

A forma de interpretar o texto constitucional passou a ser questionada pelo Poder Público com fundamento nos mais diversos princípios. Em especial, o da reserva legal, que decorre da limitação dos recursos públicos (e privados) para assegurar o direito fundamental.

Iniciaram-se discussões sobre a alocação de recursos públicos, que envolvem questionamentos quanto à existência, à disponibilização e à alocação dos recursos públicos, bem como, no caso de saúde, sobre a limitação dos próprios recursos sanitários. Passou-se a discutir sobre a capacidade de disposição desses mesmos recursos à luz das regras de competência, proporcionalidade, subsidiariedade, eficiência, princípios da Federação e autonomia municipal.

Ou seja, o reflexo econômico da parcela material ligada à judicialização da saúde provocou discussões voltadas a uma nova releitura do conceito do direito à saúde, enveredados por caminhos insculpidos por critérios, sobretudo financeiros.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Da saúde. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1933. (Série Instituto Brasiliense de Direito Público).

5.3. Do conteúdo aberto e programático das normas constitucionais que garantem o direito à saúde

As normas constitucionais que garantem o direito à saúde (artigos 60 e 196) são de conteúdo aberto e de certa forma programático. Elas não definem propriamente o objeto protegido pela tutela jusfundamental. São textos normativos que deixam ao intérprete a tarefa da integração prática da norma constitucional.

E aqui reside um dos maiores, ou quiçá, o maior e mais atual problema da judicialização da saúde.

O Poder Judiciário é provocado a dar efetividade à tutela constitucional por meio do exercício do direito de ação. Em poucas palavras, é provocado à tarefa de integração prática e tópica da norma constitucional.

A judicialização da saúde pode versar sobre direitos originários e direitos derivados, isto é, ações que versem sobre objetos assegurados diretamente, ou não, pela norma constitucional. Os direitos originários têm fundamento direto na norma constitucional. Os direitos derivados, por seu turno, são mediados pela legislação ordinária e por um sistema de políticas públicas, já implementado, que espelham prestações já disponibilizadas, isto é, prestações que já estão previstas na esfera infraconstitucional.

Quando a judicialização da saúde está vinculada a uma prestação material, o ato de interpretar ultrapassa duas esferas: 1) a constatação de que o paciente precisa proteger, prevenir ou curar sua saúde em uma determinada circunstância concreta e 2) a verificação de que a prestação material postulada é adequada ao quadro concreto.

5.4. Do caráter híbrido das normas de decisão na Judicialização da Saúde

A rotina forense confirma que a grande maioria, ou mesmo a totalidade, das ações judiciais em assuntos de judicialização da saúde voltam-se a postular a condenação do Estado no dever de fornecer prestações materiais. Poucas são as ações coletivas que buscam sanar omissões do Poder Público, ou mesmo impor-lhe o dever de emitir prestações de cunho normativo.

Recentemente, noticiou-se por e-mail à Promotoria de Justiça de Direitos Humanos e Saúde Pública de São Paulo a existência de uma fila de espera de cinco anos, no Instituto do Sono, para a realização de exame de polissonografia. O Instituto do Sono buscou justificar sua inércia na concretização de tal procedimento. Todavia, trata-se de relevante exame para acompanhar e diagnosticar significativos distúrbios do sono e ocorrências de movimentos ou comportamentos anormais e demais alterações durante o sono. Consiste em procedimento que integra a política de saúde determinada pelo País. Os gestores estadual e municipal confirmaram que, desde 1998, deixaram de realizar esse exame. Uma vez infrutíferas todas as tentativas de conciliação administrativa, em ação judicial que tramitou perante a 13ª Vara da Fazenda Pública logrou-se acordar a reinclusão do exame no rol de práticas de saúde e dentro do prazo entabulado pelas partes. Em menos de um ano, foram adquiridos todos os equipamentos necessários.

Mas em sua grande maioria, as ações judiciais que batem às portas do Poder Judiciário, afetas à judicialização da saúde, almejam a condenação do Poder Público no dever de fornecer medicamentos, intervenções cirúrgicas, próteses e órteses, tratamentos, insumos, exames médico-laboratoriais, vagas em UTIs/CTIs e *homecare*.

São situações tão diversas que não encontram uma solução expressa e correspondente na Constituição Federal ou na legislação ordinária, as quais fazem referência exclusivamente ao caráter da integralidade do direito à saúde, nos termos do inciso II, do artigo 198 da Constituição Federal. Mas são questões que demandam uma solução sobre o conteúdo.

A norma de decisão, na maioria dos casos concretos, reclama uma aferição técnica. Na lição do professor Eros Grau, acima transcrita, poder-se-ia equiparar a uma combinação de norma jurídica com uma interpretação científica (na acepção popular do conceito). Seria o complemento de uma norma em branco.

Ou seja, uma questão é afeta ao reconhecimento do direito à tutela, outra, ao conteúdo da prestação material postulada. E a decisão judicial denominada *norma de decidir* necessita ser líquida e certa, inclusive quanto à prestação material.

Daí afirmar-se a natureza híbrida das decisões judiciais proferidas nas denominadas ações de saúde.

6. A realidade judicial

Ao longo de muitos eventos dos quais tive a honra de participar, inclusive como palestrante ou debatedora, constatee o desconhecimento geral quanto à estrutura concreta como se opera a atividade interpretativa das ações de saúde, ou seja, quanto à forma de constituição da norma de decidir.

Qual a estrutura de que dispõem os Juízes do Estado de São Paulo?

De início, mister se faz relembrar a autonomia existente entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Àquela se direcionam as ações quando promovidas em face da União, a esta, quando o Estado ou o Município de São Paulo figuram no polo passivo da relação processual.

6.1. Quanto à Justiça Federal

O Poder Público Federal cuidou de estruturar a Justiça Federal com recursos próprios para amparar o magistrado nas ações de saúde. De cunho relevante deve-se apontar a criação de cargos, por lei, para profissionais da saúde que, de forma imparcial, fazem a primeira análise do pedido e do relatório médico do autor/paciente. São profissionais que integram o quadro de servidores públicos da Justiça Federal e que em nada se relacionam à Secretaria ou Ministério da Saúde. O pedido liminar é analisado de forma imediata e, por vezes, impõe-se o comparecimento do autor ao setor médico para uma constatação. Trata-se de medida que equilibra o interesse do paciente com a fragilidade do erário público, pois, sobretudo, inibe as práticas fraudulentas. Pouquíssimos são os relatos de fraudes cometidas em ações dessa natureza perante a Justiça Federal.

6.2. Quanto à Justiça Estadual

Mas de qual amparo podem valer-se os Juízes do Estado de São Paulo?

A Justiça Estadual difere da Federal. No quadro de servidores públicos do Tribunal de Justiça não há cargos para médicos ou outros profissionais da área da saúde que possam realizar uma análise prévia do pedido apresentado e sua adequação à doença do autor.

Ainda inexistentes as varas especializadas na saúde, os Juízes das Varas da Fazenda Pública da Capital deparam-se com milhares de ações das mais distintas naturezas. São ações que envolvem vencimentos, aposentadorias ou pensões de servidores públicos, desapropriações, ações de indenização por danos morais decorrentes de morte de preso em penitenciária, ou por morte de pacientes por alegado erro médico em hospital público. Tem-se, ainda, ações referentes a colisões de veículos, mandados de segurança contra ato de autoridade, ações de improbidade ou ambientais, relações contratuais, licitações, enfim. Ações sobre os mais distintos temas. E entre estes, as ações de medicamentos.

Por vezes, para não dizer sempre, as ações de saúde pautam-se no argumento da urgência. A prestação material deve ser dada para ontem, pois sem ela o paciente irá a óbito. Não raras vezes, mesmo com o advento dos processos digitais, parentes dos pacientes dirigem-se aos gabinetes dos Juizes e intensificam a urgência expressa em prescrição médica.

E a quem pode o Juiz de Primeiro Grau recorrer?

Quando possível, dá-se vista à Administração Pública para que possa se manifestar no prazo de 72 horas. E a resposta, via de regra, é pela negativa do pedido, mas sem a oferta de uma opção para o tratamento. E quando apresentada, o Juiz permanece na dúvida, pois, no fundo, trata-se de um conflito entre prescrições médicas. Prescrições subscritas por profissionais que respondem perante o Conselho Regional de Medicina ou, ainda, de forma criminal e cível quando incidentes em erro.

E o que fazer?

Como proceder à construção da norma de decidir?

Muitos dos Juízes acessam as informações técnicas pertinentes ao medicamento. Ou consultam graciosamente profissionais de sua confiança, como médicos da família.

Remeter ao IMESC é uma das possibilidades. Mas o paciente não pode esperar o tempo rotineiro de seu retorno que, por vezes, supera o prazo de um ano.

Seria a falta de estrutura própria em favor da formação da convicção do Juízo Estadual, motivo suficiente a negar o direito consagrado pela Constituição Federal?

A resposta, por certo, é negativa.

Mas valendo-se dessa circunstância, malfeitores manipulam ações judiciais para extorquirem os cofres públicos mediante fraudes inescrupulosas.

Seria essa a razão, mais uma vez, de negar o direito constitucionalmente entabulado?

E mais uma vez a resposta é negativa.

Mas a situação reclama mudanças. Urgentes.

O Poder Público busca assentar sua defesa no argumento de que não dispõe de dinheiro suficiente para fazer frente ao dever que lhe é requerido. É ao que denomina Princípio da Reserva do Possível.

Esse princípio não se sobrepõe à determinação constitucional. O artigo 196 da Constituição Federal não condiciona a tutela do direito à saúde ao preço do tratamento. Ao Poder Público é defeso omitir-se de dar cumprimento ao dever que lhe foi imposto pela Constituição Federal. Essa é premissa consolidada.

Decorre da sistemática do direito processual que, uma vez exercido o direito de ação, os limites da atuação jurisdicional restringem-se ao teor do litígio estabelecido entre as partes. Significa dizer que a aferição da adequação do pedido do autor à sua necessidade real dependerá do quanto questionado pela parte contrária. Essa seria, a propósito, a regra natural. E para solucionar esse impasse, mister se faz o amparo técnico e célere à decisão do juiz com a participação de especialistas imparciais.

Não é o que se constata na prática da Justiça Estadual.

Foi em tempos recentes que o Estado de São Paulo passou, a passos lentos, a questionar o conteúdo da prestação material postulada. Antes, a defesa restringia-se a argumentar pelo Princípio da Reserva do Possível ou sob o enfoque da Separação dos Poderes. Muito se questionou, ainda, sobre a conveniência da intervenção do Judiciário na eleição das políticas públicas. Porém, não foi o Judiciário que inseriu no corpo constitucional o direito à saúde como dever do Estado.

A defesa, sim, via de regra, acostumou-se a silenciar quanto à necessidade do quanto prescrito pelo médico do paciente ou a possibilidade da respectiva substituição por algum produto com o mesmo efeito ativo.

Há um conflito de princípios que se concretiza. A necessidade de tutela ao erário público, a supremacia do interesse público sobre o

privado, o princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, o direito à saúde parecem trilhar por sentidos distintos. No entanto, todos estão relacionados e podem conviver de forma pacífica.

Basta identificar que a norma de decisão deve ser construída com a participação de um profissional da saúde que, com imparcialidade, tecnicidade e razoabilidade, possa aferir a adequação do quanto postulado às necessidades do paciente e, ainda, se o Poder Público fornece outro produto ou serviço equivalente, com os mesmos efeitos ativos ou resultados práticos.

7. Os diversos ângulos da judicialização da saúde

O tema da judicialização da saúde provoca as mais distintas opiniões que não conseguirão ser esgotadas neste estudo.

7.1. Sob o enfoque orçamentário

É certo que nos últimos anos houve um aumento do número de decisões judiciais, que impuseram ao Poder Público o dever de fornecer medicamentos, insumos, equipamentos e cirurgias. Isso foi em decorrência do aumento de ações judiciais. Para muitos, os juízes tendem a desprezar o impacto orçamentário de suas decisões e criticam a solidariedade imposta aos entes federados.

Dos inúmeros estudos apresentados, consta a alegação de que o Judiciário brasileiro deveria apegar-se à escassez de recursos e a não previsão de gasto para denegar o pedido de um tratamento médico ou de determinado medicamento. Tal entendimento sugere que o Judiciário brasileiro permitiu, e até incentivou, o impressionante aumento no número de ações promovidas com base na garantia do direito à saúde constitucionalmente previsto. Diz-se que há cada vez mais ações contra o sistema público voltadas a tratamentos médicos e que o impacto do Judiciário no orçamento público de saúde está longe de ser insignificante.

A judicialização da saúde é apontada como um processo que gera custos inesperados aos diferentes níveis de governo da federação.

O presente estudo está longe de defender qualquer linha doutrinária. Preocupa-se, em última análise, a identificar soluções conjuntas

que propiciem a aplicação da norma inserida na Constituição Federal e que, como tal, não permite ser desconsiderada.

As pesquisas realizadas, no entanto, parecem olvidar-se do levantamento quântico dos valores potencialmente economizados com a doença ou a respectiva gravidade, inibidas pelo tratamento concedido. Quantos leitos deixaram de ser ocupados? Quanta mão de obra manteve-se produtiva no mercado econômico nacional?

Por outro lado, nossa população encontra melhores condições de vida e adquire maior longevidade. Os cidadãos tomaram consciência de seus direitos e valem-se do direito de ação. As informações, por sua vez, são veiculadas pela imprensa de grande circulação. O acesso à Justiça mostra-se cada vez mais amplo. Com que fundamento lançar por terra a tutela desse direito?

7.2. Sob o enfoque dos profissionais da saúde – Teoria da Perda de uma Chance

Alastram-se na rotina forense pedidos indenizatórios deduzidos em desfavor dos médicos. A exemplo do quanto se constata em outros inúmeros países, a Teoria da Perda de uma Chance ganha espaço no Brasil.

Traduz-se no desaparecimento de uma probabilidade séria e real de um evento favorável. Consiste em pleito indenizável, que surge no âmbito da responsabilidade civil na França no final do século XIX e que, na atualidade, ganha espaço em nível de Direito Comparado tanto no mundo contratual quanto extracontratual, assim como no direito público quanto privado. A Teoria da Perda de uma Chance enfoca situações em que se frustra uma oportunidade de sobrevivência ou cura de um paciente.

Consiste em um complemento de grande utilidade dentro do sistema de ressarcimento de danos, que atualmente se situa ao lado dos danos morais, danos emergentes, lucro cessante, entre outros recursos. Preenche todos os requisitos de qualquer dano ressarcível que o ordenamento jurídico brasileiro requer. A Teoria da Perda de uma Chance leva o responsável por um tratamento à necessidade de dar o seu melhor e, entre todas as oportunidades disponibilizadas em prol do combate a uma doença, optar pela que se apresente mais eficaz.

Assim, em uma situação concreta, não se faz possível ao profissional da saúde omitir-se do dever de tentar o melhor, dentro do critério

da razoabilidade, por conta da impossibilidade financeira do paciente. Especialmente em um país onde a Lei Maior, por si, garante a tutela integral à saúde.

Basta-lhe, apenas, atentar para a existência de tratamentos ou medicamentos similares, disponibilizados pelo Poder Público, com especial desprezo a marcas e prestígio ao efeito ativo do medicamento.

7.3. Na visão do paciente

Em poucas linhas, ao paciente resta o conforto de saber que todos os esforços em prol de sua saúde são desenvolvidos. Há o sentimento de acolhida social e governamental que interfere no aspecto psicológico e, por consequência, contribui no processo de cura.

7.4. Na concepção do Juiz

O ato de interpretar é por demais valioso. Ele constrói ou desconstrói. Afasta ou aproxima.

O ato de decidir, nas ações de judicialização da saúde, pode salvar ou extirpar vidas. Sob todos os ângulos. E, quando desprovido do necessário amparo técnico, gera o natural temor de se estar cumprindo, de forma íntegra, a garantia constitucional.

Compor a norma de decisão, em situações especiais, pode revelar-se temeroso como será exposto no tópico seguinte, referente a casos emblemáticos.

8. Alguns casos emblemáticos

A angústia dos Juízes torna-se rotina na judicialização da saúde.

Certa ocasião, no final de uma sexta-feira, fui tomada de surpresa pela distribuição de um mandado de segurança impetrado por paciente que já havia recebido um fígado, mas que, sob a alegação de que lhe foi ministrado medicamento de lote adulterado, sofreu rejeição. Buscou-se a quebra da ordem na fila de transplante. Ou melhor: a quebra da rotina normativa que vedava, na época, novo transplante a quem sofreu rejeição.

A paciente que aguardava a cirurgia para o dia seguinte era uma senhora de 61 anos, internada na UTI de renomado hospital.

Em outro leito de UTI distinta, encontrava-se a impetrante, jovem de 29 anos, mãe de uma criança de 6 anos. A petição inicial veio instruída pelos documentos necessários e acompanhada pela presença do marido e da criança à porta da Vara, com a presença do advogado. O pedido foi de clamor no sentido de que, sem o deferimento da medida liminar, a morte seria inevitável. E o pior foi que os telefonemas que realizei aos médicos das duas pacientes concluíram no mesmo sentido: a não realização do transplante no sábado seguinte acarretaria a morte das duas.

Qual o critério técnico que poderia embasar minha decisão judicial? E para sua constituição, de qual amparo profissional poderia me valer? Nem os princípios da hermenêutica constitucional foram suficientes para a solução sonhada. Dois direitos fundamentais em conflito. Com certeza, uma das decisões mais difíceis de toda a carreira, pois, em última análise, definiria quem não sairia com vida da UTI.

O fígado foi dado à impetrante, mais jovem, por conta, quiçá das lágrimas de seu filho, que se socorreu à minha mesa em ato de verdadeiro desespero. Mal imaginava que éramos dois nesta situação de angústia.

Costumo lembrar que neste caso concreto a providência foi divina, porque, no início da semana seguinte, um novo fígado surgiu em tempo para salvar a paciente idosa.

Em outra ocasião, nova ação foi distribuída por um jovem que, já há 8 anos padecia com dores horríveis decorrentes de infecção no osso. Amparado por um pedido médico subscrito por profissional da rede municipal de saúde, postulou procedimento cirúrgico para imediata amputação de sua perna. Afirmou que o não atendimento do pedido acarretaria seu óbito. Encaminhado à rede estadual de saúde, novo médico prescreveu tratamento endovenoso. Como afastar a urgência do pedido de amputação cirúrgica diante de duas prescrições contraditórias, e sem um parecer imparcial prévio? Qual princípio constitucional aplicar ao caso concreto?

Como conciliar a boa aplicação do direito aos casos criminosos, em que máfias atuam seja para implantação forçada de próteses ou stents, tão veiculadas pela grande mídia. A propósito, desvendou-se a atuação de organizações mafiosas da saúde, que agem intensamente em especialidades como ortopedia, cardiologia, neurologia e odontologia. E a

preferência por essas áreas está relacionada à denominada “máfia das próteses” que lucram com procedimentos cirúrgicos desnecessários.

Enfim, são exemplos para ilustrar como o magistrado é exposto a situações delicadas e que, na constituição da norma de decidir o caso concreto, é induzido a erro pelo vício na constituição de uma norma de cunho científico.

9. Providências plausíveis para o aperfeiçoamento da constituição da norma decisiva

A judicialização da saúde reclama mudanças urgentes para uma nova e mais segura visão do processo judicial. Muitas das providências se encontram fora do alcance do magistrado. Dele não dependem, embora de extrema importância no procedimento da decisão concreta.

A seguir passaremos a expor algumas reflexões sugestivas de aperfeiçoamento.

9.1. Das providências concretas e imediatas

Por vezes, o magistrado é levado a dispensar de sua análise detalhes que, pelo guiso da boa-fé, restariam subentendidos como corretos.

Com relação às *prescrições médicas*, reclamam observação especial os casos de:

- I – prescrições sem data;
- II – prescrições desatualizadas;
- III – prescrições sem assinatura médica;
- IV – prescrições firmadas por nutricionistas, fisioterapeutas ou enfermeiros;
- V – lançamento de inúmeros produtos no mesmo receituário (para que se proceda à análise individual de cada um dos itens);
- VI – prescrição médica sem a indicação do componente ativo do remédio postulado.

Quanto aos *documentos essenciais*:

1. necessidade da presença do relatório médico atualizado, subscrito pelo profissional responsável pelo tratamento do autor/paciente;

2. justificativa da rejeição do médico ao tratamento ou fármaco já disponibilizado pelo Poder Público;
3. exames laboratoriais recentes;
4. prescrição atualizada.

Análise da *capacidade do autor* para propositura da ação, pois se presente qualquer indicativo do comprometimento de sua compreensão dos atos da vida civil, deve-se impor o rigor da intervenção do Ministério Público.

Quanto aos *recursos técnicos* existentes:

- a) consulta ao site do fabricante dos medicamentos;
- b) consulta ao site do próprio Tribunal de Justiça, facilitada com a instauração dos processos digitais, tomando-se por base o nome do advogado e, a partir dele, a constatação sobre sua atuação conjunta com o mesmo médico ou laboratórios.
- c) consulta ao site da Secretaria/Ministério da Saúde para aferir se o componente ativo já é disponibilizado pelo Poder Público;
- d) pesquisa sobre eventual matéria veiculada pela grande imprensa para verificar se existe notícia de manejo ilícito de ações judiciais voltadas ao medicamento/tratamento postulado;
- e) quando da repetição do pedido em ações diversas, o diálogo entre colegas.

9.2. Das providências isoladas em determinadas Comarcas de São Paulo

No Estado de São Paulo, algumas Comarcas contam com o apoio de câmaras técnicas compostas por profissionais de confiança do Juízo e que atuam sem qualquer vínculo com o Tribunal de Justiça. Trata-se de trabalho gracioso fruto da iniciativa de diversos membros da comunidade jurídica e médica local.

Nessas situações, o magistrado poderá solicitar um parecer prévio do profissional da saúde que, de forma imparcial, deverá pronunciar-se sobre a pretensão inicial.

Na Capital paulista instalou-se, há aproximadamente 4 anos, o Setor denominado JEFAZ – fruto de conciliação entre a Secretaria da Saúde Estadual e Tribunal de Justiça. Localiza-se nas dependências no

próprio Fórum Hely Lopes Meirelles, onde estão lotados funcionários exclusivos da Secretaria da Saúde. Para lá são remetidos os processos iniciados em busca de uma composição entre paciente e Secretaria da Saúde que, por muitas vezes, resta frutífera.

No final de 2016, reinaugurou-se o Setor Maria Zélia, no Bairro do Belém, para onde o particular pode se dirigir e requerer, de forma direta, o medicamento. Há previsão de admissibilidade de remessa dos autos judiciais àquele Setor em busca de uma conciliação, mas, até o momento, não há dados concretos quanto à eficácia da providência em virtude do curto prazo transcorrido desde sua criação.

9.3. Das providências ideais

Uma vez provocado, o magistrado concretiza sua prestação jurisdicional. Contrariamente ao quanto se proclama, tem-se que eventual decisão favorável ao autor/paciente não busca alterar a política pública vigente. Resulta, sim, da falta de atuação do Poder Público em comprovar, nos autos judiciais, que o medicamento/tratamento postulado não é necessário ao autor ou, ainda, que o Poder Público já disponibiliza tratamento similar a todo cidadão.

Na Capital de São Paulo, constata-se que a grande maioria das ações judiciais é direcionada em face do Estado de São Paulo e, em sua defesa, atuam Procuradores do Estado respeitáveis e dedicados. Peço vênia para consignar o nome do Procurador do Estado Chefe do Setor responsável pela defesa do Estado nas ações de medicamentos, Dr. Luis Duarte. Sua dedicação incansável merece elogios. Mas o embate judicial reclama fortalecimento de toda a estrutura que dele não depende.

Das constatações de possíveis fraudes devem resultar procedimentos investigatórios coesos e, deles, publicar-se o resultado final de uma persecução criminal e ética célere.

Dos órgãos representativos das categorias espera-se uma atuação fiscalizadora rígida. A imprensa investigativa tem colaborado com a defesa da saúde. Não raras vezes, denunciam-se laboratórios ou médicos, que causam prejuízo concreto a um número imenso de pessoas. Os Conselhos Regional e Federal de Medicina devem ser chamados à responsabilidade, para extirpar do mercado o profissional desqualificado e inspirado pela má-fé. E à sua atuação deve ser dada publicidade.

Os laboratórios farmacêuticos devem firmar sua boa intenção instituindo exclusão dos que manipulam o mercado e motivam, de forma fraudulenta, a judicialização da saúde. Em tempos recentes, chegou ao meu conhecimento a existência de Associações de Laboratórios que, em tese, dedicam-se a essa prática. Uma dessas associações, composta por 54 laboratórios multinacionais, concretiza o cumprimento de seu Código de Ética com a aplicação de altas penalidades ao responsável indicado como infrator e, inclusive, exclusão de seu quadro associativo e imposição de multas elevadas a serem revertidas diretamente a entidades de caráter assistencial indicadas pela própria Associação. Da leitura do Código de Conduta da mencionada Associação, extraiu-se que a multa tem caráter punitivo e não poderá ser aproveitada pela empresa infratora para fins de inclusão em balanço social.

Levando-se com rigor e transparência tais estes procedimentos, todos estarão participando da consolidação dos valores constitucionais.

Órgãos públicos devem dialogar mais em busca de uma célere análise dos pedidos de incorporação de medicamentos, pois, uma vez incorporados, há o melhor atendimento à saúde pública com redução do custo do fármaco ou tratamento.

O processo de aprovação pelos órgãos públicos deve dar-se de forma transparente e rápida, com a possibilidade de participação de diversas áreas da saúde pública.

Deve partir do próprio Poder Público o interesse pelas doenças raras que, efetivamente, também representam um problema de saúde pública. Na última década, várias partes do mundo dedicaram-se à criação de políticas específicas voltadas a essa questão. Nossos órgãos públicos devem adiantar-se na abordagem do tema para propiciar soluções e ampliar o acesso do paciente à assistência, de modo a obstar a intervenção judicial. Há estudos que indicam que 95% das doenças raras não possuem tratamento e dependem de uma rede de cuidados paliativos, que garantam ou melhorem a qualidade de vida dos pacientes. No Brasil, essas doenças estão inseridas no rol de doenças genéticas. Mister-se faz dar continuidade e aperfeiçoamento à Política Nacional de Atenção Integral à Genética Clínica.

Registra-se, ainda, a relevância da implantação do suporte técnico ao magistrado, inspirado na medicina baseada em evidência. Trata-se da análise concreta do caso trazido a Juízo e seu confronto com todos os recursos medicamentosos já disponibilizados pelo Poder Público. O Conselho Nacional de Justiça menciona, com veemência, o propósito

de trazer para próximo da judicialização da saúde esse relevante instrumento, com o resguardo da necessidade da existência de um órgão independente na solução em caso de divergências.

Por fim, há a necessidade de se conferir contornos próprios aos efeitos objetivos da coisa julgada nas ações de medicamento, porquanto possível e, geralmente concreta, a possibilidade de sua revisão em procedimento específico. O estado de doença não é permanente. A indicação de medicamentos ou tratamento pelo médico pressupõe a possibilidade de regressão do quadro de patologia ou mesmo a total reabilitação. Do que se conclui que a obrigação estatal não é estática voltada ao exclusivo fornecimento do medicamento, mas, sim, de prover o beneficiário com o tratamento, na exata medida de sua necessidade.

E mais. Nos casos em que o paciente, de forma continuada e prolongada, não promove comportamento para retirada dos medicamentos que lhe foram destinados por decisão judicial, ao Poder Público é resguardado o direito de fazer cessar a obrigação, como resultado da presunção da perda do interesse na prestação material inicialmente postulada.

10. Conclusões

O direito à saúde como direito exigível envolve de forma direta a interpretação constitucional.

O ato de interpretar é por demais valioso. Ele constrói ou desconstrói. Afasta ou aproxima. Ao acolher a opção por um específico tratamento isolado, parece lançar por terra rigores econômicos e, com isso, abalar a estabilidade financeira de toda uma nação. Por consequência, ao Judiciário são lançadas, às cegas, inúmeras críticas.

No entanto, há que se desvendar a estrutura com que cada magistrado estadual conta para o exercício de sua função quando chamado à judicialização da saúde. E, a partir desse passo, buscar o aperfeiçoamento e, ainda, o engajamento responsável de toda a sociedade.

Ao intérprete não foi dado constituir um direito fundamental. A ele resta criar a norma de decisão que, como exposto, tem natureza híbrida multifacetária. A definição do aspecto científico que motiva a prestação material das ações ligadas à saúde deve ser estabelecida pelo magistrado, com amparo em conceitos técnicos e imparciais para o aperfeiçoamento da norma constitucional.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões, 1987-1988*. p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada P. *O processo – estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.

PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 215-216.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da saúde. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1933. (Série Instituto Brasiliense de Direito Público).