
Lucélia de
Sena Alves

JUDICIALIZAÇÃO

DA SAÚDE

Tiago Augusto
Leite Retes



editora
D'PLÁCIDO



JUDICIALIZAÇÃO

DA SAÚDE

Lucélia de
Sena Alves

JUDICIALIZAÇÃO

DA SAÚDE

Tiago Augusto
Leite Retes



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Lucélia de Sena Alves.
Copyright © 2018, Tiago Augusto Leite Retes.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite.

Judicialização da Saúde- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-891-8

1. Direito. 2. Direito Público 3. Direito da Saúde I. Título.

CDU342

CDD341

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



O triunfo da morte, de Pieter Bruegel (1592).



Fonte: reprodução de Wikimedia Commons (Museu do Prado)

“O tecnicismo exacerbado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o Direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente é abrir a porta ao diletantismo frívolo, quando não ao mais desbragado charlatanismo.”

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Discurso em agradecimento pelo recebimento da medalha Teixeira de Freitas no Instituto dos Advogados Brasileiros. In Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. São Paulo, n° 75, 76, 77 e 78, p. 93-9, 1990.

AGRADECIMENTOS

LUCÉLIA DE SENA ALVES

Impossível seria agradecer a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste trabalho. As páginas não seriam suficientes.

Citarei, por esse motivo, as pessoas que contribuíram de forma mais direta.

Primeiramente, a Deus, por ter me concedido saúde e perseverança durante o desenvolvimento da pesquisa.

Quero agradecer à querida Professora Ada Pellegrini Grinover. As palavras são insuficientes para expressar toda a minha gratidão. Desde a pronta aceitação em me orientar, até o término deste trabalho. Nesses dois anos de convivência, pude conhecer mais de perto a incomparável jurista, de quem sou fã há muito, tendo a oportunidade de conhecer a pessoa intensa, forte, humilde e carinhosa que sempre foi comigo. Há quase um ano de sua desencarnação, sei que está orgulhosa do resultado de nossa pesquisa. Certa estou, que um dia nos reencontraremos, para termos aquelas conversas como aquela que tivemos desde o nosso último encontro em Curitiba.

A todos os meus professores do mestrado que contribuíram, cada um à sua forma, para esta pesquisa, principalmente aos Professores Cíntia Garabini Lages, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Renata Mantovani de Lima, Jamile B. Mata Diz, Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Carlos Alberto Simões de Tomaz, Susana Camargo Vieira e Milton Vasques Thibau de Almeida.

Ao Professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, pelos valiosos esclarecimentos acerca da teoria de Robert Alexy.

Ao Professor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, pelo fornecimento de exemplares de suas decisões na Justiça Federal, bem como por ter aceito prefaciar a obra, com tanto carinho. Além disso, por ter proporcionado, por intermédio de suas aulas, que eu conhecesse o meu querido amigo Tiago Retes, quem tanto admiro, resultando numa parceria acadêmica tão proveitosa.

Ao Cláudio Márcio Bernardes pela revisão ortográfica.

A meus colegas de mestrado que compartilharam os momentos de alegrias e de aflições que o curso me proporcionou, pela amizade.

À Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, responsável pelo Sistema de Pesquisa em Direito Sanitário (SPDiSa) e ao Ministério Público de Minas Gerais, do setor responsável pelo Sistema de Registro Único do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por terem permitido e auxiliado na obtenção de dados desses sistemas.

Ao Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e ao Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Fundação Getúlio Vargas, especialmente aos pesquisadores que me auxiliaram no Projeto de Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde: os professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Maria Tereza Sadek, José Reinaldo de Lima Lopes, Ligia Paula Pires Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos, Natalia Langenegger, Vivian Maria Pereira Ferreira, Marcelo José Magalhães Bonício e Heitor Vitor Mendonça Sica. À Marília Gabriela de Silva e Lima, por me auxiliar na realização do eixo Minas Gerais.

Aos colegas das Faculdades Kennedy e Promove, pelo apoio e incentivo de sempre nesta caminhada da docência.

Aos meus pais, Ana Alice e Geraldo; a meus avós, Antônio e Doralice; a minhas tias, Ângela e Jussara; a meus irmãos; pelo carinho e apoio de sempre.

Por fim, ao Daniel, pelo amor e carinho incondicionais.

TIAGO AUGUSTO LEITE RETES

Primeiramente, à amiga Lucélia de Sena Alves, pelo convite na complementação de trabalho feito com tanto esmero e dedicação.

Ao Prof. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, pelo diálogo sincero e aberto, virtude rara e preciosa no mundo acadêmico.

Aos amigos do IDPro, em especial Délio Mota, Guilherme Leroy, Marcelo Franco, Suzana Cremasco e Victor Dutra pelo fomento ao estudo do processo civil.

Aos companheiros do Machado, Retes & Carvalho Advogados, no particular Felipe e Henrique, pelo apoio incondicional às atividades acadêmicas.

À minha querida família e à Aline, pela compreensão na ausência e pela sincera torcida.

Ao meu avô Alberto, por me iniciar nessa aventura que é o estudo do Direito. Eternas saudades.

Meu mais sincero muito obrigado.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANATEL -	Agência Nacional de Telecomunicações
ANVISA -	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CIT -	Comissão Intergestores Tripartite
CIB -	Comissão Intergestores Bipartite
CNJ -	Conselho Nacional de Justiça
CONASEMS-	Conselho Nacional de Secretários Municipais
CONASS -	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
COSEMS -	Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde
DJe -	Diário Judiciário Eletrônico
OMS -	Organização Mundial de Saúde
ONU -	Organização das Nações Unidas
PIB -	Produto Interno Bruto
SES -	Secretaria Estadual de Saúde
STF -	Supremo Tribunal Federal
STJ -	Superior Tribunal de Justiça
SUS -	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

PREFÁCIO	17
1. INTRODUÇÃO	19
2. O DIREITO À SAÚDE	23
2.1. Um direito social fundamental: breve contextualização na teoria geral do constitucionalismo.....	23
2.2. A efetivação dos direitos sociais.....	31
2.3. O conceito e as dimensões do direito à saúde.....	34
2.4. O financiamento das políticas públicas da saúde.....	39
2.5. O sistema único de saúde e os seus princípios.....	41
2.6. O financiamento do SUS	44
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	53
3.1. A teoria da separação dos poderes como princípio constitucional.....	53
3.2. O controle de constitucionalidade.....	57
3.3. A efetivação dos objetivos fundamentais da República à luz do neoconstitucionalismo.....	60
3.4. A evolução da judicialização da política no Brasil e a judicialização da saúde.....	62
4. ANÁLISE ECONÔMICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE MINAS GERAIS	77
4.1. Análise econômica do direito.....	77

4.2. O perfil da judicialização da saúde no estado de Minas Gerais.....	79
5. A TUTELA ADEQUADA PARA ASSEGURAR O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	99
5.1. A evolução do conceito de tutela jurisdicional.....	99
5.2. O direito a uma técnica processual adequada.....	101
5.3. A finalidade e a titularidade do direito social à saúde.....	103
5.4. A tutela por ações coletivas.....	107
5.5. A tutela por ações individuais.....	110
5.6. A tutela por ações individuais com efeitos coletivos.....	113
5.7. A tutela por ações pseudoindividuais.....	115
5.8. A tutela por ações pseudocoletivas.....	116
6. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	123
6.1. Considerações preliminares.....	123
6.2. Superior Tribunal de Justiça: o caso do recurso ordinário em mandado de segurança nº 24.197/PR.....	123
6.3. Supremo Tribunal Federal: o caso do agravo regimental da tutela antecipada nº 175/CE.....	126
7. A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.....	131
7.1. A proporcionalidade como critério de verificação da necessidade da tutela processual na judicialização do direito fundamental à saúde	131
7.2. A coletivização de direitos individuais por meio da aplicação da proporcionalidade.....	141
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS.....	153
APÊNDICE.....	161
REFERÊNCIAS.....	206

PREFÁCIO

Centenas de milhares de demandas envolvendo fornecimento de tratamento de saúde adequado e de medicamentos estão em curso no poder Judiciário brasileiro. O número é tão grande que vem impactando negativamente o orçamento público dos entes federados, sobretudo o dos municípios e dos estados. Importantes políticas públicas não estão sendo concretizadas, porque seu custeio tem sido destinado a cumprir decisões judiciais na área da saúde, ou seja, o Judiciário está pautando a atuação na área da saúde.

Se, por um lado, o direito à saúde é direito de todos, nos termos do art. 196 da Constituição, por outro, não pode o Estado dar tudo a todos, sob pena de comprometimento de todo o sistema criado para atender à população. A política pública de saúde foi muito bem estruturada no Sistema Único de Saúde (SUS), introduzido pela Constituição de 1988, e regulamentado pela Lei 8.080/90. Profissionais de diversas áreas do conhecimento se reúnem de tempos em tempos para debatê-la, sobretudo em relação à lista de medicamentos e de procedimentos que devem ser fornecidos à população.

Não obstante a cientificidade utilizada pelo SUS quando da formulação da mencionada lista, alguns medicamentos e tratamentos não têm sido fornecidos, sob a justificativa de não serem próprios para atacar tal e qual doença. Com a recusa de fornecimento, surge, então, o direito ao questionamento em juízo.

Para o juiz, o julgamento de demandas envolvendo medicamentos e tratamentos específicos é, na maioria das vezes, difícil. Ele nunca teve preparação para lidar com questões afetas à área das Ciências Biológicas, não tem conhecimento sobre a eficácia das drogas e nem mesmo das doenças e não gosta da matéria. Versado na área de Huma-

nidades, está acostumado com o estudo da norma e sua aplicação no caso concreto, com o propósito de resolver questões não diretamente ligadas à vida, que pode se esvaír em suas mãos.

Com 20 anos de magistratura e acostumado a lidar com causas milionárias, posso garantir que essas causas são as mais difíceis que passam por minhas mãos. Sempre com o auxílio de um perito médico extremamente atento às características dos medicamentos e às particularidades do caso concreto, procuro cumprir o mandamento constitucional de que a saúde é direito de todos. Às vezes, não é possível determinar o fornecimento dos medicamentos pedidos, por existirem outros constantes na lista do SUS e que ainda não foram usados, por não serem recomendados para a doença manifestada, por não terem efeito mais, diante da grave situação clínica do doente, ou por serem absurdamente caros, o que poria em risco toda a política pública daquele ente para os próximos meses.

Percebe-se, assim, a extrema importância no estudo da política pública de saúde, o que *Lucélia de Sena Alves* e *Tiago Leite Retes* fizeram com maestria e apresentam nesta interessante conclusão de pesquisa. Esses jovens advogados, já com experiência na docência universitária, primaram no estudo levado a efeito. Analisaram aspectos do direito à saúde, constitucionalmente garantido, incursionaram no arenoso solo da judicialização da política, debateram os aspectos econômicos da judicialização da saúde em Minas Gerais, abordaram quais seriam as tutelas adequadas para assegurar o direito fundamental à saúde, relataram importantes acórdãos sobre a mencionada temática e finalizaram com o princípio da proporcionalidade, como critério norteador do agir.

Não há dúvidas de que a doutrina nacional sairá engrandecida com esta obra, que soube tratar com leveza e, por outro lado, com percuciente enfrentamento jurídico de tema tão espinhoso.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2018.

Gláucio Maciel Gonçalves

Professor adjunto de processo civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, com estudos de pós-doutorado pela Albert-Ludwigs-Universität, em Freiburg, Alemanha. Juiz federal em Belo Horizonte.

INTRODUÇÃO

1

A Constituição Federal de 1988 consagra o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Como resultado das conquistas jurídicas sociopolíticas do país, os direitos e garantias fundamentais de sua população foram assegurados pelo constituinte, o que significa dizer que não basta a previsão formal de um vasto rol de direitos e garantias, mas sim a sua efetivação.

A realização dos direitos reconhecidos pelo Estado é, originariamente, reservada aos poderes Legislativo e Executivo. Ao legislador é atribuída a tarefa de regulamentar, através das leis, a atuação do Poder Público e, ao administrador, a concretização de políticas públicas. Entretanto, a análise do cotidiano sugere, muitas vezes, a incongruência entre as ações desses poderes em relação aos reais anseios dos seus destinatários.

Consoante o texto constitucional, aquele que for lesado ou sofrer ameaça de lesão a algum direito pode buscar, por intermédio do Poder Judiciário, coletiva ou individualmente, a sua tutela. Em se tratando de direitos realizáveis por políticas públicas, os juízes passam a participar como verdadeiros atores políticos, no sentido de tentar evitar que a ineficiência do Poder Executivo e do Poder Legislativo acarrete graves (e até irreparáveis) consequências à população. Esse papel interventivo exercido pelo Poder Judiciário é chamado de *judicialização da política*.

A judicialização da política vem gerando enormes controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Uns consideram-na como adequação das ações do Poder Público a fim de atingir os objetivos fundamentais do Estado. Outros, em contrapartida, entendem que essa interferência é constitucionalmente inadequada

e que pode ser mais maléfica que benéfica, aumentando as desigualdades sociais já existentes.

Quando a judicialização atinge as políticas sanitárias, a controvérsia se intensifica ainda mais. Por estar diretamente ligada aos bens jurídicos mais caros aos seres humanos (a dignidade da pessoa humana e a vida), a não efetivação desse direito pode ocasionar graves consequências aos usuários do sistema, culminando, muitas vezes, em morte.

O tema vem atraindo a atenção dos juristas, especialmente a partir de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça apurou que, naquele ano, havia 240.980 demandas ligadas à saúde em trâmite no Brasil.¹ A observação da prática forense aponta o cometimento de vários equívocos pelos sujeitos do processo, sugerindo a falta de conhecimento necessário para lidar com um tema tão complexo e importante. A fundamentação dos provimentos judiciais é, muitas vezes, equivocada. O tipo de tutela escolhido pelo autor das demandas frequentemente demonstra-se inadequado para a promoção da máxima realização do direito em comento. Os argumentos exarados pelo Poder Público, no exercício do contraditório, demonstram-se frequentemente destoados das reais condições das políticas empregadas.

Por tudo isso, justifica-se a importância e a necessidade de compreensão aprofundada do tema.

O presente estudo visa, portanto, a analisar a legitimidade da judicialização da saúde, a partir de dados da saúde pública no estado de Minas Gerais, verificando os principais argumentos (doutrinários e jurisprudenciais) favoráveis e contrários, à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Além disso, serão analisados os instrumentos processuais cabíveis (ações individuais, ações coletivas, ações individuais com efeitos coletivos, ações pseudoindividuais e pseudocoletivas), com o intuito de apontar o tipo mais adequado à tutela desse direito fundamental.

Utilizou-se o raciocínio hipotético-dedutivo na pesquisa, já que um dos seus objetivos é propor soluções a partir de conjecturas, diante dos efeitos de decisões judiciais de casos concretos, bem como por dados levantados atinentes ao estado de Minas Gerais.

No capítulo inicial, desenvolveu-se a retrospectiva histórico-política dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos sociais e

¹ Relatório atualizado da resolução 107 do Conselho Nacional de Justiça, disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf >. Acesso em jun. 2012.

especialmente na saúde. Foi traçada, também, a trajetória do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro até ser considerado um direito social fundamental. Foram apresentados diversos conceitos sobre a saúde ao longo da evolução da humanidade, bem como as dimensões desse direito no contexto da Constituição de 1988. As políticas públicas de saúde, bem como a sua forma de financiamento foram descritas nesse capítulo. Tratou-se, ademais, sobre o desenvolvimento do sistema único de saúde e os seus princípios constitucionais e infraconstitucionais.

A judicialização da política à luz da Constituição de 1988 foi o tema do terceiro capítulo do trabalho. Nesse capítulo, discutiu-se a aplicação da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Charles de Montesquieu, em sua clássica obra *L'esprit des lois*, apresentando os principais entendimentos doutrinários sobre o assunto. Foi abordado o tema do controle de constitucionalidade desde o célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, até a interpretação dos tribunais superiores brasileiros. Por derradeiro, apresentou-se a judicialização da saúde como espécie de controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

No quarto capítulo, abordou-se a análise econômica da judicialização da saúde no contexto do estado de Minas Gerais. Para o desenvolvimento desse capítulo, foram utilizados dados de quatro principais fontes de pesquisa: a) o sistema SPD_iSa; b) as informações contidas no sítio eletrônico da Superintendência de Planejamento e Finanças da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais; c) o Sistema de Registro Único (SRU) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – área da saúde; e d) os dados obtidos pelo Projeto “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”, realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Fundação Getúlio Vargas. Por meio de dados obtidos por essas fontes, foram confeccionados diversos gráficos que ilustram a situação da judicialização da saúde no estado mineiro, para ao final traçar, criticamente, o seu perfil.

No quinto capítulo, tratou-se dos diversos tipos de tutela do direito sanitário (ações individuais, coletivas, pseudocoletivas, pseudoindividuais e individuais com efeitos coletivos), apontando aquela que se considera mais adequada para a sua máxima efetivação. Tudo isso mediante a contextualização com as concepções mais atuais acerca

da técnica processual adequada à luz da teoria geral do processo, levando em consideração a finalidade e a titularidade do direito à saúde.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal foi tratado no sexto capítulo. Foram estudados dois casos em que se considerou que o pensamento predominante de cada tribunal estaria mais bem explicitado.

Por fim, desenvolveu-se a importância da teoria de Robert Alexy, mais especificamente a sua teoria dos direitos fundamentais, bem como a aplicação da máxima da proporcionalidade no processo civil. Sustentou-se a possibilidade de coletivização de direitos individuais por meio da aplicação da máxima parcial da necessidade (ligada à da proporcionalidade).

É certo que não seria possível esgotar todas as complexidades do tema da judicialização da saúde. Entretanto, pretendeu-se apresentar uma pesquisa que possa contribuir para a sua discussão e aprimoramento.

O DIREITO À SAÚDE

2.1. UM DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO NA TEORIA GERAL DO CONSTITUCIONALISMO

Assim como todos os direitos fundamentais, os direitos sociais são fruto das conquistas evolutivas da sociedade ao longo da história em busca da garantia de sua dignidade. Como consequência lógica, o núcleo do que são considerados os elementos garantidores dessa dignidade se modifica de acordo com o contexto histórico-político em que se encontra. Dependerá, portanto, dos valores e interesses predominantes de cada época.

Para entender o conceito e o alcance dos direitos sociais é fundamental que se tenha em mente o seu fundamento filosófico, político e ideológico², o que implica fazer uma breve retrospectiva a partir do surgimento desses direitos.

Os direitos sociais surgiram em resposta ao sistema capitalista liberal.³ Nesse sistema, as liberdades concedidas à burguesia alimentavam práticas de exploração da classe trabalhadora, que, por sua vez,

² PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 142. Esclarece-se que, para explicar esses fundamentos, o autor faz uma breve contextualização histórica do surgimento dos direitos sociais, a qual repetimos no presente trabalho.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 187.

A evolução do papel do juiz de simples boca da lei a protagonista das políticas públicas permite atualmente que o Poder Judiciário interfira, quando provocado, nas políticas de implementação dos direitos sociais. Essa nova postura garante que a população, individual ou coletivamente, busque, através do exercício do direito de ação, a proteção jurisdicional para as lesões ou ameaças a direito. A Constituição de 1988 consagrou, pela primeira vez na história brasileira, o direito à saúde como um direito fundamental social, preservando ser esse direito de todos e dever do Estado. A judicialização da saúde é um fenômeno relativamente recente na história do ordenamento jurídico brasileiro. Após 25 anos de promulgação, as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais de 1988 ainda geram controvérsias e a possibilidade do controle jurisdicional das políticas implementadoras desses direitos encontra-se no centro das discussões.

