**JUDICIALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE:** A Antecipação de Tutela para Fornecimento de Medicamentos[[1]](#footnote-1)

*João Pedro Campos Santos*

*Victor Rafael Dourado Jinkings*

*Rhaonny Morais Costa[[2]](#footnote-2)*

*Hugo Assis Passos[[3]](#footnote-3)*

**Sumário:** Introdução; 1 Direito Constitucional à Saúde; 2 Judicialização do Direito a Saúde; 3 A antecipação de Tutela para Fornecimento de Medicamentos; Considerações Finais; Referências.

**RESUMO**

A constituição Federal estabelece que a saúde é um direito de todos, sendo dever do Estado garantir esse direito social. No entanto, o sistema público de saúde não dispõe de recursos suficientes para garantir a todos a efetivação do direito a saúde. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem se tornado um meio eficaz para efetivação do direito a saúde, essa atuação do judiciário em resolver questões relacionadas ao direito a saúde é denominada de judicialiazação da saúde. A concessão da tutela antecipada nesses casos é de suma importância, pois o requerente precisa obter acesso a determinados medicamentos para evitar o agravamento do seu estado de saúde. Portanto, antecipação da tutela para fornecimento de medicamentos, obedece aos pressupostos, pois há perigo da demora, isto é, há perigo de dano irreversível. Por isso, o Poder Judiciário tem um papel relevante para garantir a eficácia desse direito.

**Palavra-chave:** judicialização. Direito a saúde. Escassez. Tutela antecipada.

**INTRODUÇÃO**

No presente artigo, será abordado como tema principal a judicialização da saúde, nos seus aspectos positivos e negativos. Primeiramente será abordado o direito a saúde no seu aspecto positivo, levando em consideração a letra normativa que institui tal direito, em seguida, será visto no seu aspecto como garantia, de como o Estado democrático se posiciona para oferecer e efetivar tal direito de forma igualitária.

Em um segundo momento será exposto o problema da judicialização no seus pontos negativo, sendo esse processo uma forma de garantir e ao mesmo tempo de maneira excluir. Logo em seguida, será feito a abordagem da delimitação temática, em que se coloca a antecipação de tutela dentro do processo de judicialização como meio garantidor do direito a saúde, por meio de aquisição de medicamentos.

**1 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

Quando estamos em pleno gozo de saúde, ou seja, sem enfermidades físicas ou psicológicas, não é possível perceber a importância da saúde em nossas vidas, mas na ausência desta pode se perceber quão essencial é a saúde para uma vida satisfatória.

Os estudos e tecnologias farmacêuticas desenvolvidas até nossa geração, possibilitaram encontramos armas eficientes para combater epidemias como ocorreram ultimamente com a gripe suína que assustou a população mundial em 2009, e atualmente resume-se a casos isolados.

Infelizmente toda essa evolução não é, e possivelmente não será, suficiente para sumir definitivamente com doenças. O mal do nosso século é o câncer, e além dele somos um povo doente. A cada dia crescem os casos de depressão, pressão alta, obesidade, enxaqueca, e tantas outras doenças da modernidade, ocasionadas principalmente pelo estilo de vida que levávamos na conjuntura atual.

Nesse contexto, o Estado tem um papel fundamental como mantedor e guardião da saúde pública. No Brasil, a constituição federal elenca no artigo 6, que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

A Lei nº 8.080/90 acrescenta ao conceito de saúde, um conjunto de ações que asseguram uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários, englobando desse modo, medidas de saúde preventiva e curativas (FERNANDES, 2011, p. 472).

A constituição de 88 instituiu o SUS (art. 198, CF), e a obrigatoriedade de aplicação mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena em caso de descumprimento (art. 198, §2, CF). Nesse sentido, o Ministério Público, através da ação civil pública, tem legitimidade em situações de omissão por parte do Poder Público na implementação das ações e serviços de saúde.

A Constituição Federal dedica uma seção inteira à saúde, onde especifica questões relacionadas aos SUS, do valor que a União, Estados e Municípios devem destinar a saúde (art, 198, §5º, CF), sobre o piso salarial para os profissionais da área ( art. 198 §5º, CF) e, demais pormenores. Aqui resaltamos dois artigos:

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

**Art. 197**. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Apesar de muito bonita a bandeira levantada pelos artigos supracitados, a prática nos mostra que a saúde é um bem escasso. Assim, o Estado não pode satisfazer a todos. E, sendo caro paro o Estado garantir à saúde, urge, portanto, definir critérios para quem deve ser atendido e de que modo (AMARAL, 2010, p. 73-74).

Não podemos aceitar uma saúde de qualidade inferior, a exemplo de outros ramos como educação no jardim de infância, onde o governo brasileiro se preocupou em garantir “educação para todos”, o que é essencial e dispendioso, mas com padrões bem inferiores aos aceitáveis. Resta ainda perguntar se atual situação lastimável em que se encontra a saúde no Brasil decorre da escassez de recursos (AMARAL, 2010, p. 74).

E, dissonância com toda essa questão, a legislação brasileira cala-se sobre a questão da escassez de recursos, não sabe-se ao certo se presumindo existir recursos suficientes ou se por considerar imoral qualquer consideração dessa natureza (AMARAL, 2010, p. 96).

Uma rápida visita a qualquer hospital público em São Luís do Maranhão, por exemplo, pode nos mostrar uma realidade assustadora sobre como a saúde no Estado é mal gerida. O que observa-se são médicos exauridos pela enorme quantidade de pacientes, filas, compra de Vargas em filas, atrasos, deficiência na estrutura física dos hospitais, profissionais mal pagos e mal treinados, medicamentos insuficientes, dificuldade na marcação de consultas e exames, imprecisão no exames. Jornais de veiculação diária nos mostram que essa situação é parecida em todo o país.

Essa situação tem ocasionado uma procura muito grande, entre os que podem de dispor de algum dinheiro, por planos de saúde ou seguros de vida. Ao passo disso, há um aumento considerável na legislação pátria para regular essa prática e suprimir possíveis abusos.

Mesmo na melhor das hipóteses, em um hospital sem restrições financeiras ainda persistiram a questão de alocação de recursos, quais sejam: quando disponibilizar e a quem atender, ainda assim persistira a carência de órgão, de pessoal especializado e equipamentos, insuficientes em relação a demanda. Escolhas erradas podem implicar em grande sofrimento ou até mesmo em morte (AMARAL, 2010).

Essas decisões, ao contrário do ideal, tendem a ser políticas e locais. Uma saída para algumas pessoas tem sido a busca da tutela jurisdicional. Este vem tentando resolver essas questões com o arcabouço que lhe é conhecido nas resoluções de pequenos conflitos, analisando caso por caso. Essa situação também é dispendiosa, morosa e faltam critérios para decidir, isso implica em decisões desencontradas e pouco confiáveis, que por vezes resolvem o caso especifico em questão, mas não ajudam a esclarecer a grande demando dos casos similares.

O fato é que o Estado brasileiro recebe muito dinheiro em tributos e dispende uma parcela imoral à saúde e a outras áreas essenciais como a educação. Aqui, entende-se que o problema não está no orçamento, mas na porcentagem desse orçamento. A nossa saúde está às moscas, e como nossos políticos não utilizam a rede pública ignoram ou simplesmente não afligem-se com essa situação.

Ademais, é fato que milhares de pessoas são privadas dos serviços de saúde, não por ausência de recursos, mas por má alocação. A escassez de recursos para garantir direitos tão básicos não pode ser negligenciada, aqui entra a figura do direito, que precisa estar aparelhado para garantir respostas (AMARAL, 2010. P. 102).

**2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

A Constituição Federal assegura o direito à saúde a todos, sendo dever do Estado garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos (art.196, CF). No entanto, o Estado não consegue garantir a todos o acesso a saúde. As pessoas que necessitam de tratamentos ou medicamentos, que não conseguem acesso a esses recursos no sistema público de saúde, provocam o Poder Judiciário, para que suas pretensões sejam atendidas e garantidas pelo Estado, há uma judicialização da saúde.

“Desde o final da segunda metade dos anos noventa, cresce de forma exponencial o número de mandatos judiciais na saúde que, em sua maioria, buscam garantir o acesso das pessoas a medicamentos, procedimentos diagnósticos e terapêuticos” (BAPTISTA, MANCHADO, LIMA, 2009, p. 836). O Poder Judiciário tem se tornado o meio através da qual indivíduo obtém a garantia de seus direitos a saúde, como medicamentos, tratamentos e assistência médica. A escassez de recursos no sistema público de saúde inviabiliza a garantia do direito a saúde, e a falta de medicamento e tratamentos faz com que os cidadãos procurem o judiciário para obter esse direito. O acesso a saúde é um direito social previsto na Constituição Federal, e o Estado tem o dever de promover políticas publicas e serviços para a realização desse direito. Portanto:

O direito à saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, consequentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados. (VENTURA; SIMAS; PEPE, 2010, p. 82).

 A intervenção do judiciário em questões que cabe inicialmente ao poder executivo e legislativo, é denominada judicialização (CHIEFFI; BARATA, 2009. P. 1839). Portanto, Judicializaçãoda saúde é a intervenção do Poder Judiciário em questões relacionadas ao direito à saúde. O Poder Judiciário tem tomado decisões que determina ao Estado a fornecer medicamentos ou tratamentos a pessoas que não possuem acesso a saúde. No entanto, o sistema público de saúde não possui recursos suficientes para atender todas as pessoas.

A Judicialização da saúde ocorre devido o artigo 196, da Constituição Federal que assegura a saúde como um direito de todos, sendo o dever do Estado promover políticas públicas para efetivação desse direito. Entretanto, apesar da saúde ser um direito de todos, o sistema público de saúde carece de recursos, o que compromete a eficácia do direito a saúde. O judiciário tem desempenhado um papel fundamental para garantir o acesso à saúde, no entanto, a judicialização da saúde pode privilegiar determinadas pessoas, em detrimento das demais que não possuem acesso a justiça, o que afronta um dos princípios do SUS, ou seja, “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7, IV). Portanto:

Com isso, evidencia-se que a ampliação da atividade jurídica seja ao menos em parte decorrência das deficiências da própria administração pública, podendo ter um efeito benéfico na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos adequados de incorporação, compra e distribuição de procedimentos terapêuticos pela rede pública. Mas com essa prática corre-se o risco de se desenvolver a via judicial como principal meio para se garantir o acesso ao medicamento, o que é no mínimo contraditório quando se pensa a saúde como direito social de cidadania (BAPTISTA; MACHADO; LIMA, 2009, p. 836).

A saúde é um direito social assegurado a todos, mas devido à deficiência da administração pública, esse direito não é efetivado, o que gera o crescimento das demandas judiciais para assegurar esse direito.

**3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

A falta de fornecimento de medicamentos é uma das principais causas das demandas no judiciário. O pedido de antecipação da tutela é o meio mais comum para conseguir medicamentos que não são fornecidos pelo sistema público de saúde. “Antecipar os efeitos da tutela significa adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura sentença favorável” (DIDIER; SARNO; OLIVEIRA, 2011, p. 490). Portanto, a tutela antecipada é adiantar os efeitos da provável sentença favorável. Dispõe o artigo 273 do CPC:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Portanto, o juiz poderá conceder a tutela antecipada, quando existir a verossimilhança da alegação da parte e, também quando ficar demonstrado que haja perigo de dano irreparável. O perigo da demora se refere ao “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (Art. 273, I), “dano irreparável é aquele cujos efeitos são irreversíveis” (DIDIER; SARNO; OLIVEIRA, 2011, p. 506). A urgência é um dos pressupostos para conceder antecipação da tutela. Por essa razão, o pedido de antecipação da tutela é importante, para evitar que determinado bem sofra um dano irreparável. Em suma:

A antecipação de tutela é um tipo de decisão judicial na qual o Juiz, baseado em provas apresentadas pelo reivindicante, deve avaliar se o ‘perigo da demora’ do procedimento judicial, necessário para o julgamento do processo, pode resultar em violação irreparável do direito do autor do processo, p.ex., agravamento de seu estado de saúde (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 91).

O pedido de antecipação da tutela na qual a parte autora da ação requer do Estado medicamentos, tratamentos e terapias etc., se justifica pela verossimilhança das alegações e pelo perigo da demora, isto é, que “haja receio irreparável ou de difícil reparação”, pois a pessoa que dependa urgentemente de medicamentos ou atendimento medico pode sofrer um dano grave em sua saúde, devido à demora. O principal critério utilizado pelos juízes para conceder a tutela antecipada é a urgência e a necessidade do autor de obter determinados medicamentos e procedimentos prescritos pelos médicos (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 92).

Portanto, a urgência e a necessidade de procedimentos médicos e medicamentos é uma das principais razões para judiciário conceder a tutela antecipada nesses casos, pois existe o receio de danos irreparáveis a saúde do autor. “Neste sentido, o respaldo das decisões judiciais é constituído precipuamente por documentos fornecidos pelo paciente-demandante, que expressam essa necessidade – em geral, em atestados e/ou receituários médicos” (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 92). Um dos pressupostos para conceder a tutela antecipada é a verossimilhança das alegações do autor, em relação ao direito saúde em que o demandante precisa de medicamentos o paciente usar os atestados médicos para comprovar a necessidades desses medicamentos.

Para antecipação da tutela, no entanto, é necessário que os efeitos da tutela não sejam irreversíveis. Determina o art. 273,§ 2º do CPC: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Portanto, é pressuposto para conceder antecipação da tutela, que seus efeitos não sejam irreversíveis.

O pedido de antecipação da tutela na petição inicial, portanto, requer que seus efeitos sejam reversíveis. No entanto, antecipação da tutela na inicial para o fornecimento de medicamentos, seus efeitos são irreversíveis, pois o medicamento é consumível, o que impede a reversão dos efeitos da tutela. Portanto, nesses casos, observando o § 2, do art. 273, não se poderia conceder a tutela antecipada para o fornecimento de medicamentos, pois seus efeitos seriam irreversíveis. Entretanto, ainda que os efeitos sejam irreversíveis, é necessário conceder a tutela, pois existe o risco de causar sérios danos a parte requerente, que precisa urgentemente daqueles medicamentos. Nesse sentido:

Isso porque, em muitos casos mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros -, o seu deferimento é essencial, para que se evite um ‘mal maior’ para parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu deferimento também implica conseqüências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida. Não conceder a tutela antecipada para efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a conseqüência irreversível da morte do demandante (DIDIER; SARNO; OLIVEIRA, 2011, p. 503).

Portanto, mesmo que os efeitos da tutela para o fornecimento de medicamentos sejam irreversíveis, deve se conceder antecipação da tutela, pois a não concessão da tutela antecipada para garantir o direito à saúde, pode causar sérios danos ao requerente, como por exemplo, a morte do paciente. “Em razão da urgência e da evidência do direito da parte/requerente, é imprescindível que se conceda a tutela antecipatória, entregando-lhe, de imediato, o bem da vida (...)” (DIDIER; SARNO; OLIVEIRA, 2011, p. 504). Por essa razão, deve o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade, quando houver um conflito entre direitos, sopesando os princípios, prevalecendo aquele que tiver maior relevância no caso concreto.

Em suma, toda vez que o paciente/requerente pedir antecipação da tutela para o fornecimento de medicamentos prescrito pelo medico, a tutela deve ser concedida sempre que ficar caracterizado o perigo da demora, isto é, que a demora para conceder os medicamentos requeridos possa causar agravamento da saúde da parte autora.

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal determina que a “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” (CF, 196). O direito à saúde é um direito social, que deve ser garantido a todos. No entanto, a falta de recursos no sistema público de saúde, impede a efetivação desse direito social.

As demandas judiciais tem se tornado o meio para a efetivação do direito de saúde. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem importância fundamental para garantir que o direito a saúde do demandante, seja efetivado. No entanto, o judiciário ao conceder uma decisão favorável ao demandante, como medicamentos, tratamentos ou atendimento médico, fere o principio do sistema publico de saúde, que é a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art.7, IV). Portanto, a judicialização da saúde, privilegia algumas pessoas que tem acesso a justiça, em detrimentos dos demais, o que fere o direito a igualdade de assistência à saúde, sem privilégios de qualquer espécie.

**REFERÊNCIAS:**

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto**. Da falta de efetividade à judicialização** **excessiva:** direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Disponível em:

 <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\_-\_judicializacao\_-\_Luis\_Roberto\_Barroso.pdf>. Acessado em: 05 de outubro de 2012.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira  and  LIMA, Luciana Dias de.**Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil**: **um balanço da atuação dos Poderes**.*Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2009, vol.14, n.3, pp. 829-839. ISSN 1413-8123. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1413-81232009000300018>. Acessado em: 22, de outubro de 11.

DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 6 ed. Balhia: Juspodivm, 2011. Vol. 2.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais  and  SCHRAMM, Fermin Roland.**Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**.*Physis*[online]. 2010, vol.20, n.1, pp. 77-100. ISSN 0103-7331. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312010000100006> acesso em: 21 de outubro de 2011.

CHIEFFI, Ana Luiza  and  BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade**.*Cad. Saúde Pública* [online]. 2009, vol.25, n.8, pp. 1839-1849. ISSN 0102-311X. < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000800020&script=sci\_arttext>. Acesso em: 21/10/2011.

1. Paper apresentado à disciplina de Direito Ambiental, da Unidade de Ensino Superior Dom Boscoo – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 4º período vespertino do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor, Orientador. [↑](#footnote-ref-3)