

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

PAULO HENRIQUE MARTINUCCI BOLDRIN

**A efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais na
judicialização das políticas públicas de saúde referentes às
demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São
Paulo – Regional Ribeirão Preto**

Trabalho de Conclusão de Curso
Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Fabiana Cristina Severi

Ribeirão Preto
2014

PAULO HENRIQUE MARTINUCCI BOLDRIN

**A EFETIVIDADE DA COMISSÃO DE ANÁLISE DE
SOLICITAÇÕES ESPECIAIS NA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES ÀS
DEMANDAS AJUIZADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DE SÃO PAULO – REGIONAL RIBEIRÃO PRETO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de Ribeirão
Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Fabiana Cristina Severi

Ribeirão Preto
2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Boldrin, Paulo Henrique Martinucci

A efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais na judicialização das políticas públicas de saúde referentes às demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, 2014.

72 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientadora: Severi, Fabiana Cristina.

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos e Garantias Individuais. 4. Acesso à justiça

À Beatriz, que me ensinou o verdadeiro significado das palavras amor, carinho e respeito, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Márcia e ao meu pai Paulo por todo apoio e confiança depositados em mim durante toda minha formação e por todos os conselhos e experiências de vida que me foram transmitidos, sempre marcados por amor, respeito ao próximo, amizade e honestidade.

Agradeço ao meu irmão Lucas pelo incentivo, carinho e companheirismo oferecidos durante toda minha graduação.

Agradeço também ao meu avô Roberto pelo apoio e por ter sempre acreditado em mim.

Agradeço à minha orientadora, professora Dra. Fabiana Severi, por tudo o que me ensinou durante esse trabalho, pela paciência e por sempre me mostrar que o Direito pode ir além do que é ensinado nas salas de aula da faculdade.

Agradeço ainda aos defensores públicos estaduais de Ribeirão Preto pela liberdade e auxílio na obtenção dos dados, possibilitando que a presente pesquisa fosse realizada.

Agradeço infinitamente à minha namorada Beatriz por todo amor, carinho, confiança e companheirismo e pela indispensável e fundamental ajuda, sem a qual não teria concluído o curso, no desenvolvimento de toda essa obra, tanto na elaboração das bases teóricas da pesquisa por meio de cansativas revisões no texto escrito quanto na coleta e organização dos dados.

Agradeço ao Bernardo, à Ana e ao André pela incansável ajuda na coleta e estruturação dos dados.

Agradeço ao Maurício pela imensa colaboração, principalmente com relação às bases teóricas do presente estudo.

Agradeço aos amigos do grupo de estudos “desorientados” cujas leituras em conjunto facilitaram a escrita do presente trabalho.

Agradeço, por fim, aos demais amigos, que entenderam a minha ausência durante a elaboração deste trabalho, por todo o afeto durante esses últimos cinco anos, tornando muito mais fácil a minha graduação.

RESUMO

O objetivo central da pesquisa é analisar a efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais, no contexto da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário a partir das demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto. O estudo buscou trazer subsídios ao órgão da Defensoria Pública na ampliação do acesso à justiça aos mais vulneráveis como forma de assegurar o acesso a bens e serviços de saúde indispensáveis à manutenção de uma vida digna.

A Comissão analisada, formada por integrantes dos Poderes Executivos municipal e estadual e do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, emite pareceres técnicos nos processos judiciais envolvendo pedidos de medicamentos, equipamentos e tratamentos médicos como forma de racionalizar o processo de judicialização do direito à saúde, evitando o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos sem a devida comprovação de eficiência no tratamento da doença.

A metodologia adotada na pesquisa consistiu na análise quantitativa dos dados obtidos dos pareceres da Comissão, decisões liminares e sentenças judiciais nos processos ajuizados pela Defensoria Pública envolvendo a tutela do direito à saúde dos necessitados.

O estudo identificou que o órgão técnico emite número considerável de pareceres desfavoráveis à concessão do pedido formulado pela Defensoria Pública e que o judiciário não segue, na maioria desses casos, o conteúdo dos pareceres ao conceder o pedido de liminar. Ademais, o tempo necessário para julgamento desses pedidos aumentou significativamente com a necessidade de manifestação prévia da Comissão. É válido destacar que os bens e serviços de saúde pleiteados, por envolverem a vida e o bem-estar físico e psíquico da parte autora, necessitam de uma rápida manifestação pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Judicialização do direito à saúde, acesso à justiça, Comissão de Análise de Solicitações especiais, Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto

ABSTRACT

The main objective of this research is to analyze the effectiveness of the “Comissão de Análise de Solicitações Especiais” in the context of ensuring the right to health by the judiciary from lawsuits filed by the “Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Regional Ribeirão Preto”. The study aimed to provide support to the members of “Defensoria moPública” in expanding access to justice for the most vulnerable people in order to ensure access to health goods and services.

The Commission analyzed, consisting of members of municipal and state Executive Powers and the Hospital of the College Medicine of Ribeirão Preto, emits technical reports in lawsuits involving claims for medicines, equipment and medical treatment as a way to streamline the process of judicialization of right to health, avoiding the supply of medicines and medical treatments without the proper evidence of effectiveness in treating the disease.

The methodology used in this research was a quantitative data analysis of the Commission opinions, preliminary decisions and judicial sentences in lawsuits filed by the “Defensoria Pública” on the protection of the right to health of the vulnerable people.

The study identified that the commission emits a large number of unfavorable technical reports in lawsuits filed by the “Defensoria Pública” and that the Court doesn’t follow, in most of the cases, the results of the commission.

Moreover, the time required for trial of such requests increased significantly with the need for prior approval of the Commission. It is worth mentioning that the goods and health pleaded services by involving the life and physical and mental well-being of the plaintiff, require a quick demonstration by the judiciary.

Keywords: Judicialization of the right to health, access to justice, “Comissão de Análise de Solicitações especiais”, “Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto”.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	12
	2.1 BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO E A POSIÇÃO ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
	2.2 MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITOS: TITULARIDADE E EFICÁCIA.....	15
	2.2.1 A superação da exclusão do Estado de Direito e o empoderamento dos sujeitos	15
	2.2.2 Direitos Sociais: conceito, titularidade e eficácia.....	17
3	JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	23
	3.1 A PROBLEMÁTICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: JUDICIÁRIO ENQUANTO CANAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL	24
	3.2 A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	29
	3.3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	32
4	A EFETIVIDADE DA COMISSÃO DE ANÁLISE DE SOLICITAÇÕES ESPECIAIS DE RIBEIRÃO PRETO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	36
	4.1 A COMISSÃO DE ANÁLISE DE SOLICITAÇÕES ESPECIAIS	36
	4.2 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO	38
	4.3 RESULTADOS	42
	4.3.1 Quantidade e Frequência dos pedidos recorrentes nos processos de saúde ajuizados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto ..	42
	4.3.2 Resultado dos pareceres analisados pela Comissão de Análise de Solicitações Especiais	47
	4.3.3 Resultado das decisões liminares	49
	4.3.4 Resultado das liminares nos processos judiciais com parecer desfavorável da Comissão de Análise de Solicitações Especiais	52
	4.3.5 Resultado das sentenças.....	55
	4.3.6 Relação entre o tempo necessário para a concessão da liminar no caso de o processo ser ou não submetido à análise da Comissão de Solicitações de Análise Especiais	58
5	CONCLUSÃO.....	63
	BIBLIOGRAFIA.....	67

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Resultado dos pareceres da Comissão de Análise de.....	48
Gráfico 2 - Resultado dos pareceres da Comissão de Solicitações de Análise Especiais (%) .	48
Gráfico 3 - Resultado das decisões liminares em números	50
Gráfico 4 - Resultado das decisões liminares (%).....	51
Gráfico 5 - Resultado das liminares nos processos com parecer desfavorável em números....	53
Gráfico 6 - Resultado das liminares nos processos com parecer desfavorável (%)	54
Gráfico 7 - Resultado das sentenças em números	56
Gráfico 8 - Resultado das sentenças (%).....	56
Gráfico 9 - Porcentagem de processos por tempo entre a distribuição da ação e o julgamento da liminar.....	60
Gráfico 10 - Porcentagem de processos por tempo entre a Distribuição da ação e a Requisição de Informações	61

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Pedidos Recorrentes	43
Tabela 2 - Resultado das sentenças com liminares não concessivas.....	57

LISTA DE ABREVIATURAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPAP	Continuous Positive Airway Pressure
CPC	Código de Processo Civil
DPE-SP	Defensoria Pública do Estado de São Paulo
DRS	Departamento Regional de Saúde
E-SAJ	Sistema de Automação da Justiça
HC	Hospital das Clínicas
PA	Procedimento Administrativo
ONU	Organização das Nações Unidas
SAD	Serviço de Atendimento Domiciliar
SMS	Secretaria Municipal de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
USP	Universidade de São Paulo

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar a efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais, no contexto da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário a partir das demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto. Tem como objetivo trazer subsídios ao órgão da Defensoria Pública na ampliação do acesso à justiça aos mais vulneráveis como forma de assegurar o acesso a bens e serviços de saúde indispensáveis à manutenção de uma vida digna.

A efetivação de direitos sociais à população menos favorecida é fundamental para a consecução do Estado Social e Democrático de Direito e, nesse contexto, o Poder Judiciário desempenha relevante papel, uma vez que se tornou importante canal de comunicação da sociedade com o Estado para exigir o cumprimento dos direitos sociais.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais ganharam posição de destaque no texto constitucional enquanto direitos fundamentais. A partir da compreensão desses direitos como de eficácia imediata e de titularidade individual, é possível garantir o acesso aos bens indispensáveis à população, especialmente aos hipossuficientes.

A motivação da pesquisa consiste na verificação da efetividade do acesso judicial à saúde pelos mais vulneráveis, cuja tutela judicial e extrajudicial compete por excelência à Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A pesquisa é dirigida, portanto, à unidade regional desse órgão em Ribeirão Preto que apresentou a demanda em relação à Comissão de Análise de Solicitações Especiais.

Tendo em vista que a Comissão de Análise de Solicitações Especiais emite pareceres ao Poder Judiciário nas demandas envolvendo o direito social à saúde, pretendemos analisar se esse órgão técnico auxilia na ampliação do acesso à justiça dos mais vulneráveis.

A metodologia que adotamos na pesquisa consiste na análise quantitativa de dados obtidos dos pareceres, decisões liminares e sentenças judiciais em processos ajuizados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto em matéria de saúde.

2 A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO E A POSIÇÃO ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, será necessário fazer uma análise da transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social e democrático de Direito, ressaltando suas principais características. Isto porque, somente a partir deste último, foi possível compreender a importância e a eficácia dos direitos sociais. Esta análise, entretanto, servirá apenas como forma de contextualização da construção referente aos direitos sociais, não sendo, portanto, realizada de forma exaustiva.

Bonavides (2012) afirma que o Estado Liberal de Direito surgiu da necessidade da burguesia de acabar com a sociedade de privilégios existente no absolutismo para transformá-lo em um Estado Liberal constitucional. O poder exercido deixou de ser concentrado em um grupo de pessoas (oligarquia) e passou a ser determinado pela lei. Além disso, a partir da Revolução Francesa e da Independência Americana, assentou-se a ideia de que não era possível assegurar a liberdade se não houvesse limitação do poder dos governantes.

A base teórica que deu origem a esse modelo de Estado foi extraída dos filósofos do liberalismo e foi responsável por assegurar que o Estado apenas cumprisse a função de garantir as plenas condições para que os indivíduos pudessem se auto-realizar. Alguns de seus maiores primados eram o respeito à tripartição de poderes e a não intervenção nos domínios social e econômico. (SANTOS, 2013, p.54)

O Estado Liberal permitiu a utilização da lei como forma de legitimar os atos de governo como expressão de uma suposta vontade geral, o que possibilitava o arbítrio em suas decisões (SANTOS, 2013, p. 58).

Entretanto, conforme salienta Mota (2011, p. 6), o desenvolvimento liberal, com a expansão do capitalismo e exploração extrema do trabalho, está relacionado com as profundas e diversificadas formas de desigualdades. A concretização da igualdade material não é alcançada por esse modelo de Estado tendo em vista sua omissão perante os problemas econômicos e sociais.

Rodriguez (2010), ao expor alguns aspectos da obra de Franz Neumann, demonstra que a mudança estrutural sofrida pelo Estado de Direito aconteceu em razão da entrada da classe operária na participação política. Sustenta que os direitos sociais somente puderam

integrar as discussões parlamentares através da luta social como forma de compensação pela exploração do trabalho sofrida pelos trabalhadores.

Ao citar os direitos trabalhistas conquistados, o autor afirma que se verificou a redução da mais valia que o empregador retirava de seus empregados. O contrato de emprego serviu como forma de desmascarar a exploração dos trabalhadores e possibilitar a luta pela conquista de novos direitos.

Assim, nas palavras de Rodriguez (2010, p. 8): “o direito é uma faca de dois gumes”, uma vez que, assim como serviu para garantir o fim dos privilégios da aristocracia ao assegurar o direito de propriedade e ao proteger a liberdade de contratação no estabelecimento do Estado de Direito, teve importante papel para a classe trabalhadora como instrumento que ameaçou a classe burguesa ao exigir melhores condições de trabalho e restrição ao exercício da propriedade privada.

Esse paradoxo criado foi responsável pelo financiamento de regimes totalitários como nazismo e fascismo pelos próprios burgueses como forma de repressão a qualquer movimento social que pudesse superar a hegemonia burguesa e a exploração da força de trabalho para o ganho de capital.

Destaca-se que, diante da constatação da insuficiência e do paradoxo do Estado Liberal, Bonavides (2012) afirma que foi necessário desenvolver a ideia de um Estado constitucional que não se preocupasse apenas com a liberdade, mas também com a efetivação da justiça por meio de direitos sociais e de desenvolvimento. Nesse sentido, nasceram as bases filosóficas do Estado Social por meio da apropriação de ideias dos filósofos do Socialismo Utópico, que visavam a reforma social, e Científico que pretendiam o desmanche do Estado em razão da única função empenhada: assegurar a manutenção da classe dominante.

O autor aponta que o Estado constitucional social tem como ponto de apoio a concretização dos direitos sociais. Assim, a lei meramente formal não é considerada o paradigma tal como ocorria no modelo de Estado Liberal. Passa-se a buscar a legitimidade dos atos como modelo que se caracteriza pela concretização de princípios e valores.

Entretanto, os princípios e valores estabelecidos nas Constituições não apresentavam força normativa e eram compreendidas como regras programáticas. Tinham apenas a função de orientar o legislador infraconstitucional na edição das leis. Cumpre ressaltar que a dignidade da pessoa humana se estabelece como valor superior aos demais nas Constituições inclusive na brasileira.

O Estado Social de Direito surge com a finalidade de permitir a igualdade econômica e social da população. Esse modelo não abandona os caracteres do Estado de Direito, mas surge da necessidade de igualar os homens em seus diversos estratos sociais (SANTOS, 2013, p. 60).

Por fim, verifica-se a necessidade de evolução do Estado Social como forma de assegurar a participação democrática nas decisões estatais. É o que se denomina Estado Social e Democrático de Direito (Estado constitucional da democracia participativa). Somente nesse modelo, busca-se a efetivação dos direitos sociais assegurados pelo modelo anterior em proveito da cidadania. Assim, faz-se necessário assegurar a concretização dos valores democráticos no Estado como forma de legitimar sua atuação (BONAVIDES, 2012, p. 54). Deve ser destacado, portanto, que esse novo modelo de Estado não afasta a necessidade de se implementar os direitos sociais.

Mota (2011, p. 11) sustenta que o Estado Democrático de Direito, ao contrário de seu antecessor, o Estado de Bem-Estar Social, legitima a atuação do Judiciário na implementação do bem-estar coletivo. Dessa forma, aqueles que estão sujeitos às decisões judiciais e às demais ações do Estado devem participar ativamente na construção e elaboração das decisões.

No tocante às Constituições, Bonavides (2012) assevera que a inclusão da ordem econômica e social no corpo do texto teve forte impacto favorável à consolidação do Estado Social. Entretanto, salienta que a assimilação desse novo modelo ocorreu de formas distintas a depender do nível dos ideais transformadores da realidade social vivenciados por determinada sociedade.

No início da aceitação do Estado Social inclusive no Brasil, verificou-se o caráter programático das normas constitucionais que visavam à garantia de direitos sociais e econômicos e, portanto, a manutenção do *status quo* do modelo de exploração capitalista. O autor denomina esse modelo de Estado Social como conservador. A positivação das leis que dão eficácia às normas programáticas sociais depende exclusivamente da capacidade e vontade do legislador ordinário.

Em momentos de crises econômicas, os interesses do capital se sobrepõem ao interesse social para trazer de volta o desenvolvimento da economia. Revela-se, portanto, uma proteção apenas indireta ao trabalhador e à sociedade.

Nesse sentido, argumenta que somente seria possível a superação do *status quo* com a implantação de um Estado Social substantivo e transformador que necessita da participação democrática e da busca pelo consenso como forma de acesso a uma nova estrutura de poder econômico e social.

Especificamente no tocante ao Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi um importante marco para o desenvolvimento dos direitos sociais.

Com a crise do período ditatorial, verificou-se um processo de redemocratização e de mudanças estruturais no país que não se resumem apenas a alterações formais. Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por reconhecer o Estado Constitucional de Direitos, seguindo a tendência dos países da Europa Continental que, após a II Guerra Mundial, não mais interpretam o texto constitucional como meramente político, cujas normas não são aplicáveis diretamente, dependentes do legislativo ou do Executivo (BARROSO, 2012).

Além disso, observou-se a alteração da própria sociedade brasileira como, por exemplo, o crescimento demográfico, a concentração urbana, a expansão do eleitorado, mudanças nos índices de qualidade de vida e inclusão social. O resultado dessas mudanças foi o aprofundamento de um elevado grau de desigualdade social que será igualmente responsável por uma maior intervenção do Poder Judiciário a fim de se observar os direitos fundamentais garantidos pela Carta Maior brasileira (SADEK, 2008).

Ademais, é indispensável destacar o entendimento manifestado por Sarlet (2012, p. 62) de que a República brasileira atual se caracteriza como Estado Democrático e Social de Direito em que pese o texto constitucional não mencionar em seu art. 1º, *caput*, o caráter social do Estado brasileiro: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”.

A justificativa para essa afirmação se deve pelo fato de que se verifica ampla difusão de direitos sociais pela Constituição. Nesse sentido, para a consecução de seu fim, o Estado Brasileiro precisa assegurar a liberdade e a igualdade, esta última em seu aspecto material, orientada pela noção de consecução da justiça material.

2.2 MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITOS: TITULARIDADE E EFICÁCIA

2.2.1 A superação da exclusão do Estado de Direito e o empoderamento dos sujeitos

Feitas essas considerações e antes de se iniciar propriamente o tema dos direitos sociais, faz-se necessário expor a importância do empoderamento dos sujeitos, especialmente daquelas que se encontram em posição de vulnerabilidade perante o Estado Democrático de Direito.

Cunha (2013) afirma que o Estado de Direito apresenta dois fenômenos de exclusão pelo qual o direito não é aplicado a determinado grupo de pessoas. O primeiro deles é o que o autor denomina de “exclusão para cima”, que corresponde ao fato de que o direito não é aplicado aos mais favorecidos de uma sociedade quando é necessária a punição pela prática de atos contrários ao ordenamento (sensação constante de impunidade).

O segundo fenômeno, por sua vez, corresponde à “exclusão para baixo” que se manifesta de forma mais perversa do que o primeiro. Trata-se da aplicação meramente formal do Estado de Direito às pessoas menos favorecidas. Assim, poucas medidas são realmente direcionadas para mudar a situação de pobreza vivenciada por essas pessoas. O Estado manifesta-se tão somente na necessidade de puni-las quando descumprem os mandamentos legais.

No tocante à pobreza, afirma que é possível com base nos estudos desenvolvidos por Amartya Sen e Arjun Sen Gupta defini-las com base em três perspectivas diferentes. A primeira delas corresponde à pobreza com base na avaliação exclusiva da renda, o que implica na análise de dados objetivos sobre as condições de vida de determinada população. Por outro lado, é possível avaliá-la enquanto a privação de capacidades dos indivíduos para o desenvolvimento de uma vida digna. Nesse sentido, seriam pobres os indivíduos cujas liberdades básicas, que compreendem tudo aquilo necessário ao bem-estar do ser humano, não são atendidas.

Por fim, sustenta uma terceira definição de pobreza como exclusão social. Além da renda e das condições particulares dos sujeitos, é considerado a posição que a pessoa assume perante a sociedade e o grau de vulnerabilidade nas relações com os diversos grupos sociais e com toda a sociedade.

Assim, de acordo com esse conceito, pobre seria aquele que não tem condições, ou estas são muito baixas, de participação social. Nesse caso, não apenas a falta de capital gera o empobrecimento das pessoas, mas também os fatores que levam determinados grupos a serem marginalizados do complexo social, tal como ocorre com as mulheres, negros, deficientes etc.

Independentemente da definição assumida, o autor entende que a violação dos direitos humanos, em especial dos DESCs (direitos econômicos, sociais e culturais), está intimamente relacionada com a pobreza e, que a ausência de proteção eficaz a esses direitos retira a pretensão de constituição de um Estado de Direito. Segundo os apontamentos feitos por esse trabalho, devemos compreender este último enquanto Estado Democrático e Social de Direito.

Importante destacar que o autor entende que as exclusões apontadas acima conduzem a duas sensações pela população: a primeira reflete o sentimento de ceticismo de que seria possível aplicar o direito àqueles que se encontram acima do sistema e a segunda que demonstra a crescente insensibilidade em relação aos menos favorecidos, o que os coloca em condição de invisibilidade social. Nesse sentido, verifica-se o desenvolvimento cada vez maior do individualismo e do fechamento social como medida de autoproteção.

Ademais, verifica-se que eventual choque entre as duas formas de exclusão já referidas leva à constante estigmatização dos empobrecidos como obstáculos ao desenvolvimento do Estado. O autor, mencionando a classificação apresentada por Giorgio Agamben, afirma o surgimento da figura do *homo sacer*, que representa:

o processo mais radical de exclusão do Estado de Direito, não porque ele esteja circunstancialmente fora de sua égide, mas porque para ele o Estado de Direito é apenas um estado formal de direito que se apresenta como abandono da lei diante da violência de uma lei que se aplica ao não se aplicar. (CUNHA, 2013, p. 109)

Em que pese as falhas estruturais do Estado de Direito apontadas, verifica-se que é possível a superação da condição de pobreza desde que se garanta a possibilidade de empoderamento desses sujeitos. Segundo o autor, empoderar significa garantir que as condições de opressão, que o levaram à exclusão social e vulnerabilidade, terminem. Deve ser considerado, do ponto de vista jurídico e político, como cidadão capaz de cumprir com seus deveres e exigir plenamente os direitos de que é titular.

A garantia plena dos direitos sociais e econômicos ocupa, portanto, posição estratégica no empoderamento das pessoas que se encontram marginalizadas da sociedade, na medida em que “devem funcionar como o lugar da escuta de um grito mais ou menos silente dado pelo outro oprimido na sua história de resistência.” (CUNHA, 2013, p. 115).

2.2.2 Direitos Sociais: conceito, titularidade e eficácia

Partindo dessas premissas e assumindo a posição de que os direitos sociais são muito importantes para a garantia de emancipação social e superação da pobreza, é necessário abordar as principais questões envolvendo os direitos sociais perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1934, os direitos sociais passaram a constar no capítulo referente à ordem econômica e social, sendo, portanto, a primeira referência a essa categoria de direitos no texto constitucional. Entretanto, somente

com a Constituição Federal de 1988, os direitos sociais assumiram a posição de direitos fundamentais. É o que dispõe o art. 6º da Carta Magna: “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, na forma desta Constituição.”

Salienta-se, entretanto, que a menção a esses direitos não se restringe ao título dos direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição Federal de 1988), uma vez que também são encontrados no título da Ordem Social ao abordar mais detalhadamente alguns desses direitos como o direito à saúde e educação etc.

No tocante ao conceito de direitos sociais, Batista (2012, p. 145) estabelece que o direito social pode ser identificado através de sua ligação com a humanidade. Assim, sendo verificada uma condição de hipossuficiência jurídica que leve uma pessoa a uma situação desumana, violando sua dignidade, deverá ser aplicado um direito social a fim de corrigir a desigualdade criada para garantir a autonomia daquela pessoa perante as demais.

Por sua vez, Sarlet (2012) afirma que a nota distintiva dos direitos sociais em relação aos direitos de defesa é a sua dimensão positiva, que corresponde à atuação ativa do Estado na realização da justiça social. Não se refere, portanto, apenas à abstenção do Estado como forma de garantir a liberdade individual. Diferentemente, os direitos de defesa (1ª dimensão) surgem nessa zona de não intervenção estatal a fim de garantir autonomia pessoal em relação ao poder estatal.

Entretanto, o próprio autor ressalta que, no âmbito dos direitos de 2ª dimensão, existem direitos de cunho não prestacional denominados de liberdades sociais. São exemplos, o direito à sindicalização e o exercício do direito de greve pelos trabalhadores.

Faz-se necessário, nesse ponto, destacar que a noção de dimensões empregadas pelo autor remonta ao processo cumulativo e evolutivo dos direitos humanos (fundamentais) ao longo da história desde as primeiras manifestações com os direitos de defesa. O fato de estarem divididos em dimensões não retira, no entanto, o caráter de unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais.

No tocante a essas dimensões dos direitos humanos, Cunha (2013) sustenta que a divisão entre direitos civis e políticos e direitos sociais e econômicos é meramente didática. Nesse sentido, teve a finalidade histórica de demonstrar a preponderância de cada dimensão no período da guerra fria, quando o bloco capitalista defendia direitos da 1ª dimensão (direitos de defesa) e o socialista os direitos sociais (2ª dimensão).

Todavia, é válido destacar que a própria ONU determinou que os direitos humanos (no plano internacional) e fundamentais (no plano constitucional) são indivisíveis e, portanto, a realização de um depende essencialmente da realização do outro.

No tocante ao objeto dos direitos sociais prestacionais, Sarlet (2012) sustenta que se trata de conduta estatal na esfera política e econômica como forma de garantir a igualdade material em uma situação fática. Tendo em vista que a atuação estatal nesse caso reside no mundo dos fatos, é impreciso determinar quais exatamente são as prestações devidas pelo Estado, uma vez que elas se modificam conforme surgem novas necessidades dos indivíduos.

Os principais objetivos desses direitos consistem na “melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.” (SARLET, 2012, p. 283) Ressalta-se que, inclusive, os direitos prestacionais apresentam dimensão negativa, na medida em que a prestação fornecida pelo Estado não pode ser imposta à pessoa.

Demonstrado o objeto precípua dos direitos sociais, passa-se à discussão em torno de sua titularidade. Acca (2013, p. 91) afirma que os direitos sociais apresentam natureza transindividual e que, portanto, as pessoas individualmente consideradas não podem ser seus titulares. Para o autor, esses direitos são de titularidade exclusiva da sociedade e, assim, compreendem verdadeiros direitos difusos.

Para sustentar seus argumentos, estabelece que os direitos sociais não foram criados para garantir um mínimo de bem estar social para os indivíduos em uma sociedade. O direito não teria a função de evitar ou eliminar a pobreza, o que seria papel da política.

Caberia ao direito a manutenção da coesão social através do combate da exclusão social. Sendo os direitos sociais considerados como bens públicos que trazem benefícios à sociedade e que ninguém pode ficar excluído de seu gozo (manutenção da coesão), é necessária a racionalização na distribuição dos bens fornecidos pelo Estado diante da escassez de recursos.

Conclui, portanto, que a proteção dos direitos sociais restringe-se à sociedade e não ao indivíduo, uma vez que esses tomam decisões que apenas os beneficiam e não a coletividade em que estão inseridos. Se todos ingressassem com ações individuais, como no caso da judicialização de medicamentos, o Estado seria incapaz de atender às demandas por razões orçamentárias.

Assim, uma ação proposta pelo Ministério Público seria o meio jurídico adequado para a aplicação dos direitos sociais, uma vez que representa os interesses de toda a coletividade.

Em sentido totalmente contrário ao exposto acima, Sarlet (2012) afirma que os direitos sociais apresentam forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial. Assim, tendo em vista que visam à proteção da pessoa humana considerada em sua individualidade, serão os próprios indivíduos os verdadeiros titulares desses direitos. Destaca-se que esse posicionamento é compartilhado no presente trabalho.

Ademais, a diferença entre os direitos de defesa e direitos sociais não se encontra na titularidade do direito, mas apenas em seu objeto. Em regra, enquanto o primeiro se refere a uma abstenção do Estado na garantia da liberdade individual, o segundo é marcado pela atuação positiva estatal como forma de compensação de desigualdades fáticas e acesso a bens e serviços pela população vulnerável.

Como já exposto acima, os direitos sociais surgiram do resultado de reivindicações de movimentos sociais. Nesse sentido, o autor sustenta que são direitos que decorrem da dignidade da pessoa humana individualmente considerada. As dimensões coletiva e individual dos direitos sociais coexistem naturalmente. Assim, é plenamente possível ajuizar demanda individual ou coletiva sobre o mesmo direito sem que, no entanto, se verifique qualquer violação à sua titularidade.

Segundo o autor, a intenção daqueles que negam a titularidade individual dos direitos sociais é impedir ou limitar a judicialização das políticas públicas. Ao negar a titularidade individual, os juízes estariam impedidos de julgar demandas individuais exigindo direitos sociais. Limita-se a atuação apenas às demandas coletivas ou ao controle abstrato de norma que veicula políticas públicas.

Note-se que as demandas coletivas continuam preferenciais à individuais como forma de “otimizar a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas”. Entretanto, nunca podem afastar a possibilidade de se exigir esses mesmos direitos individualmente.

Ademais, não se deve confundir a atuação do próprio indivíduo e do ente coletivo que irá representar seus interesses em ação coletiva. Pode haver casos em que o indivíduo se encontra em posição de conflito de interesses com o órgão coletivo e, portanto, não é possível assegurar apenas a ação coletiva, pois poderá haver violação da dignidade humana. Por outro lado, a tutela coletiva nunca alcança corretamente o direito do indivíduo propriamente dito, o que enseja inclusive a possibilidade de execução individual da sentença.

Rebatendo, portanto, as posições apresentadas por Acca, é possível afirmar que os direitos sociais foram conquistados por meio da luta social e que, por isso estão profundamente associados à dignidade da pessoa humana. Não deve ser considerado o

argumento utilizado pelo autor de que a exigência de direitos sociais individualmente demonstra que os indivíduos apenas agem em benefício próprio. Esses direitos representam conquistas históricas importantes para essas pessoas e somente com a possibilidade de ajuizar demanda individual poderão ver suas necessidades completamente satisfeitas em nível de justiça social.

Não é possível conceber a exclusividade coletiva na tutela dos direitos sociais, seja pela incapacidade do ente coletivo abranger todas as demandas dos representados, seja pelo fato de que as tutelas individual e coletiva convivem de forma plena em nosso ordenamento jurídico.

Impedir que o indivíduo possa ingressar com ação exigindo direito social prestacional do Estado equivale à violação da garantia à inafastabilidade de jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV, CF/88, uma vez que nem sempre este direito será tutelado de maneira adequada e com as particularidades necessárias do caso concreto pelo ente coletivo.

Sendo os indivíduos os titulares dos direitos sociais por excelência, é necessário saber em que medida esses direitos podem ser exigidos por seus titulares independentemente da concretização legislativa infraconstitucional, ou seja, analisar a problemática da eficácia dos direitos sociais à luz da Constituição Federal.

O art. 5º, § 1º, CF/88 dispõe que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tendo em vista que os direitos sociais também integram a categoria de direitos fundamentais, parte-se da premissa de que sua aplicação deve ser imediata.

É válido asseverar que a progressividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, característica fundamental dessa categoria de direitos, foi utilizada por parte da doutrina como forma de propagar sua ineficácia, uma vez que sustentavam que o termo “progressividade” referia-se à necessidade de criação de leis infraconstitucionais para efetivá-los. No entanto, é necessário situar a progressividade como sinônimo do princípio do não retrocesso social, ou seja, na medida em que se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro não podem ser suprimidos (CUNHA, 2013).

Sarlet (2012) afirma que grande parte da doutrina entende pela necessidade de leis infraconstitucionais para que os direitos sociais possam ser exigidos em razão da vagueza de sua positivação no texto constitucional. Ademais, sustentam que, para sua concretização, é necessário observar o princípio da reserva do possível e, por isso, os direitos sociais necessitam de regulamentação legal por afetarem diretamente o orçamento do Estado. Todas

as normas constitucionais que versassem sobre esses direitos seriam, portanto, programáticas e que, devido à sua normatividade insuficiente, necessitam da manifestação do legislador.

Nesse ponto, é válido relembrar o entendimento de Bonavides (2012) exposto no início desse trabalho de que a compreensão dos direitos sociais enquanto normas programáticas apresenta função eminentemente de manutenção do status quo do modelo de exploração capitalista, impedindo a realização das conquistas sociais alcançadas por meio de movimentos sociais.

Apresentada a posição que assume que os direitos sociais apenas podem se concretizar após a atuação do legislador infraconstitucional, Sarlet (2012) passa a analisar a possibilidade de reconhecê-los como direitos subjetivos. Entende que as normas de direitos sociais podem apresentar tanto dimensão que comporte exigibilidade imediata dos direitos sociais (inclusive judicial), mediante o fornecimento de bens ou serviços (prestações), como pode revelar aspecto programático ao determinar que o Estado deva implementar políticas públicas que assegurem o cumprimento desses direitos.

No que tange à primeira situação apresentada, afirma que os indivíduos podem ter direitos subjetivos a prestações quando o pedido relacionar-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Ao se tratar, contudo, de prestações que não se insiram necessariamente no valor dignidade, sustenta que é possível admitir a restrição em sua aplicação com base no princípio da ponderação.

Nesse caso, vale ressaltar que não deve prosperar o argumento de que o Estado não apresenta condições fáticas para a concessão imediata dos direitos sociais por razões orçamentárias, uma vez que essa argumentação, na maioria das vezes, não é precedida de uma demonstração plausível de impossibilidade fática do pedido.

Em que pese o impacto econômico da aplicação dos direitos sociais seja real e relevante, diversas vezes o princípio da reserva do possível é utilizado de forma falaciosa apenas como forma de aceitação da omissão estatal perante a efetivação de direitos sociais e econômicos. Dessa forma, não se pode admitir que o princípio da igualdade, necessário para se determinar a alocação de recursos pela via orçamentária, seja utilizado como forma de negar a eficácia plena dos direitos sociais, uma vez que consiste em clara violação ao princípio da dignidade humana.

Ressalta-se que a problemática envolvendo a reserva do possível será melhor abordada no capítulo seguinte que versará sobre a judicialização das políticas públicas (ou dos direitos sociais) como forma de implementação de direitos sociais.

3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Nesse capítulo, será analisada a contribuição do fenômeno da judicialização das políticas públicas (direitos sociais) na implementação do Estado Democrático de Direito. Parte-se do pressuposto de que os indivíduos são titulares de direitos a prestações estatais e que poderão exigir sua efetivação pela via judicial especialmente quando patente violação da dignidade da pessoa humana. A análise será pautada, portanto, em descobrir como se desenvolveu o fenômeno bem como em entender quando este pode ser justificado para garantir direitos sociais.

Barroso (2012) entende que a judicialização é um fenômeno no qual diversas questões políticas, sociais ou morais são decididas pelo Poder Judiciário de forma definitiva. Dessa forma, seria uma transferência de poderes próprios do Legislativo e do Executivo para o âmbito de atuação do Poder Judiciário.

Além disso, o autor estabelece algumas diferenças entre os termos judicialização da política e o ativismo judicial. A judicialização compreende um fato inelutável, ou seja, decorre do próprio desenho institucional vigente daquele órgão e não de uma opção do Poder Judiciário. Ao serem provocados pela via processual, os juízes devem se manifestar sobre a questão, o que muitas vezes implica atuar no âmbito da política.

Enquanto a judicialização é um fato presente no cotidiano dos magistrados brasileiros, o ativismo judicial compreende uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretação da Constituição Federal, o que pode ocasionar a expansão de seu sentido e alcance. Muitas vezes, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas. Em que pese o caráter pessimista atribuído ao ativismo, o autor estabelece que essa atuação do Judiciário nada mais é do que a garantia da concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência com os demais Poderes. Em muitas situações, não há nenhum confronto, uma vez que o Judiciário atuaria em espaços vazios deixados pelo Legislativo ou Judiciário. (BARROSO, 2012)

Quanto às possíveis causas para o surgimento do fenômeno da judicialização, o autor aponta, em primeiro lugar, que se verifica o fortalecimento e a independência do Poder Judiciário nas democracias modernas. Outra causa corresponde ao descrédito atribuído à política em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. A terceira causa consiste na preferência dos atores políticos pelas decisões judiciais em

temas moralmente sensíveis a fim de se evitar desacordo moral razoável na sociedade como, por exemplo, a união homoafetiva e a interrupção da gestação.

Quanto ao Brasil, em especial, afirma que a judicialização é realçada pelo modelo de constitucionalização adotado e do sistema de controle de constitucionalidade vigente, uma vez que este permite o controle difuso (matriz americana) e concentrado de constitucionalidade (matriz europeia). (BARROSO, 2012)

Vianna et al. (2007) afirmam que o Judiciário está cada vez mais ocupando espaços que eram reservados tradicionalmente às instituições especializadas da política. A origem desse fenômeno decorre de processos complexos e permanentes e remonta ao chamado constitucionalismo democrático e ao Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*), após a II Guerra Mundial, momento no qual se reclamavam a atuação de um Judiciário que fosse capaz de introduzir harmonia entre as classes sociais.

Esse modelo constitucional apresenta-se de forma aberta e indeterminada, cabendo aos juízes, em cada caso concreto, atuar como um “legislador implícito”. Trata-se de uma nova relação entre os Três Poderes. Durante os anos de 1970, entretanto, instala-se a crise do *welfare state*, com o surgimento do neoliberalismo. As reformas neoliberais afrouxam os direitos que eram assegurados a diversas camadas sociais. Dessa forma, as pessoas se socorrem ao Poder Judiciário para que haja regulação e proteção dos setores mais vulneráveis em um processo de substituição da atuação do legislativo e executivo. O juiz acaba se tornando o protagonista da questão social. Ademais, a nova arquitetura institucional permite o controle de constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do Judiciário.

A introdução de direitos sociais pela Constituição Federal de 1988 tornou necessária a implementação de diversas políticas públicas para que esses direitos pudessem ser efetivados. Assim, surgiram demandas judiciais que necessitavam da intervenção do Judiciário para que fossem respeitados os direitos garantidos e protegidos pela Constituição (RESENDE, 2010)

3.1 A PROBLEMÁTICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: JUDICIÁRIO ENQUANTO CANAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

É importante destacar que não é pacífica a aceitação do fenômeno da judicialização da política, uma vez que existem autores que entendem que a atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas seria violação à separação dos poderes e à soberania popular representada pelo voto. É o que entende Tonelli (2013) que compreende a judicialização

como um fenômeno político e não jurídico. Dessa forma, em eventual conflito entre a jurisdição e os demais poderes, sempre irá prevalecer a jurisdição, no sentido de que suas decisões serão sempre definitivas.

Assim, diante da expansão global do Poder Judiciário, Tonelli (2013) afirma que esse fenômeno seria a invasão do direito em questões políticas. Nesse sentido, o fortalecimento dos órgãos Judiciários em uma democracia vai de encontro com a separação dos poderes, uma vez que estaríamos vivenciando a desneutralização do Judiciário e, ao mesmo tempo, a neutralização da política.

No que tange à separação dos poderes, afirma que a neutralidade do Poder Judiciário não significa que este deve estar alheio à realidade, mas que não pode ser influenciado em suas decisões por pressões políticas e pelo clamor popular fortemente influenciado pela mídia. Assim, a politização do Judiciário questiona a própria função do poder legislativo e que pode refletir diretamente no cidadão, podendo fazê-lo esquecer de que a autoridade da instituição política de um Estado é o povo, cujos representantes se encontram no parlamento.

Em posição diversa da apresentada por Tonelli, Rodriguez (2013) afirma que o direito não é um conjunto de regras claras que permitem a aplicação literal da lei pelo Judiciário. Assim, afirma que é equivocada a posição daqueles que assumem que o Judiciário está invadindo a esfera de atuação exclusiva do Poder Legislativo, que seria o único representante da vontade do povo.

Para sustentar sua posição, remonta à teoria da separação dos poderes de Montesquieu (“O Espírito das Leis”) e a necessidade de sua reinterpretação. Montesquieu entendia que, em uma república, as leis deveriam ser claras e objetivas, uma vez que se buscava a garantia de que todos fossem tratados de forma igual. Assim, não haveria margem de interpretação ao juiz, cuja função seria de aplicar leis simples para pessoas iguais. Não se verifica, portanto, a incorporação de diferenças nas leis em uma república.

Por outro lado, em uma monarquia, devido aos privilégios arbitrários concedidos a determinadas pessoas, as leis se mostravam complexas e, portanto, demandavam interpretação mais profunda pelos julgadores. Nesse sentido, para acabar com os privilégios, foi necessário o estabelecimento de leis uniformes aplicadas a um seletivo grupo de indivíduos que eram considerados realmente cidadãos daquele Estado.

Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se que as leis criadas não se tornaram nada simples, especialmente pelo fato de que decorriam de constantes lutas sociais na busca de melhores condições de vida a diversos grupos na sociedade. As leis passaram, portanto, a

garantir direitos especiais (idoso, criança, mulher etc.) em decorrência das diferenças apresentadas no complexo social.

Assim, tendo em vista a crescente mobilização social na busca de novos direitos, a teoria apresentada por Montesquieu de um Judiciário “boca da lei” verifica-se impossível, uma vez que será necessária a interpretação de um conjunto normativo complexo aplicado a diferentes níveis da sociedade.

Ressalta-se, entretanto, que as diferenças criadas pela legislação protetiva dos grupos sociais em nada se assemelha às leis de uma monarquia tal como concebida por Montesquieu. Estas eram marcadas pela arbitrariedade do monarca ao conceder privilégios a um grupo de pessoas enquanto aquelas são fruto da luta social para que se reconheça a diferença presente em sociedades marcadas pela diversidade.

Segundo o autor, a Constituição Federal de 1988 é um dos exemplos em que suas normas são marcadas pela diversidade de tratamento aos diferentes grupos sociais, o que inevitavelmente gera maior complexidade na interpretação das leis uniformes sustentadas em o “Espírito das Leis”.

Com o surgimento de novas leis especiais que visam garantir a determinados grupos sociais a igualdade prometida pelo Estado, verifica-se constante desconstrução e reformulação do direito posto, o que leva ao aumento da complexidade do conjunto normativo. Ao julgar demandas envolvendo essas normas, o Judiciário realiza diversas interferências sobre o direito posto sem que isso possa ser caracterizado como violação à separação dos poderes.

O autor entende que os poderes do Estado vão construindo o desenho da separação dos poderes a cada norma e decisão judicial criada e assim não ficam imunes aos embates criados pelo movimento social. Conclui, portanto, que não é possível afirmar que a atuação ativa do Judiciário em diversas questões viole um modelo ideal de separação dos poderes, cuja função seria exclusiva a de se manifestar de maneira clara sobre supostas leis simples de um Estado.

Por sua vez, Araújo (2011) entende que a judicialização da política representa um “trilema” democrático, uma vez que o avanço do Judiciário no controle e na instituição das normas pode ser encarado sob três perspectivas. A primeira como ameaça à representação legislativa e marcado pela arbitrariedade. A segunda que afirma a necessidade de fortalecimento do Legislativo para se afirmar como único representante das demandas sociais. Por fim, a terceira alternativa, a qual é adotada pela autora e por este trabalho, é a de que seria um novo canal de comunicação entre Estado e sociedade, deixando que os três poderes sejam destinatários de forma complementar da vontade popular.

Feitas essas considerações, cumpre ressaltar que não será abordada exaustivamente a problemática referente à separação de poderes na atuação judicial ao longo do trabalho, uma vez que o presente estudo visa identificar como a atuação do Poder Judiciário é capaz de assegurar o cumprimento dos direitos sociais assegurados constitucionalmente como parte fundamental ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, assume-se a posição que compreende a judicialização dos direitos sociais como uma das formas que os indivíduos encontraram para manifestar suas exigências perante o Estado tal como formulado por Araújo. Em que pese o Judiciário não seja o Poder do Estado com maiores aberturas de comunicação com a população, verifica-se que a exigência constante de realização de direitos sociais serve como medida de pressão social perante os demais poderes para que se atinja a justiça social na distribuição de bens e serviços essenciais à manutenção da vida digna.

As mudanças periódicas das leis do Estado obrigam os juízes a interpretar as leis além da mera literalidade do texto. Assim, a interpretação da separação dos poderes que engessa a atuação do poder judiciário, impede a realização da igualdade material entre as partes, uma vez que haverá tratamento idêntico àqueles que se encontram em posições sociais completamente opostas.

Nesse sentido, Araújo (2011) entende a judicialização como movimento de deságue de pretensões sociais que não são respaldadas pelos outros poderes e que, eventualmente, podem ser acolhidas pelo Judiciário a depender de sua cultura, estrutura e composição.

A distinção realizada pela autora entre juridificação das relações sociais e judicialização da política é relevante para entender a importância desse último fenômeno na dinâmica do Estado Democrático de Direito. A autora afirma que a juridificação decorre do Estado do Bem-Estar Social em que a regulação estatal da vida social é extremamente aumentada e realizada pelo Poder Executivo. Nesse caso, revela-se um processo que se inicia pelo Estado e que se utiliza o direito para regular as relações sociais, cujo destinatário final será a própria sociedade.

Por sua vez, a judicialização da política é um processo que surge da própria sociedade e não do Estado ao acionar o sistema jurídico para obter resultados políticos. Não se trata, portanto, do Executivo realizando políticas públicas intensamente como ocorria no Estado-Providência. É a manifestação de juízes para que as políticas públicas sejam implementadas na omissão dos outros dois Poderes.

A autora afirma que as duas formas comumente aceitas de comunicação social entre o indivíduo e o Estado seriam o monismo representativo e o monismo identitário. O primeiro

estaria representado pelas eleições (voto) e no instituto da representação, enquanto o segundo busca estabelecer a identidade entre Povo e Estado por aclamação, ou seja, unidade política analisada pela manifestação plebiscitária da vontade popular.

Entretanto, nenhuma das duas formas de comunicação é capaz de suprir a falta de comunicação entre o Estado e a população. Assim, seria necessário estabelecer uma soberania complexa acoplada a um pluralismo representativo, ou seja, o voto e plebiscitos são somente alguns dos fatores pelos quais o cidadão poderá exercer seu direito de expressão política. Dessa forma, no pluralismo político, serão legítimas as vontades expressas, entre outros, por movimentos sociais e associações de bairro.

Dentre as instituições públicas que estariam abertas ao canal de representação, o Poder Judiciário teria a função de ser um remédio à precariedade da democratização da esfera pública. (ARAÚJO, 2011)

Assim, vem ganhando destaque a atuação do Poder Judiciário em litígios que envolvem questões sociais, políticas e econômicas. Houve uma transformação da cultura e tradição do Judiciário pela qual se entende plenamente possível que juízes possam atuar em causas que afetem toda uma coletividade especialmente na implementação de direitos sociais.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 representou um importante marco de mudança no papel do Poder Judiciário brasileiro. Até seu advento, o Judiciário encontrava-se alheio às questões sociais, políticas e econômicas do Brasil, uma vez que sua competência estaria restrita à solução de questões patrimoniais ou criminais. Assim, o Poder Judiciário apresentava apenas a função de seguir os Poderes Legislativo e Executivo naquilo em que houvessem se manifestado, estando impossibilitado de se ater às questões sócio-econômicas da população. (ESCRIVÃO FILHO, 2010)

Ademais, cumpre ressaltar que as alterações trazidas pela Constituição Federal não ocorreram apenas no Poder Judiciário, mas em todo o sistema de justiça. Nesse sentido, as representações funcionais, tais como a Defensoria Pública e o Ministério Público, assumiram a tutela de diversos direitos, tais como o social, ambiental, envolvendo a posse de terra, dentre outros. (MOTTA, 2011, p. 57).

Motta (2011, p.58), ao dialogar com Paul Hirst, esclarece que as instituições do Direito passaram a representar um importante canal de representação entre a sociedade e o Estado. Vale ressaltar que em nenhum momento houve substituição do sistema representativo, uma vez que se garante a convivência entre a cidadania política e a jurídica. É importante destacar que o autor entende que a atuação conjunta de órgãos do sistema de justiça na implementação de políticas públicas tem a função de multiplicar os corpos representativos,

seja por meio da atuação de formas corporativas de interesse social ou pelas instituições representativas do próprio Estado.

O autor afirma que existe uma acentuada interação entre a população e esses órgãos de representação funcional especialmente no tocante à implementação dos direitos humanos, consumidor e ambiental. Nesse sentido, as classes e grupos sociais dominados têm acesso ao aparato estatal ao se valer de alguns canais institucionais que internalizam a demanda daquela população pelo viés legal.

Em que pese a crise de representação política vivenciada e o risco da defesa de interesses da classe dominante, os órgãos do sistema de justiça e, no caso mencionado pelo autor, aqueles de representação funcional, atuam como meio de ampliação de direitos e da cidadania.

Por outro lado, é importante ressaltar que o aumento na concessão de direitos sociais e de demandas pela aplicação de políticas públicas pelo poder Judiciário não acompanha o nível de acesso à justiça de toda a população. Segundo Sadek (2008), o acesso à justiça estatal para os menos favorecidos é extremamente difícil. Assim, verifica-se um caráter elitista e uma consequente demanda reprimida ao Judiciário. Segundo a autora, a causa para a ambiguidade no aumento do número de processos judiciais e o baixo acesso para as classes menos favorecidas tem como uma das causas a desigualdade social.

Aqueles que estão excluídos dos benefícios econômicos também o estão das conquistas de direitos e bens sociais, educacionais, políticos e culturais. Assim, o conhecimento sobre os direitos e os mecanismos adequados para reclamá-los é exclusivo daqueles que possuem maior renda. Além disso, é acrescentada à desigualdade social, a percepção negativa do Poder Judiciário, o que afasta grande parte da população na busca pela efetivação dos direitos sociais.

3.2 A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Mota (2011) destaca que a atuação do Poder Judiciário na materialização de direitos sociais é entendida por alguns autores como um problema orçamentário, uma vez que o custo para garantir esses direitos a todos seria elevado e inviável ao Estado. Entretanto, o Estado Democrático de Direito corresponderia à tentativa de superação dos problemas enfrentados pelo Estado de bem-estar social, uma vez que buscaria legitimar as decisões dos juízes por meio da participação popular. Dessa forma, os autores e destinatários do provimento

jurisdicional teriam papel relevante na garantia dos direitos sociais assegurados constitucionalmente.

Santana (2011) compreende a concessão de direitos sociais mediante interferência em políticas públicas como um problema ao orçamento público, uma vez que a disponibilização da prestação não se trata exclusivamente de um mandamento ou uma declaração, mas de uma obrigação ao Estado que deverá priorizar despesas para o cumprimento da ordem judicial. Se a interferência judicial ignorar as decisões políticas concretas haverá conflitos entre o Poder Judiciário e os poderes políticos.

Entretanto, conforme se verificará pelos argumentos expostos abaixo, a discussão envolvendo os impactos orçamentários não pode ser utilizada como forma de mitigar a realização desses direitos, simplesmente pela alegação, muitas vezes sem provas, de que a concessão desses direitos a um número cada vez maior de pessoas levará à “falência” do Estado.

Sobre o problema dos custos dos direitos sociais, Cunha (2013) estabelece que o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos implica na impossibilidade de tratar como institutos jurídicos distintos os direitos civis e políticos dos direitos sociais. Sustenta que é falsa a noção de que os direitos de defesa não apresentam custos nenhum ao Estado, uma vez que se materializariam pela simples abstenção da atuação estatal. Para a garantia desses direitos é necessário que o Estado atue positivamente na garantia da realização da liberdade individual.

Para se assegurar o direito à segurança, por exemplo, não basta a abstenção do Estado para sua realização, uma vez que proteção aos bens jurídicos físicos e patrimoniais dos indivíduos dependerá da criação de um aparato de segurança pela compra de diversos aparelhos e contratação de pessoal em larga escala.

Portanto, o autor conclui, com base na teoria formulada por Stephen Holmes e Cass Sustein, que todos os direitos têm custos, uma vez que necessitam constantemente de mecanismos para sua concretização e proteção. Assim, o autor sustenta que não é possível afirmar que os direitos sociais e econômicos não são realizáveis, uma vez que dependem de prévia disponibilidade orçamentária. A implementação ou não desses direitos passa a ser, dessa forma, escolha do Estado e não impossibilidade por razões orçamentárias.

A questão envolvendo os custos dos direitos traz à discussão o alcance do princípio da reserva do possível nas decisões judiciais envolvendo a efetivação de um direito social. Sarlet (2012) argumenta que o Estado apresenta capacidade limitada para assegurar o cumprimento de prestações de caráter social à população.

Diante da limitação fática na implementação desses direitos, surge a sustentação de que esses direitos não poderiam ser assegurados em observância à reserva do possível. Esta pode ser percebida em três dimensões distintas, quais sejam, a disponibilidade fática, a possibilidade jurídica dos recursos e a proporcionalidade na prestação eventualmente considerada a um titular de direitos sociais.

Contudo, Sarlet (2013) sustenta que a reserva do possível não é elemento fundamental dos direitos fundamentais. Para a efetivação dos direitos sociais na via judicial, argumenta que a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial devem ser utilizados como parâmetros para determinar a alocação dos recursos estatais. Ademais, o princípio da igualdade na distribuição das riquezas não deve ser manipulado como forma de suplantar a dignidade da pessoa humana no caso concreto que, por muitas vezes, pode depender da realização de determinado direito social judicialmente.

O direito de ação, ainda que individual, demonstra-se como um importante instrumento de manifestação da cidadania e controle dos atos estatais. Além disso, tendo em vista que a problemática da eficácia dos direitos sociais, já abordada neste trabalho, é maior em países com menor disponibilidade de recursos, é necessário que haja participação social maior na gestão do orçamento público. É dever de todos os órgãos estatais, independentemente do poder a que está vinculado, minimizar os efeitos da reserva do possível.

Conclui-se, portanto, que o autor sustenta que a reserva do possível é uma importante baliza nas ações do Estado, mas que é utilizada, diversas vezes, como instrumento de impedir a intervenção judicial e como desculpa pela omissão estatal.

Por sua vez, Cunha (2013) afirma que um dos principais argumentos contrários à eficácia dos direitos sociais é a aplicação do princípio da reserva do possível. Em que pese a limitação fática seja verdade, não pode ser utilizada como forma de negar a vigência dos direitos sociais. O autor utiliza o exemplo de que não é possível admitir que uma norma que proíba o homicídio não tenha validade simplesmente pelo fato de que a realidade é marcada por constantes atos de violência.

A reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para que a realidade se mantenha como está, ou seja, não é possível alegar a ausência de recursos para que não se tome nenhuma medida em reverter a situação de desigualdades encontradas em diversos Estados, em especial aqueles acometidos pelas maiores injustiças.

Mota (2011, p. 20) afirma que é necessário manter uma série de necessidades básicas e intermediárias da população para que se possa falar em realização de justiça e

implementação do Estado Democrático de Direito. Ressalta que para essa consecução não basta assegurar o mínimo para a sobrevivência do indivíduo, mas também são necessárias diversas medidas que garantam a autonomia individual, a habilidade cognitiva, saúde física e mental das pessoas, dentre outras. Com isso, a judicialização da política teria o papel de garantir que esses valores e necessidade possam ser satisfeitos e reconhecidos como direitos a serem incorporados no exercício da cidadania.

Por fim, Barreto (2011) afirma que o princípio da reserva do possível revela-se um argumento falacioso e decorrente do modelo neoliberal, uma vez que diferencia os direitos civis e políticos dos direitos sociais pelo fato de somente o segundo apresentar custos de implementação. No mesmo sentido do apresentado acima, o autor sustenta que todos os direitos fundamentais exigem custos para sua implementação em maior ou menor medida.

Sustenta, ainda, que esse princípio impõe que o judiciário (sistema jurídico) somente possa solucionar conflitos em situação de igualdade absoluta (não impacte na distribuição uniforme de bens e serviços), o que inviabiliza o reconhecimento das desigualdades presentes na sociedade e na conseqüente necessidade de se dar tratamento privilegiado a determinado grupo de pessoas vulneráveis.

Apresentados os argumentos acima, é possível concluir que, apesar da limitação fática do Estado ser uma realidade, a reserva do possível não poderá ser utilizada como argumento único para inviabilizar a concessão de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal, uma vez que o impedimento do acesso aos indivíduos às prestações de caráter sociais revela nítido retrocesso ao prestigiar a manutenção do status quo de exploração social. O Judiciário serve, portanto, como meio de comunicação/acesso do indivíduo ao Estado para assegurar a realização da justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Para se compreender a importância da implementação do direito à saúde, enquanto direito subjetivo de titularidade individual como os demais direitos sociais, é necessário que se entenda aquilo que a doutrina estabelece como conceito de saúde. Dallari (1988) afirma que o termo era empregado como sinônimo de ausência de doenças. Entretanto, a influência que o meio ambiente se manifestava em relação ao homem e a experiência trazida pela II Guerra Mundial revelaram que esse conceito de saúde era insuficiente.

Nesse sentido, o preâmbulo da Constituição da OMS de 1946 apresentou novo conceito de saúde: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. A autora aponta que essa etapa garantiu o reconhecimento da necessidade de equilíbrio interno do ser humano e sua relação com o meio ambiente.

Por fim, cumpre destacar que Castro (2012) salienta a existência de um terceiro conceito que estabelece a saúde como meio para a realização dos indivíduos na vida. Assim, ela é tomada como um elemento da qualidade de vida da pessoa e é extremamente necessária ao desenvolvimento humano.

O direito à saúde integra o rol de direitos fundamentais sociais dispostos no art. 6º da Constituição Federal de 1988: “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, na forma desta Constituição”.

Cumpre destacar, portanto, que todas as questões envolvendo as características, eficácia e titularidade dos direitos sociais abordadas no primeiro capítulo desse estudo serão aplicadas ao direito à saúde.

A normatização constitucional desse direito fundamental não fica restrita apenas à sua menção no rol de direitos sociais, mas é marcada pela criação de disciplina jurídica específica presente nos art. 196 a 200 da Carta Maior brasileira.

Barroso (2013) afirma que a redemocratização brasileira após o golpe militar foi responsável por incitar o debate sobre a universalização do acesso aos serviços públicos de saúde que culminou com a edição do art. 196 da Constituição de 1988: “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.”

Para a efetivação do princípio da universalidade preconizado pelo supramencionado art. 196 da CF/88, foi criado o SUS – Sistema Único de Saúde, que é conceituado por Castro (2012) como o sistema apto a desenvolver ações e serviços de relevância pública que garanta a promoção, proteção e recuperação da saúde. Sua organização possui a característica do atendimento integral ao paciente desde os tratamentos mais simples até a realização de exames e cirurgias mais dispendiosas.

A judicialização do direito à saúde surge, portanto, no contexto em que é necessário assegurar às pessoas indistintamente o acesso aos serviços básicos de saúde em respeito ao princípio da universalização preconizado pela Constituição Federal de 1988. Ademais, cumpre destacar que esse processo de busca do judiciário para resolver questões de saúde

pública não apresenta impactos apenas na concessão de medicamentos, mas em todos os serviços necessários para se garantir a qualidade de vida das pessoas, tais como tratamentos médicos, fornecimento de equipamentos e realização de exames.

Castro (2012, p. 205) cita diversos fatores responsáveis pelo aumento da judicialização em que questões de saúde pública e o impacto no discurso jurídico brasileiro:

O grande foco de atenção sobre as ações que demandam medicamentos reflete muitos fatores: a crescente medicalização da sociedade. As inovações tecnológicas no setor farmacêutico. A maior facilidade de acesso ao Judiciário; a crescente conscientização dos direitos pelos cidadãos; a atuação da Defensoria Pública e da Promotoria na implementação dos direitos sociais com a conscientização da responsabilidade social dessas instituições.

A autora sustenta que a grande questão envolvendo a judicialização de medicamentos diz respeito aos gastos públicos para a satisfação desses direitos pleiteados em juízo. Sobre o assunto, Acca (2013, p. 98) menciona relatório elaborado pela Advocacia Geral da União que demonstra o aumento dos gastos do governo federal com saúde pública entre os anos 2005 e 2012. Segundo o autor, o governo federal tinha gastos com a aquisição de medicamentos, equipamentos e demais insumos no montante de 2,5 milhões de reais. Entretanto, esse valor saltou em 2012 para o valor de 290 milhões de reais, o que corresponderia a mais de 11.500% de aumento em um período de 8 anos.

A apresentação desses dados pelo autor é realizada como forma de justificar que, “mais cedo mais tarde” o modelo de concessão individual de demandas judiciais por medicamentos resultaria em um colapso do sistema que, diante da indisponibilidade de recursos, deixaria de realizar a correta redistribuição dos bens e serviços.

No entanto, é válido destacar que Castro (2012) salienta que o aumento no gasto total com medicamentos pelo governo é tendência mundial. Em que pese a autora não aborde, de maneira específica, os gastos decorrentes das decisões judiciais, revela que a política nacional de medicamentos iniciada em 1998, foi responsável por fomentar a garantia do acesso dos medicamentos à população menos favorecida.

Por outro lado, ressalta que a indústria farmacêutica também influenciou o aumento da concessão de medicamentos, seja pela via judicial ou não, em todo o mundo. Esse fator ocorreu, especialmente, em razão do uso violento de meios publicitários e de marketing e da representação comercial em consultórios médicos.

No tocante à aplicação do princípio da reserva do possível na área da saúde, Castro (2012) sustenta que a limitação orçamentária do Estado não deve ser utilizada como argumento para que o mínimo existencial não venha a ser garantido ao indivíduo no tocante à

saúde pública. Argumenta no sentido de que o conceito foi apropriado de forma incorreta do direito alemão, uma vez que naquele Estado, foi empregado para fundamentar a não efetivação de um direito que nada se relaciona com o mínimo vital.

Ademais, o Brasil apresenta características totalmente distintas da Alemanha, uma vez que diversas necessidades básicas da população não foram atendidas e a aceitação do argumento da reserva do possível apenas acentua os problemas vivenciados no país. O direito à saúde deve ser implementado independentemente de qualquer lei que venha regulamentar norma constitucional ou previsão orçamentária.

Segundo a autora, a argumentação de escassez de recursos, tais como a ausência de medicamentos e demais insumos, não pode ser utilizado como limite à concretização do direito à saúde. O poder público, ao se valer dos argumentos de que não tem recursos e orçamento para prover determinado serviço público de saúde, desvia o foco real da questão que é a ausência de políticas públicas de saúde.

Sobre o assunto, Rodriguez (2014) sustenta que a judicialização das políticas públicas de saúde foi fundamental para que a população mais vulnerável tivesse acesso a determinados medicamentos. Em que pese o autor concorde com a alegação de que o privilégio de casos individuais sobre os coletivos possa atrapalhar o desenvolvimento do sistema de saúde, argumenta que foram essas demandas judiciais que mobilizaram as autoridades a tomarem providências na implementação de políticas de saúde tais como a do combate à HIV.

Ao analisar pesquisas realizadas sobre o acesso aos serviços de saúde pela população, verificou-se que a maior parte das demandas exigem medicamentos já autorizados pelo SUS e que, portanto, a ameaça dos medicamentos e tratamentos com eficácia duvidosa não representam ameaça ao sistema de saúde,

Com a ausência de protagonismo do Legislativo e Executivo na solução de questões atinentes às políticas públicas de saúde, a sociedade civil inconformada reagiu buscando o reconhecimento e efetividade de seus direitos perante o Judiciário.

Conclui-se, portanto, que a judicialização da saúde revela-se como importante papel transformador da sociedade na medida em que impulsiona a movimentação dos demais poderes na elaboração de políticas públicas de saúde e assegura o cumprimento de direitos sociais fundamentais, em especial à camada social mais necessitada.

4 A EFETIVIDADE DA COMISSÃO DE ANÁLISE DE SOLICITAÇÕES ESPECIAIS DE RIBEIRÃO PRETO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

4.1 A COMISSÃO DE ANÁLISE DE SOLICITAÇÕES ESPECIAIS

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, a judicialização das políticas públicas é um instrumento fundamental na efetivação do Estado Democrático e Social de Direito. O acesso à justiça tornou-se importante ferramenta da população na efetivação de direitos sociais. Especialmente no tocante ao direito à saúde, cumpre ressaltar que os argumentos dos custos dos direitos e da reserva do possível não podem ser utilizados como forma de inviabilizar a universalização no acesso de bens e serviços de saúde assegurada pela Constituição Federal.

No entanto, é necessário ponderar que a necessidade de maximização do direito à saúde não é sinônima da concessão de medicamentos, tratamentos e equipamentos médicos a qualquer pessoa sem que seja observado nenhum critério. Nesse sentido, verificou-se a existência de uma seletividade perversa no acesso aos bens e serviços de saúde. As pessoas que se encontram em posição de maior vulnerabilidade social têm menor acesso a esses bens do que aqueles com maior renda e condições para adquiri-los (CHIEFFI; BARATA, 2009).

Demonstrou-se que, ao se tratar de pessoa hipossuficiente, os argumentos da reserva do possível, limitação orçamentária e dos custos da implementação de direitos sociais são trazidos nas decisões judiciais para negar determinado direito. Por sua vez, esses argumentos não são utilizados quando a parte que exige determinado medicamento apresenta maiores privilégios sociais e econômicos.

Ademais, é importante ressaltar que diversas ações são ingressadas na justiça como forma de atender aos interesses exclusivos da indústria farmacêutica. Dessa forma, são prescritos medicamentos que não estão inseridos na lista fornecida pelo SUS (Sistema Único de Saúde) com a única função de exigir que o Estado venha a adquirir referido fármaco. Além disso, com o fornecimento constante visam à inclusão na lista dos medicamentos disponibilizados pelo SUS para que aumentem seu lucro.

Nesse sentido, Castro (2012) afirma que o médico prescritor tornou-se peça fundamental na divulgação do medicamento, além das campanhas manipuladoras e agressivas dessas indústrias ao tentar demonstrar a eficiência superior de seus produtos em relação aos concorrentes.

A Comissão de Análise de Solicitações Especiais surge de forma pioneira no cenário acima descrito como uma tentativa de racionalização do processo judicial de forma a evitar os abusos cometidos e possíveis fraudes na exigência de determinado medicamento sem comprovação de sua real efetividade em relação à doença informada.

Nesse ponto, é válido destacar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, a qual sugere aos Tribunais a criação de medidas que auxiliem os magistrados e demais operadores do direito a tomar medidas mais eficientes nas demandas envolvendo direito à saúde. Uma das medidas possíveis e recomendadas aos tribunais consiste na celebração de convênio com comissão técnica que auxilie o magistrado nas questões clínicas envolvendo o pedido elaborado pelas partes. É o que estabelece o item I, “a”, da Recomendação nº 31 do CNJ:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

Ademais, a supramencionada Recomendação determina que os magistrados tomem diversas outras medidas que evitem a constatação das fraudes mencionadas acima, tais como evitar a concessão de medicamentos que ainda não estão registrados na ANVISA ou que se encontram em fase experimental. Seria, portanto, uma forma de se evitar o abuso das empresas farmacêuticas na concessão judicial de medicamentos e tratamentos médicos.

Com escopo similar à recomendação acima apresentada, a pioneira Comissão de Solicitações de Análise Especiais surgiu em Ribeirão Preto no ano de 2002 como forma de auxiliar o Ministério Público do Estado de São Paulo em Ribeirão Preto na avaliação dos medicamentos e equipamentos médicos que não eram padronizados pelo SUS e apresentam elevado valor financeiro. (CASTRO; CASTRO, 2004).

Note-se que o intuito da criação do órgão junto ao Ministério Público Estadual era o de evitar o ajuizamento de ações de obrigação de fazer cujo objeto envolvesse medicamentos ou equipamentos cuja eficácia fosse duvidosa e implicasse em gastos desnecessários ao poder público.

Cumprido ressaltar que em momento posterior a sua criação, a Comissão passou a analisar todas as ações envolvendo a concessão de bens e serviços de saúde, não se limitando à atuação nos processos do Ministério Público Estadual (CASTRO; CASTRO, 2004).

De acordo com Gandini, Barione e Souza (2008), a Comissão de Análise de Solicitações Especiais trata-se de uma comissão multidisciplinar, a qual o Judiciário requisita informações para viabilizar a concessão de liminares nas ações envolvendo medicamentos e equipamentos médicos. Nesse sentido, os membros de referida comissão são “médicos, farmacêuticos e nutricionistas e alberga profissionais das secretarias estadual e municipal de saúde e do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), *campus* Ribeirão Preto”.

Os autores afirmam ainda que a consulta à Comissão é realizada pelo preenchimento de formulário padrão pelo paciente ou pelo médico prescritor a fim de dar subsídios à elaboração dos pareceres.

Portanto, as instituições envolvidas no funcionamento da Comissão compreendem o Poder Judiciário da 1ª e 2ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, o Ministério Público do Estado de São Paulo, Departamento Regional de Saúde de Ribeirão Preto (DRS XIII), a Secretaria Municipal de Saúde de Ribeirão Preto e o HC da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – USP (PRÊMIO MARIO COVAS, 2009). No tocante ao principal objetivo da Comissão, é válido esclarecer que se trata da emissão de:

(...) parecer técnico nos pedidos de ações judiciais enviados pelo Ministério Público Estadual e Poder Judiciário de Ribeirão Preto com a finalidade de fornecer subsídios técnicos para a avaliação do poder judiciário. (PRÊMIO MARIO COVAS, 2009)

Assim, diversos pedidos em ações envolvendo a concessão de medicamentos, tratamentos e equipamentos médicos são encaminhados à Comissão de Análise de Solicitações Especiais pelo juízo das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto para parecer técnico que permita ao juiz tomar posteriormente as medidas liminares cabíveis. Assim, antes da citação das fazendas municipal e estadual e do julgamento do pedido de antecipação de tutela, a Comissão avaliará a pertinência clínica dos insumos requeridos.

Dessa forma, o presente estudo visa à análise dos pareceres da Comissão de Análise de Solicitações Especiais e das decisões judiciais referentes aos processos ajuizados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo nos quais a Comissão se manifestou.

4.2 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Antes da análise dos resultados obtidos na pesquisa, foi necessário traçar um procedimento metodológico a ser cumprido. Iniciou-se com a tentativa de se pesquisar no âmbito da própria Comissão de Análise de Solicitações Especiais. Nesse sentido, entrou-se

em contrato com o Departamento Regional de Saúde de Ribeirão Preto (DRS XIII), vinculado ao governo estadual, para solicitar informações acerca do funcionamento da Comissão e da viabilidade da pesquisa.

Entretanto, foi transmitida a informação de que, atualmente, a Comissão funciona exclusivamente no âmbito da Secretária Municipal de Saúde (SMS) de Ribeirão Preto. Em contato com o órgão municipal, confirmou-se a atuação da Comissão no âmbito da SMS e que seria encaminhado *e-mail* com as exigências para a realização de pesquisa. Verificou-se que eram muitas as etapas para a pesquisa na Secretária Municipal de Saúde.

Tendo em vista que a motivação da pesquisa consistiu na verificação da efetividade do acesso judicial à saúde pelos mais vulneráveis, optou-se pela busca dos dados na Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto. Isto porque, o único órgão público que é responsável pela tutela judicial e extrajudicial dos mais necessitados é a Defensoria Pública nos termos do art. 134, CF/88:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A coleta de dados da pesquisa na DPE-SP permitiria a verificação da efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais nas ações envolvendo o acesso à justiça das pessoas mais vulneráveis aos bens e serviços de saúde. A pesquisa é dirigida, portanto, à unidade regional desse órgão em Ribeirão Preto que apresentou a demanda em relação à Comissão de Análise de Solicitações Especiais.

Após a mudança no procedimento metodológico, a pesquisa foi direcionada à Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto para realizar a análise da efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais a partir das ações de medicamentos e tratamentos médicos ajuizadas por esse órgão.

Dessa forma, requereu-se autorização dos defensores públicos que atuam na área cível para a análise dos procedimentos administrativos (PAs) mantidos pela Defensoria em matéria de saúde. Esses procedimentos correspondem ao conjunto de informações armazenado por esses defensores públicos com o intuito de acompanhar o desenvolvido processual e demais medidas extrajudiciais relativas aos assistidos.

Se for ajuizada ação, cada procedimento diz respeito a um determinado processo cujo autor ou réu é assistido pela Defensoria Pública. No presente caso, o procedimento administrativo corresponde às informações de determinado ação ajuizada e acompanhada pela Defensoria Pública referente à demanda por medicamentos e tratamentos médicos que estão sujeitas a parecer da Comissão.

Os defensores foram informados de que seriam recolhidas apenas as informações relativas aos pareceres emitidos pela Comissão, as decisões liminares em antecipação de tutela e as sentenças proferidas em 1ª instância desses processos. Ressaltou-se que não seriam utilizados os dados pessoais dos assistidos em nenhum momento da pesquisa.

No total, foram identificados oito defensores públicos que atuam nessa área. Destaca-se que todos concordaram com a realização da pesquisa e permitiram o acesso aos procedimentos administrativos para a coleta dos dados.

Tendo em vista o grande volume de procedimentos da Defensoria Pública nas demandas de medicamentos e tratamentos médicos, delimitou-se a pesquisa à análise exclusiva daqueles que estavam mantidos no “arquivo vivo” de cada defensor público. É válido esclarecer que esse arquivo corresponde aos procedimentos administrativos, os quais os defensores públicos afirmam haver a possibilidade de movimentação no processo judicial correspondente.

Foi obtida a informação de que os defensores públicos que atuam na vara da Infância, de Juventude e do Idoso também ingressam com demandas de medicamentos e tratamentos. Contudo, considerando que a maior parte dos processos envolvendo crianças e adolescentes tramitam em segredo de justiça, a pesquisa restringiu-se apenas aos defensores da área cível.

Com o início da coleta dos dados, foi possível identificar diversas demandas relacionadas à área da saúde. Entretanto, foram selecionados os procedimentos administrativos relacionados às ações de obrigação de fazer propostas contra as fazendas públicas estadual e municipal. Assim, foram retirados da análise os processos direcionados ao setor privado de saúde, tais como planos de saúde suplementar.

Ademais, excluiu-se as demandas de internação compulsória, uma vez que, em princípio, não são encaminhados à Comissão de Análise de Solicitações Especiais para parecer. Notou-se, ainda, que alguns pedidos de tratamentos médicos eram direcionados para parecer do SAD – Serviço de Atendimento Domiciliar da Secretaria Municipal de Saúde de Ribeirão Preto, especialmente aqueles relacionados aos pedidos de tratamento de oxigenoterapia hiperbárica.

Dessa forma, foram analisados apenas os processos cuja matéria podia ser encaminhada à Comissão para expedição de parecer. Nesse ponto, é válido destacar as dificuldades encontradas na coleta dos dados.

Inicialmente, verificou-se que os procedimentos administrativos não apresentam a cópia integral do processo judicial correspondente, uma vez que necessitam armazenar apenas a cópia das peças processuais que são de interesse da Defensoria na tutela judicial dos direitos à saúde dos assistidos. Algumas informações necessárias à pesquisa foram alcançadas por meio de busca no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dos processos constantes em referidos procedimentos.

Nesse sentido, utilizando o sistema de buscas do *e-saj* do TJ-SP¹ foi possível analisar o conteúdo das liminares e sentenças que já estavam registradas no portal, bem com as datas de realização dos atos processuais. Ressalta-se, todavia, que decisões mais antigas não constam do serviço eletrônico de pesquisa processual.

Além disso, referido sistema não mantém o conteúdo dos documentos juntados aos processos tais como os pareceres da Comissão que somente puderam ser localizados nos PAs da Defensoria Pública.

Finalizada a etapa de coleta de material, organizou-se um banco de dados contendo as principais variáveis para a pesquisa quantitativa a ser realizada, quais sejam: a doença informada, o medicamento/tratamento médico solicitado, a data de ajuizamento da ação, a data do pedido de requisição de informações à Comissão de Análise de Solicitações Especiais, a manifestação favorável/desfavorável do parecer; a data do parecer; a medida liminar concessiva/não concessiva; a data da Medida liminar; a sentença procedente ou improcedente e; a data da sentença.

Dos processos encontrados, foram selecionados somente aqueles em que foi possível identificar o resultado do parecer – favorável ou desfavorável. Nesse sentido, é válido ressaltar que alguns processos não são encaminhados à Comissão para parecer. Pela metodologia adotada, não era possível analisar aqueles que não foram encaminhados ao órgão técnico, uma vez que seria necessária a consulta aos autos completos de todos os processos de saúde da DPE-SP – RP para se verificar se em algum momento o juiz determinou o envio à Comissão.

Em alguns casos que passaram pelo crivo da Comissão, não foi possível ter acesso ao conteúdo dos pareceres. No entanto, foram utilizados alguns critérios para incluí-los na

¹ O acesso ao portal *e-saj* pode ser realizado pelo link: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/open.do>.

amostra da pesquisa. No caso, se a liminar ou sentença judicial indicassem o resultado do parecer – favorável ou desfavorável – eram incluídos na amostra da pesquisa. Trata-se, portanto, de fonte indireta de informações que nos permitiu aferir o resultado da avaliação realizada pela Comissão sem ter acesso ao conteúdo do parecer propriamente dito.

Salienta-se que esse resultado foi alcançado pela análise das expressões utilizadas pelos juízes nas liminares. Quando os juízes das Varas da Fazenda Pública de Ribeirão Preto iniciavam a apreciação da liminar com a expressão “Diante do parecer” e concediam ou negavam antecipação da tutela, pode-se analisar que a decisão seguia o entendimento do parecer e, por isso, chegávamos ao resultado desse parecer.

Além disso, quando era utilizada nas liminares a expressão “Em que pese o teor do parecer”, verificou-se que os juízes estavam discordando do resultado dado ao parecer, o que mais uma vez assegurou a possibilidade de descobrirmos se a Comissão era ou não favorável à concessão do pedido.

Cumprido destacar que há processos em que apenas parte dos pedidos são encaminhados à comissão. A liminar concessiva sem o exame prévio da Comissão foi desconsiderada na seleção da amostra do trabalho.

Assim, a amostra selecionada para a análise corresponde ao total de 198 processos judiciais cuja parte autora é assistida pela DPE-SP – Ribeirão Preto e que foram encaminhados, antes do julgamento do pedido de antecipação de tutela, pelo Poder Judiciário da 1ª e 2ª Varas da Fazenda Pública de Ribeirão Preto à Comissão de Análise de Solicitações Especiais para parecer quanto à viabilidade técnica na concessão do medicamento, equipamento ou tratamento médico.

Por fim, salienta-se que o mecanismo de retorno dos dados ao órgão que os forneceu (DPE-SP) foi realizado no modo de seminário, pelo qual foram apresentados os dados da pesquisa aos defensores públicos presentes e aos demais participantes. Logo em seguida, abriu-se para debate e as informações e impressões fornecidas pelos presentes, em especial pelos Defensores, colaboraram intensamente com os resultados do trabalho, os quais serão analisados em sequência.

4.3 RESULTADOS

4.3.1 Quantidade e Frequência dos pedidos recorrentes nos processos de saúde ajuizados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto

A partir da amostra da pesquisa, foi selecionada a variável referente aos medicamentos, equipamentos e tratamentos médicos requeridos nos processos analisados. Apontou-se a quantidade e frequência com que esses bens aparecem nos pedidos realizados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto.

Foram selecionados apenas aqueles que apareceram em número superior a três na amostra, em razão da grande variedade de pedidos. Notou-se que muitos medicamentos e tratamentos médicos foram requeridos apenas uma ou duas vezes, o que dificultaria a realização de qualquer estudo sobre eles.

Cumprir destacar que a variável foi obtida independentemente do processo vinculado ao respectivo pedido. Dessa forma, a quantidade de medicamentos e tratamentos médicos é superior ao número de processos da amostra, uma vez que, em alguns processos, foi requerido mais de um bem ou serviço de saúde.

A tabela abaixo traz a relação dos pedidos recorrentes – em número superior a três – com a indicação do nome do medicamento, equipamento ou tratamento médico, bem como da quantidade e frequência de cada um em relação à amostra da pesquisa:

Tabela 1 - Pedidos Recorrentes

Pedido	Quantidade	Frequência
Fraldas	48	24,2%
Cinacalcete	15	7,6%
CPAP	11	5,6%
Dieta padrão	9	4,5%
Quetiapina	7	3,5%
Insulina	6	3,0%
Aparelho de Amplificação Sonora	4	2,0%
Bevacizumab	4	2,0%
Cadeira de Rodas Motorizada	4	2,0%
Cadeira de Banho	3	1,5%
Divalproato de sódio	3	1,5%
Duloxetine	3	1,5%
Memantina	3	1,5%
Cirurgia	3	1,5%
Telaprevir	3	1,5%

Fonte: Autor, 2014

Com base na tabela acima, verifica-se que há um número expressivo de determinados bens exigidos como, por exemplo, fraldas (24,2%), Cinacalcete (7,6%) e aparelho CPAP (5,6%). Inicialmente, pondera-se que as percentagens apresentadas durante todo o trabalho

realizado foram aproximadas até a primeira casa decimal para facilitar a leitura dos valores apontados.

Esses dados servem como referência para demonstrar o cenário de pedidos da Defensoria Pública encaminhados ao Judiciário de Ribeirão Preto. Tendo em vista a grande frequência com a qual esses principais pedidos aparecem, verifica-se a demanda por políticas públicas que atendam essas necessidades.

Tendo em vista a recorrência de pedidos tais como as fraldas, surge o questionamento da necessidade de elaboração de pareceres pela Comissão de Análise de Solicitações Especiais. Ressalta-se que referida Comissão não analisa, via de regra, o caso concreto do paciente, mas tão somente as informações trazidas aos autos e o medicamento solicitado. Dessa forma, como meio de se evitar o prolongamento da concessão da medida liminar como será analisado posteriormente, verifica-se a possibilidade de que esses pedidos não necessitem de análise recorrente da Comissão.

No tocante ao pedido de fraldas, foram encontrados dois pareceres recentes emitidos pela Comissão (24 de abril e 12 de maio de 2014) que refletem novo modo decisório desse órgão e que podem ilustrar um dos argumentos principais do nosso trabalho: de que a Comissão, ao atuar em todos os casos ajuizados pela Defensoria Pública acabou se desviando da finalidade pela qual foi instituída.

Ambos os pareceres apresentam conteúdo idêntico e sustentam que a parte autora (paciente) poderá adquirir as fraldas descartáveis por meio do programa “Farmácia Popular”, que permite à pessoa maior de 60 anos comprar até o limite de 120 unidades de fraldas por mês pelo pagamento de um gasto médio mensal de R\$90,00 a R\$120,00.

Sobre o tema, é válido destacar que a Lei nº 10.858/2004 e o Decreto nº 5090/2004 compreendem a legislação responsável pela criação do programa “Farmácia Popular”. Esse programa do governo federal consiste na venda de medicamentos a preço de custo ao paciente de modo que o valor seja extremamente reduzido em relação ao custo de mercado. Estima-se que essa redução possa alcançar 90% do valor da mercadoria vendida nas demais farmácias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

A Portaria nº 971/2012, que dispõe sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil estabelece em seu art. 2º a distribuição de determinados medicamentos por redes próprias ou através de convênios com a rede privada de farmácias:

Art. 2º O PFPB consiste na disponibilização de medicamentos e/ou correlatos à população, pelo Ministério da Saúde (MS), pelos meios descritos abaixo:

I - a "Rede Própria", constituída por Farmácias Populares, em parceria com os Estados, Distrito Federal, Municípios e hospitais filantrópicos; e

II - o "Aqui Tem Farmácia Popular", constituído por meio de convênios com a rede privada de farmácias e drogarias.

Parágrafo único. O PFPB Aqui Tem Farmácia Popular tem por objetivo disponibilizar à população, por meio da rede privada de farmácias e drogarias, os medicamentos e correlatos previamente definidos pelo MS, nos termos do Anexo II desta Portaria.

Nesse sentido, de acordo com o anexo II da Portaria, as fraldas geriátricas integram o programa Farmácia Popular e poderão ser disponibilizados a preço de mercado à população pela rede própria ou pelo convênio privado. Ademais, o art. 26 de Referida Portaria estabelece os requisitos para a obtenção do produto:

Art. 26. Para a comercialização de Fralda Geriátrica no âmbito do PFPB, as farmácias e drogarias obrigatoriamente devem observar as seguintes condições:

I - disponibilizar Fraldas Geriátricas para Incontinência de produtores que cumpram os requisitos técnicos estabelecidos pela Portaria nº 1480/GM/MS, de 31 de dezembro de 1990, e RDC/ANVISA nº 10, de 21 de outubro de 1999;

II - para a dispensação de Fraldas Geriátricas para Incontinência, o paciente deverá ter idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos; e

III - apresentação, pelo paciente, de documento no qual conste seu número de CPF, e sua fotografia;

Art. 27. Para as Fraldas Geriátricas do PFPB, as prescrições, laudos ou atestados médicos terão validade de 120 (cento e vinte) dias a partir de sua emissão, podendo a retirada ocorrer a cada 10 dias, ficando limitado a 4 (quatro) unidades/dia de fralda.

Parágrafo único. As vendas posteriores ao período fixado no caput deste artigo devem necessariamente ser realizadas mediante a apresentação de nova prescrição/laudo/atestado médico.

Em que pese a redução do valor cobrado pelas farmácias na venda das fraldas geriátricas, é importante destacar que não poderá haver redução do abastecimento e fornecimento do produto pela rede pública de saúde. Nesse sentido, dispõe o art. 4º do Decreto nº 5090/2004: "O Programa "Farmácia Popular do Brasil" será executado sem prejuízo do abastecimento da rede pública nacional do Sistema Único de Saúde - SUS."

O programa do governo federal para a aquisição de medicamentos a preços baixos é extremamente relevante enquanto política pública de distribuição de medicamentos à

população mais vulnerável. Contudo, é importante destacar que parte da população encontra-se em condições de elevada hipossuficiência econômica, não tendo renda suficiente para a compra de produtos essenciais à sobrevivência.

Trata-se exatamente da hipótese enfrentada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, uma vez que os assistidos se encontram em condição de vulnerabilidade social e econômica e não podem adquirir as fraldas sem comprometer a renda familiar para a compra de produtos essenciais à sobrevivência como os alimentos e produtos de higiene básica.

Em razão de a Comissão de Análise de Solicitações Especiais não ter acesso às informações relativas às condições socioeconômicas da parte autora, não é possível exigir que o órgão verifique-se a falta de competência desse órgão na emissão de parecer determinando a compra de produtos pelo programa “Farmácia Popular”. Trata-se, portanto, verdadeira privação de acesso a um bem de saúde ao indivíduo que não terá condições de adquiri-lo de outra forma se não por meio do fornecimento gratuito pelo SUS.

Ressalta-se que a Constituição Federal assegurou o direito de todos ao acesso aos bens e serviços de saúde (art. 196). Além disso, como já afirmado anteriormente, o Decreto que regulamenta o programa “Farmácia Popular” não exclui a necessidade de fornecimento dos bens pelo SUS de forma gratuita. Os pareceres denegatórios da Comissão sem a análise das condições de hipossuficiência econômica ferem, portanto, o princípio da universalidade do acesso à saúde pública.

Considerando que o parecer da Comissão nos pedidos de fraldas se limita à análise de distribuição dos bens para se evitar fraudes e não a questões médicas propriamente ditas, é plenamente possível a dispensa do parecer nas demandas ajuizadas pela DPE-SP – Ribeirão Preto, uma vez que o critério da hipossuficiência econômica já foi comprovado pela análise socioeconômica realizada pela Defensoria antes do ajuizamento da ação.

Por se tratar de órgão do Estado, a declaração de hipossuficiência apresentada pela Defensoria Pública apresenta fé pública e, portanto, o parecer da Comissão torna-se inócuo ao fim a que se destina, qual seja, evitar o cometimento de fraudes ao tentar obter o produto de forma gratuita tendo plenas condições de adquiri-lo nas redes particulares ou mesmo pelo programa “Farmácia Popular”.

Outro caso que ficou evidente a falta de competência na atuação da Comissão diz respeito ao parecer emitido a respeito do pedido formulado pela DPE-SP – Ribeirão Preto para o fornecimento do medicamento Sorafenib (Nexavar). Pelas informações obtidas, o autor da ação sofria de cirrose hepática e carcinoma hepatocelular. No parecer, ao invés de analisar a viabilidade do medicamento em termos médicos, a Comissão emitiu parecer com juízo de

valor do custo/efetividade do tratamento, uma vez que o indivíduo teria pouco tempo restante de sobrevida – pouco menos de três meses - para o alto custo do medicamento solicitado, que seria de aproximadamente R\$10.000,00 mensais.

A avaliação realizada determina o valor que o Estado deve gastar para tutelar o direito à vida de uma pessoa. Esse argumento desconsidera completamente o direito da pessoa enferma a permanecer viva por mais um período de tempo. Verifica-se que a Comissão agiu de maneira absolutamente contrária ao propósito pelo qual foi criada ao emitir juízos de valor sobre questões orçamentárias. Contudo, o Poder Judiciário não seguiu o entendimento da Comissão ao determinar o fornecimento do medicamento em sede liminar.

4.3.2 Resultado dos pareceres analisados pela Comissão de Análise de Solicitações Especiais

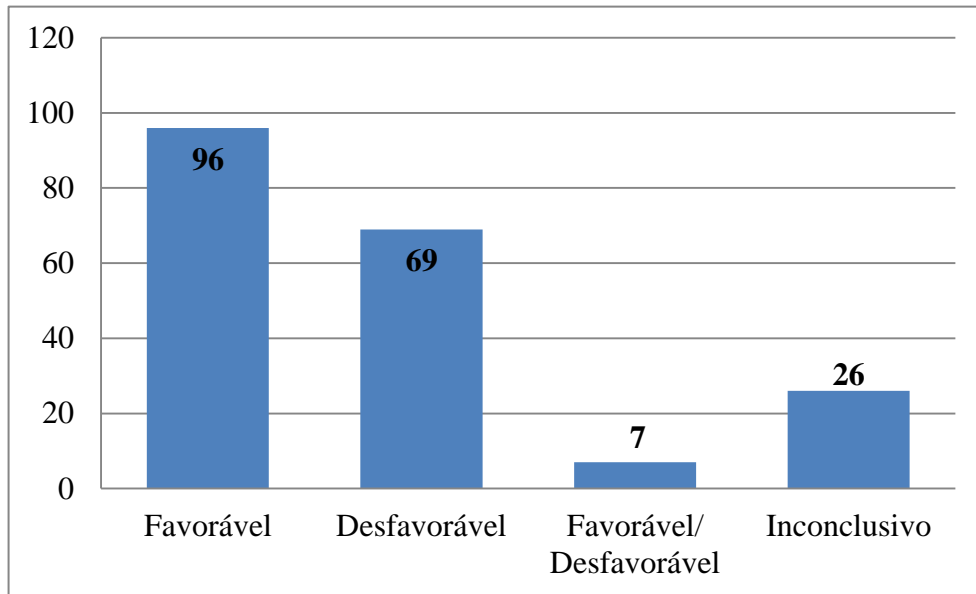
A segunda variável da pesquisa refere-se aos resultados dos pareceres da Comissão de Análise de Solicitações Especiais. Analisou-se o conteúdo dos pareceres para se obter a quantidade de favoráveis ou desfavoráveis à concessão do medicamento, equipamento ou tratamento médico solicitado pela DPE-SP – Ribeirão Preto. Ressalta-se, conforme salientado no procedimento metodológico que o resultado dos pareceres em alguns processos foi obtido de forma indireta através das decisões judiciais.

No entanto, ao se analisar o conteúdo de alguns pareceres, não foi possível identificar se a Comissão foi favorável ou não à concessão do medicamento. Nesse caso, foi estabelecido que o resultado desses pareceres é inconclusivo, na medida em que não é capaz de definir com precisão os subsídios técnicos necessários para que o magistrado formule juízo de valor sobre o pedido. Além disso, há casos em que a Comissão apenas exigiu que fossem realizados exames complementares ou apresentada bibliografia isenta de interesses. Nesses casos, também se estabeleceu que não é possível encontrar o resultado do parecer e, assim, também foram incluídos como inconclusivos.

Destaca-se, ainda, que diversos processos judiciais apresentam mais de um parecer da Comissão, especialmente quando esta exige a complementação do relatório médico anexado ao processo ou requisita exames complementares ao assistido. Dessa forma, para fixar o entendimento da Comissão nesse trabalho, desconsideramos pareceres intermediários e adotamos o parecer final como o resultado da avaliação daquele órgão.

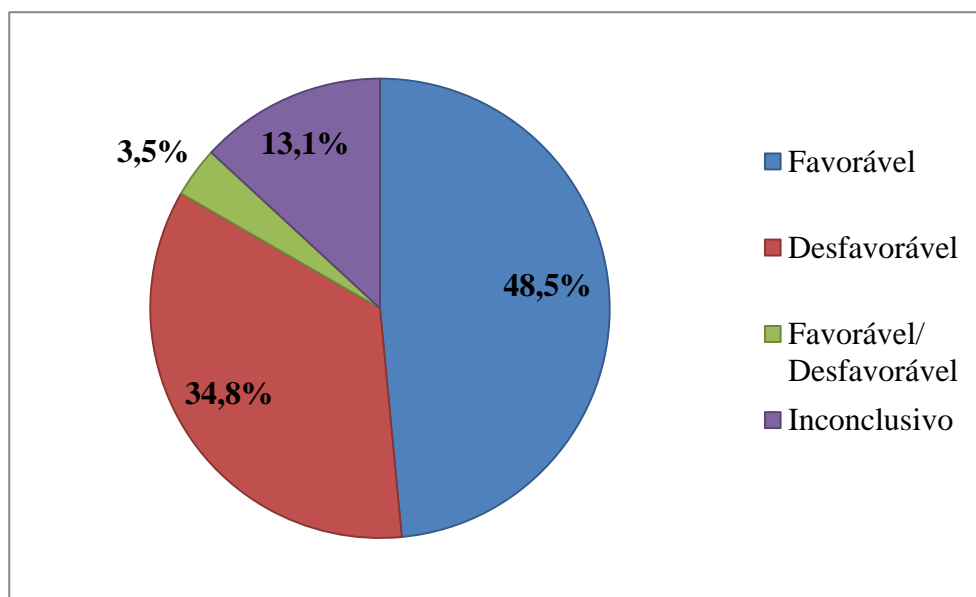
Os gráficos abaixo apresentam em números absolutos e em porcentagem o resultado dos pareceres da Comissão de Análise de Solicitações em relação ao total dos processos da amostra da pesquisa:

Gráfico 1 - Resultado dos pareceres da Comissão de Análise de Solicitações Especiais em números



Fonte: Autor, 2014

Gráfico 2 - Resultado dos pareceres da Comissão de Solicitações de Análise Especiais (%)



Fonte: Autor, 2014

Em que pese a impossibilidade de aferir a efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais somente com a análise isolada desse gráfico, é possível verificar que a maioria dos pareceres é favorável à concessão do pedido (48,5%). Por sua vez, a quantidade de pareceres desfavoráveis não deixa de ser considerável, uma vez que atinge 34,8% da amostra analisada.

Observou-se pela análise de diversos pareceres que um dos principais motivos pelo qual a Comissão é contrária ao fornecimento do medicamento é a indicação de substituição do medicamento solicitado por outro fornecido pelo SUS.

É necessário afirmar que, nos casos em que se verificou a presença de mais de um bem ou serviço de saúde a ser requerido pela parte autora, a Comissão pode se manifestar de três formas possíveis: favorável, desfavorável ou parcialmente favorável/desfavorável. Nessa última hipótese, representada no gráfico pela expressão “Favorável/Desfavorável”, a Comissão entendeu que apenas parte do pedido do autor deve ser concedida.

É válido destacar que foram identificados 26 pareceres (13,1%) cujo resultado foi inconclusivo, uma vez que não foi possível identificar a posição adotada pela Comissão. Esse número tornou-se expressivo, uma vez que, em alguns casos, tivemos acesso somente ao parecer exigindo exames complementares, mas não tivemos notícia do parecer final sobre o caso.

4.3.3 Resultado das decisões liminares

Feita a análise quantitativa dos resultados dos pareceres emitidos pela Comissão, passou-se à variável do resultado das decisões liminares, uma vez que se pretendeu analisar em que medida a Comissão auxilia na efetivação da judicialização das políticas públicas de saúde, especialmente em relação aos mais vulneráveis.

Inicialmente, é válido destacar que as tutelas de urgência nos processos de saúde apresentam nítido caráter de antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que “permite-se a fruição imediata de efeitos que seriam produzidos apenas com a prolação do pronunciamento judicial pleiteado”. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2013. p. 55) A tutela antecipada nessa hipótese é concedida atendendo-se aos requisitos do art. 273, I, 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: haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

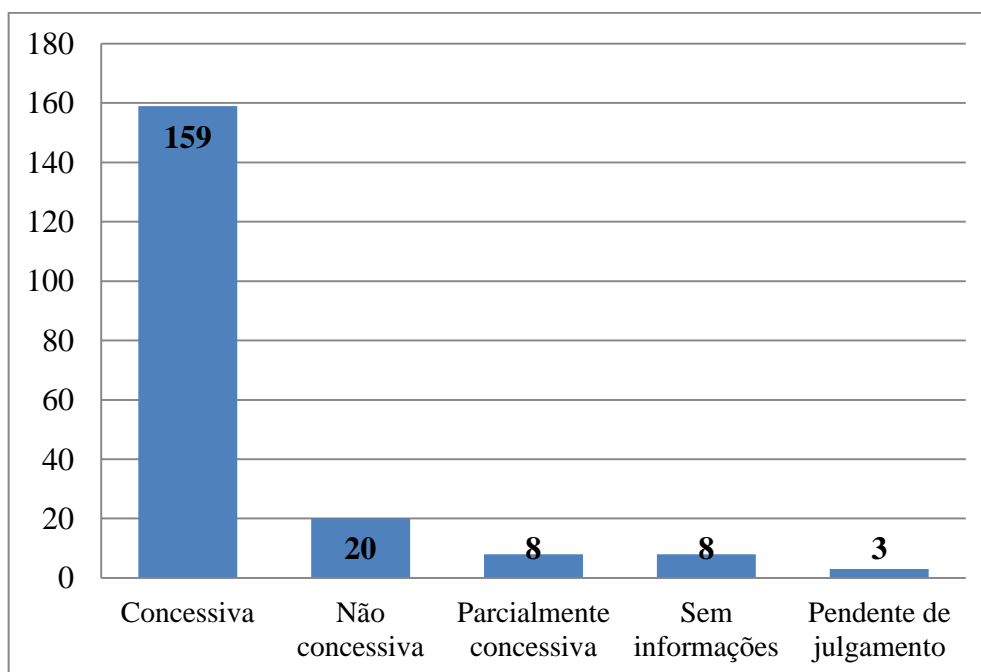
Portanto, se presentes os requisitos da existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), o provimento judicial deve ser concedido.

Por fim, existe a necessidade de preenchimento de um terceiro requisito que corresponde ao *periculum in mora* inverso que corresponde à necessidade de os efeitos da tutela serem reversíveis, ou seja, assegurar o retorno ao *status quo ante*. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2013. p. 60)

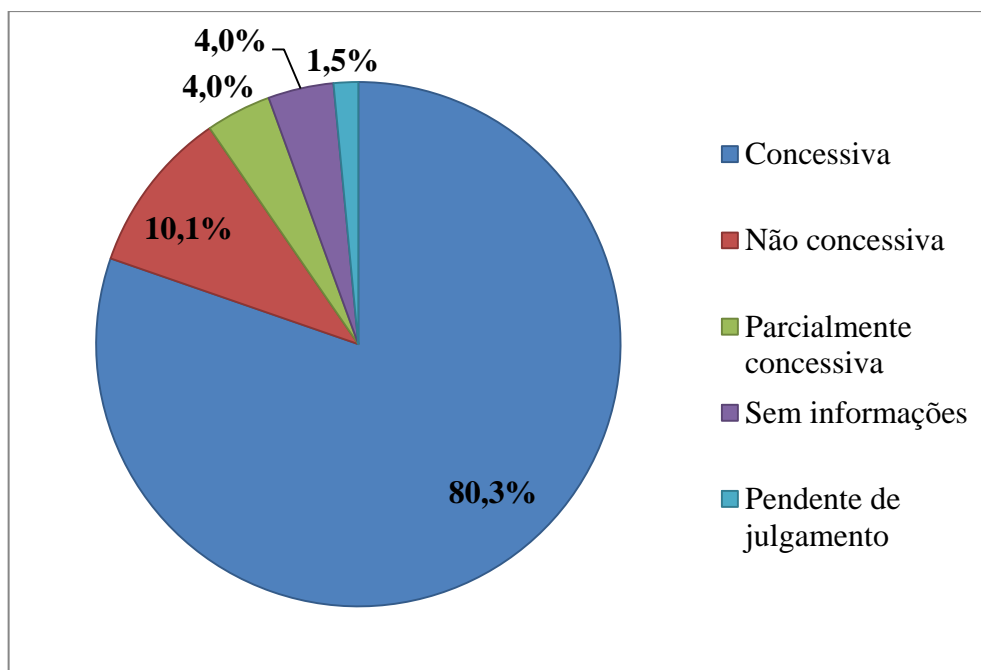
Conforme já afirmado anteriormente, salienta-se que, em regra, a Comissão emite parecer antes de o juiz decidir o pedido de antecipação de tutela formulado pela parte autora, no nosso caso, pela DPE-SP – Ribeirão Preto. Assim, a decisão liminar está intimamente relacionada ao parecer, uma vez que o magistrado poderá concordar ou não com a manifestação apresentada pela Comissão.

Nesse sentido, os gráficos abaixo apresentam em números absolutos e em porcentagem o resultado, em relação ao total dos processos da amostra da pesquisa, das decisões liminares em antecipação de tutela:

Gráfico 3 - Resultado das decisões liminares em números



Fonte: Autor, 2014

Gráfico 4 - Resultado das decisões liminares (%)

Fonte: Autor, 2014

Conforme se verifica pela análise dos gráficos apresentados, o número de decisões liminares concessivas (159) é muito superior ao número das decisões que não concedem o pedido (não concessivas) (20). A diferença de proporção entre concessiva e não concessiva fica ainda mais evidente na análise do percentual em relação ao total da amostra. Nesse sentido, mais de 80% das decisões foram favoráveis à concessão do medicamento, equipamento ou tratamento médico solicitado. Por sua vez, as decisões não concessivas representam percentual pouco superior a 10% do total dos 198 processos analisados.

Portanto, é possível concluir pela análise quantitativa dos dados que o Poder Judiciário da Comarca de Ribeirão Preto auxilia na judicialização das políticas públicas de saúde nas demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Nesse ponto, é importante lembrar as bases teóricas de nossa pesquisa que afirmam a necessidade da judicialização para a efetivação do Estado Social e Democrático de Direito.

Com isso, o Judiciário de Ribeirão Preto está contribuindo para a maximização dos direitos sociais e o consequente respeito ao Estado Social e Democrático de Direito. Ademais, é possível afirmar que, no âmbito da amostra analisada, a concessão dos bens e serviços de saúde está sendo realizada em benefício da população mais vulnerável. A parte autora das demandas ora analisadas compreende os assistidos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pessoas que não têm condições de pagar advogado particular por se encontrarem em condição de hipossuficiência econômica.

Por outro lado, surge a necessidade de se comparar a quantidade de decisões liminares favoráveis com a quantidade de pareceres favoráveis da Comissão. Enquanto o judiciário concedeu a antecipação dos efeitos da tutela em 159 dos 198 (80,3%) processos analisados, a Comissão apresentou apenas 96 (48,5%) pareceres favoráveis à concessão do bem ou serviço de saúde.

Dessa forma, verifica-se que a Comissão é mais resistente à concessão dos medicamentos do que o Poder Judiciário e, conseqüentemente, menor é a efetividade na judicialização das políticas públicas de saúde. Nesse ponto, é importante ressaltar, todavia, que a Comissão não tem condições de reavaliar o parecer apresentado diante de novas circunstâncias apresentadas pela parte autora no processo caso o juiz não encaminhe novamente para parecer. Ocorre, entretanto, que em muitos casos o processo foi reencaminhado para nova avaliação, mas a Comissão manteve o parecer desfavorável.

Assim, diante das possibilidades de manifestação oferecidas à Comissão, é possível verificar que o órgão tende a apresentar maior oposição à judicialização das políticas públicas de saúde do ponto de vista técnico da análise. Em tópico posterior, será analisado o resultado das liminares nos processos judiciais com parecer desfavorável da Comissão. Nesse sentido, será possível verificar a proporção em que os juízes acompanham a decisão da Comissão quando esta é desfavorável à concessão do medicamento ou tratamento médico.

Cumprir destacar que, em alguns casos (4%), os juízes concederam apenas parcialmente o pedido formulado pela Defensoria Pública. Nesse caso, a maioria dos pedidos foi concedida parcialmente em atendimento ao parecer da Comissão que apenas havia sido parcialmente favorável ao pedido. O número de pareceres (sete) favoráveis/desfavoráveis dos gráficos do tópico anterior praticamente corresponde ao número de decisões parcialmente favoráveis nos gráficos das decisões liminares (oito).

Entretanto, no tocante às decisões em antecipação de tutela, verificou-se que, em alguns poucos casos, não havia informações a respeito da decisão liminar (4%). Ademais, foi possível aferir que apenas três processos (1,5%) ainda estão pendentes de julgamento após o parecer da Comissão. Tratam-se das ações cuja distribuição é mais recente.

4.3.4 Resultado das liminares nos processos judiciais com parecer desfavorável da Comissão de Análise de Solicitações Especiais

Passa-se agora à análise do resultado das liminares nos processos judiciais que apresentam parecer desfavorável da Comissão de Análise de Solicitações Especiais à

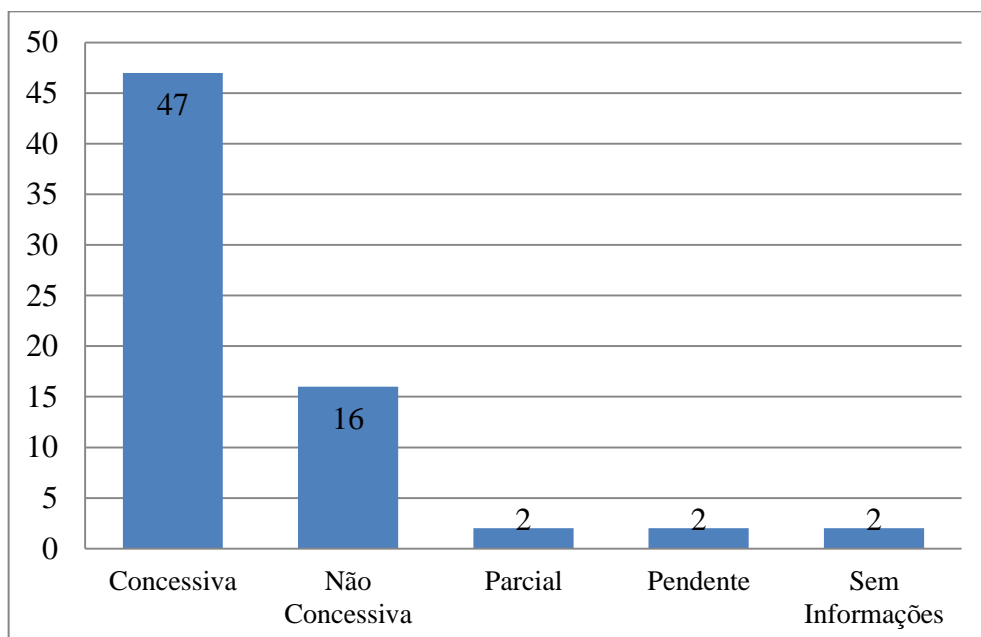
concessão dos medicamentos, equipamentos e tratamentos médicos requeridos pela Defensoria Pública.

A escolha desse critério de análise deve-se à necessidade de se determinar a quantidade e percentagem de processos em que o Judiciário acompanhou o parecer da Comissão. Nesse sentido, será possível avaliar o grau de resistência de ambos os órgãos na judicialização do direito à saúde e a importância da Comissão na tomada de decisões pelo Judiciário.

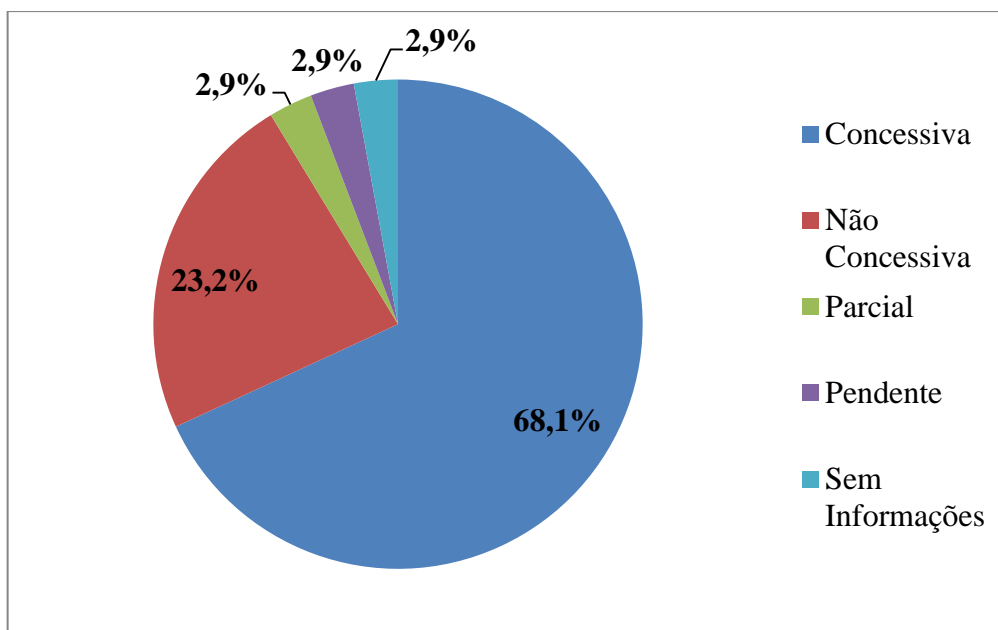
Ademais, é válido destacar que a amostra da análise estará restrita à quantidade de processos em que a Comissão emitiu parecer desfavorável (69) conforme já indicado no tópico 4.3.2. deste trabalho. Os casos em que a Comissão foi parcialmente favorável à concessão não serão incluídos no estudo.

Portanto, os gráficos abaixo apresentam em números absolutos e em porcentagem o resultado, em relação ao total de processos com pareceres desfavoráveis, das decisões liminares em antecipação de tutela:

Gráfico 5 - Resultado das liminares nos processos com parecer desfavorável em números



Fonte: Autor, 2014

Gráfico 6 - Resultado das liminares nos processos com parecer desfavorável (%)

Fonte: Autor, 2014

Conforme se observa dos gráficos, é elevado o número de liminares concessivas nos processos em que a Comissão emitiu parecer desfavorável. No total da amostra, 47 processos (68,1%) apresentaram liminar concessiva em antecipação de tutela. Com essas informações, é possível concluir que o Judiciário decidiu, na maioria dos processos, de modo divergente daquele indicado pela Comissão na análise técnica realizada. Somente em 23,2% dos processos, o Judiciário seguiu o parecer desfavorável da Comissão.

Será demonstrado na sequência que esse número será ainda menor ao se analisar as sentenças proferidas, uma vez que a interposição de agravo de instrumento pela Defensoria Pública reverteu diversas decisões que não concederam a antecipação dos efeitos da tutela.

Ressalta-se, novamente, a resistência na concessão dos medicamentos pela Comissão ao analisar os processos propostos pela Defensoria Pública. É válido destacar que a Comissão foi instituída com a função de evitar os abusos nos pedidos de medicamentos. Entretanto, o próprio Judiciário entende, na maioria das vezes, que os pedidos formulados pela parte autora devem ser concedidos no pedido liminar.

A Comissão de Análise de Solicitações Especiais apresenta papel importante na contenção de fraudes ao evitar a influência da indústria farmacêutica nos pedidos judiciais, uma vez que permite apoio técnico ao Judiciário em questões alheias à avaliação jurídica. Nas demandas ajuizadas pela Defensoria Pública, entretanto, não há que se falar em benefício das

classes mais favorecidas, uma vez que este órgão somente presta assistência àqueles que não têm renda suficiente para prover advogado e são considerados hipossuficientes.

No entanto, verifica-se que existe uma falha metodológica empregada no procedimento envolvendo as consultas à Comissão. Nesse sentido, é possível afirmar que este órgão foi criado para se evitar o cometimento excepcional de fraudes.

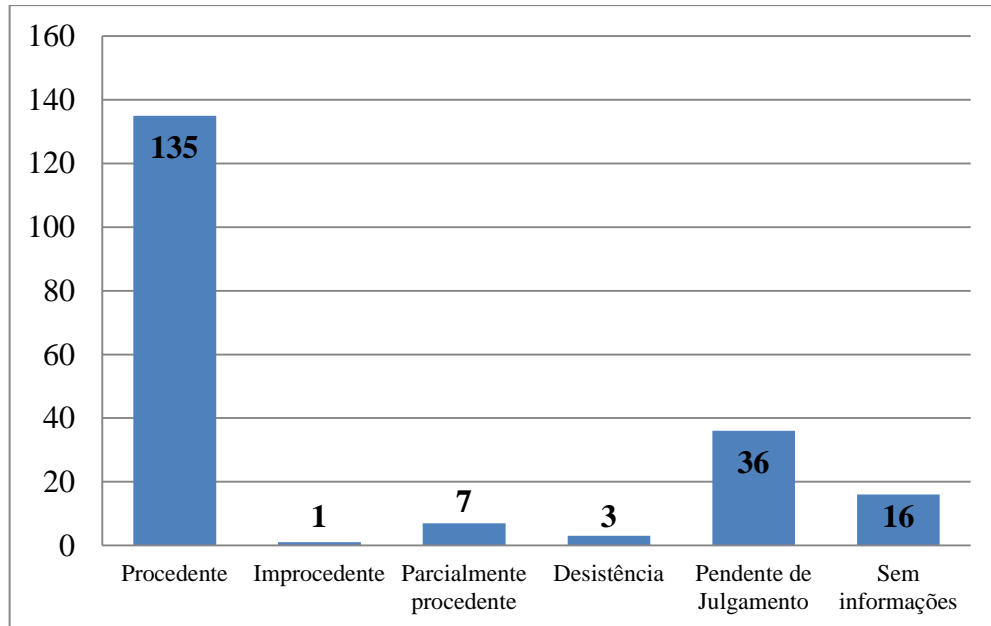
Não se vislumbra, portanto, a necessidade de que todos os processos sejam encaminhados para parecer da Comissão. Em primeiro lugar, é válido mencionar que muitos pedidos formulados pela DPE-SP são efetuados de forma repetida, o que dispensaria a consulta compulsória e repetida da Comissão nesses casos. Na maioria das vezes, o Judiciário, após a consulta da Comissão, apresenta juízo de valor sobre a matéria, decidindo de forma semelhante questões técnicas já decididas pela Comissão.

Em segundo lugar, verifica-se pelos dados apresentados que o parecer da Comissão é desnecessário na maioria dos processos ajuizados pela Defensoria Pública, uma vez que o Judiciário não o segue na decisão liminar e nem mesmo na sentença como será analisado mais à frente.

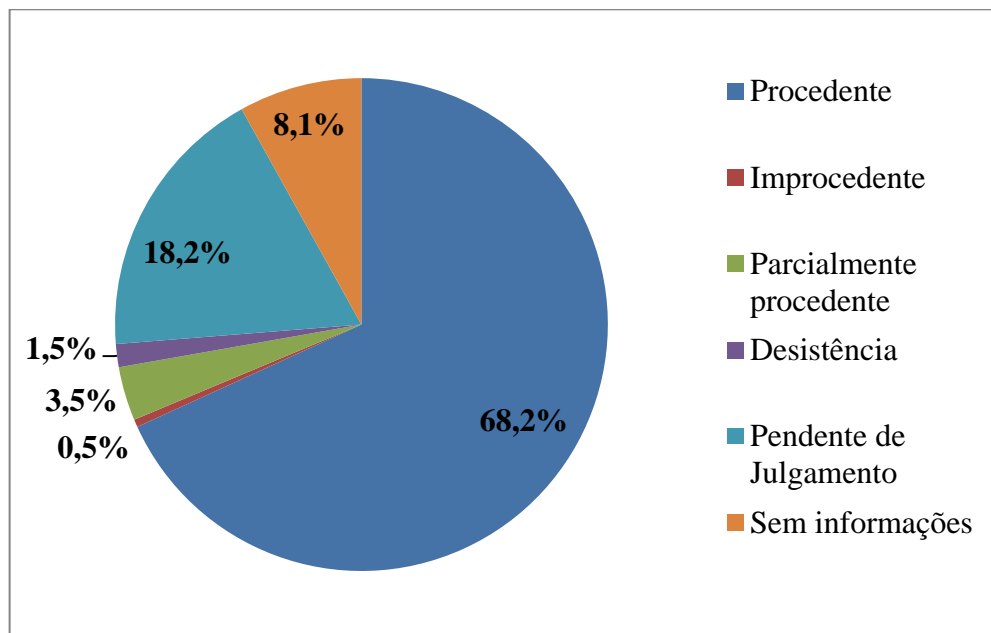
4.3.5 Resultado das sentenças

Foi realizada também a análise do resultado das sentenças judiciais proferidas pelos juízes das Varas da Fazenda Pública de Ribeirão Preto. Dessa forma, foi possível identificar o desfecho em 1ª instância dos processos ajuizados pela Defensoria Pública que foram submetidos a parecer da Comissão de Análise de Solicitações Especiais.

Nesse sentido, os gráficos abaixo apresentam em números absolutos e em porcentagem o resultado, em relação ao total dos processos da amostra da pesquisa, das sentenças proferidas em 1ª instância:

Gráfico 7 - Resultado das sentenças em números

Fonte: Autor, 2014

Gráfico 8 - Resultado das sentenças (%)

Fonte: Autor, 2014

Ao se analisar os dados apresentados, verifica-se que o número de sentenças que julgou o mérito procedente também é bastante elevado (68,2%). É possível ponderar que esse resultado é determinado, na maioria das vezes, pelo fato de que os juízes acompanham a decisão liminar proferida.

Contudo, percebe-se que o número de sentenças procedentes é inferior ao número de decisões liminares concessivas apresentado nos gráficos anteriores. Esse fato é justificado, em

parte, pelo maior número de processos pendentes de julgamento (18,2%), os quais a liminar já foi proferida, mas que ainda aguardam julgamento definitivo do mérito.

Ademais, é importante destacar que não foi possível encontrar informações a respeito da sentença proferida em alguns processos (8,1%). Esse valor é superior à indeterminação verificada nas decisões liminares, em que somente não tivemos acesso em apenas 4% dos casos.

A parte autora representada pela Defensoria Pública desistiu da ação em três processos (1,5% do total da amostra), o que não é contabilizado como sentença procedente/improcedente pelo fato de que não julgamento do mérito pelo magistrado.

De modo similar à quantidade observada nas liminares, identificou-se que apenas sete sentenças apresentaram resultado parcialmente favorável à concessão do medicamento, equipamento ou tratamento médico. Segue-se a mesma lógica apontada acima, a qual nesse caso, a decisão está de acordo com o parecer da Comissão, uma vez que os números apresentados são similares.

Por fim, o aspecto que mais chamou a atenção durante o estudo desta variável foi o número inexpressivo de sentenças julgadas improcedentes pelo judiciário. Foram encontradas na amostra analisada, apenas uma sentença cuja decisão determinou que a parte não teria direito ao recebimento dos bens ou serviços de saúde exigidos pela parte autora. Nesse sentido, é válido destacar que verificamos os principais motivos que levaram à modificação da decisão liminar não concessiva (vinte) para que apenas uma sentença improcedente fosse encontrada:

Tabela 2 - Resultado das sentenças com liminares não concessivas

Resultado	Quantidade	Frequência
Procedente	2	10%
Procedente (Liminar reformada pelo TJ-SP)	8	40%
Desistências (Extinção sem julgamento do mérito)	2	10%
Improcedente	1	5%
Pendente de Julgamento	5	25%
Sem informações	2	10%

Fonte: Autor, 2014

Ao selecionar apenas as liminares não concessivas, identificou-se que a parte autora, representada pela Defensoria Pública, ingressou com agravo de instrumento e conseguiu reverter o resultado da decisão liminar desfavorável em oito processos judiciais, ou seja, em

40% do total das liminares não concessivas. Nesses casos, o judiciário de 1ª instância, após a decisão concessiva do TJ-SP, julgou a sentença procedente.

Assim, das vinte decisões liminares não concessivas, localizamos oito que foram reformadas pelo Tribunal de Justiça e, posteriormente, a ação foi julgada procedente pelo judiciário de 1ª instância.

Nos processos judiciais dessas oito decisões não concessivas da antecipação da tutela, verificou-se que o parecer da Comissão havia sido desfavorável. Dessa forma, se o juiz seguiu os pareceres apresentados pela Comissão ao julgar a decisão liminar, verificou-se que o Tribunal de Justiça não aceitou o argumento apontado, reformando e concedendo a medida à parte autora.

Entretanto, cumpre destacar que, além das decisões reformadas pelo TJ-SP, foi possível identificar que das vinte liminares não concessivas, houve duas sentenças favoráveis em que não se pode identificar a causa na mudança de entendimento do judiciário. Além disso, verificamos duas desistências da ação pela Defensoria Pública, cinco processos que aguardam julgamento final do juiz de 1ª instância. Por fim, não foi encontrada informações relativas à sentença em dois processos judiciais.

Nesse sentido, é possível reforçar a tese de que o Judiciário do Estado de São Paulo no âmbito da amostra analisada permanece favorável à judicialização das políticas públicas de saúde. Por sua vez, 40% das decisões que se basearam em pareceres desfavoráveis da Comissão de Análise de Solicitações Especiais para negar a antecipação de tutela foram reformadas pelo TJ-SP e, ao final, julgadas procedentes pelos juízes de 1ª instância.

4.3.6 Relação entre o tempo necessário para a concessão da liminar no caso de o processo ser ou não submetido à análise da Comissão de Solicitações de Análise Especiais

Nesse tópico, será abordado o aspecto relativo ao tempo despendido para que o processo seja analisado pela Comissão em relação à possibilidade da concessão da medida sem a consulta ao órgão. Nesse sentido, pretendemos analisar o impacto temporal que a necessidade de manifestação da Comissão causa na celeridade processual tendo em vista que os pedidos envolvendo o direito à saúde necessitam de manifestação liminar mais rápida, uma vez que, muitas vezes, versam sobre questões urgentes que podem ocasionar lesão à vida e saúde da parte autora, representada pela DPE-SP – Ribeirão Preto.

Antes de apresentarmos os dados coletados, é importante salientar que não nos valem do critério da média aritmética simples para se determinar o tempo médio dispendido entre a distribuição da ação e a decisão liminar ou mesmo entre a distribuição e o primeiro momento a que o juiz teria a possibilidade de se manifestar em juízo.

A utilização desse valor não representa o período de tempo da maioria dos processos, uma vez que foi possível identificar processo cujo período entre a distribuição e a liminar foi superior a 1.200 dias. Dessa forma, se somadas às demais datas, chegaríamos a um resultado superior à realidade vivida pelo órgão.

Feitas essas considerações, ressalta-se que foi obtido, em um primeiro momento, a percentagem de processos por tempo entre a distribuição da ação e o julgamento da liminar. Dessa forma, é possível encontrar o percentual de processos em relação à amostra analisada nesta pesquisa por faixas de tempo.

Ademais, como afirmado no início deste tópico, pretendemos a comparação entre o tempo dispendido para a concessão da liminar quando o processo passa pelo crivo da Comissão e o tempo que seria gasto caso o juiz tivesse se manifestado nos autos sem a consulta da Comissão. Tendo em vista que a amostra obtida somente se refere aos processos que a Comissão emitiu parecer, entendemos que o primeiro momento que o juiz poderia ter se manifestado no processo sobre concessão da medida liminar compreende o pedido de requisição de informações à Comissão.

Na amostra da pesquisa, verificou-se que, ao receber a inicial e realizar a primeira análise de saneamento do processo, o Judiciário de Ribeirão Preto encaminhou pedidos de requisições de informações à Comissão de Análises de Solicitações Especiais para que se manifestasse sobre a viabilidade na concessão do bem ou serviço de saúde requerido na inicial. É nessa etapa, portanto, que o juiz poderia ter concedido a liminar, caso não fossem requisitadas informações à Comissão.

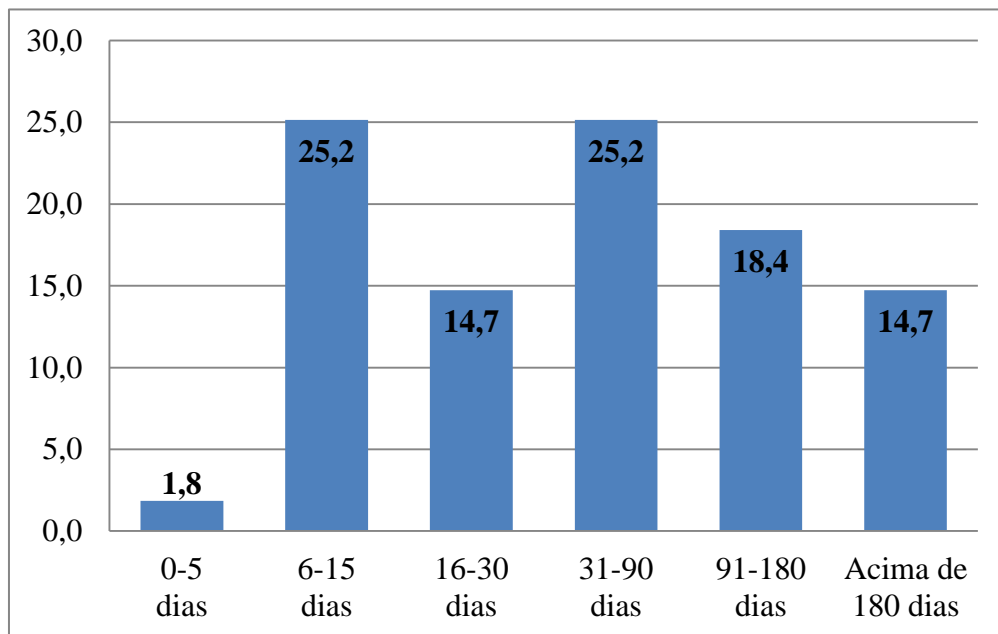
Assim, utilizamos o período entre as datas de distribuição da ação e a requisição de informações à Comissão – primeiro momento em que o juiz poderia ter se manifestado no processo a fim de conceder ou não a medida liminar caso o processo não tivesse sido encaminhado para parecer.

Ademais, cabe ressaltar que, do total da amostra da pesquisa (198 processos), não foi possível determinar esses períodos em todos os processos, uma vez que, em alguns casos não havia a informação da data da liminar ou da requisição de informações. Somente foram analisados, portanto, os processos em que foi possível determinar o período de tempo necessário à liminar ou à requisição de informações.

No tocante à data entre a distribuição e a liminar, foi possível identificar com precisão o período entre eles em 163 dos 198 processos analisados. Por sua vez, no período entre a distribuição e o pedido de requisição, identificamos apenas 123 dos 198 processos analisados.

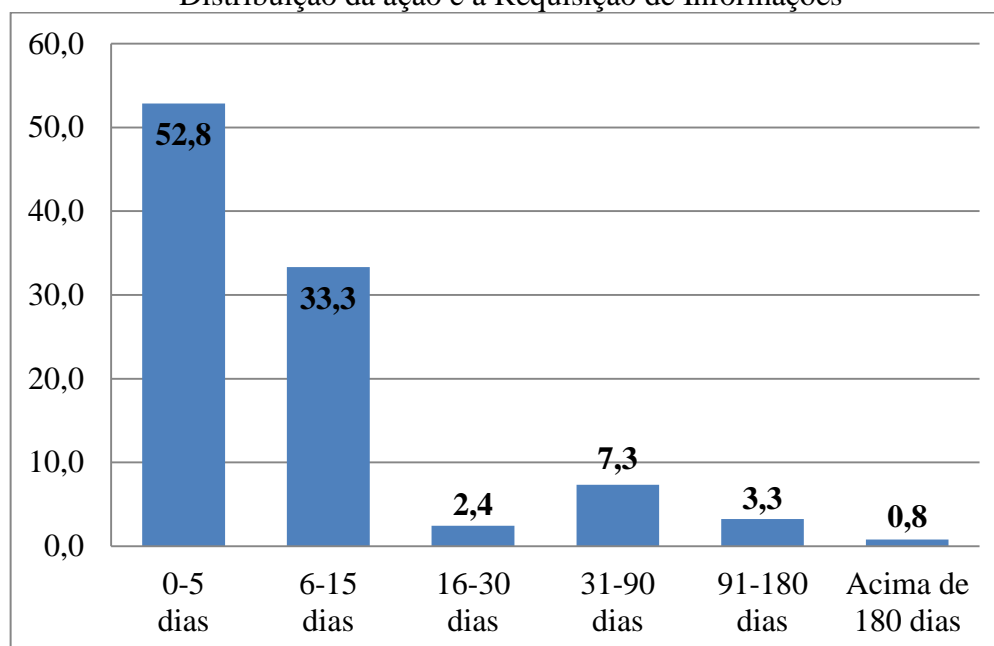
Nesse sentido, os gráficos abaixo apresentam a comparação em porcentagem entre o tempo necessário para a liminar nos casos dos processos que foram encaminhados para a Comissão (Gráfico 9) e aquele que poderia ter sido concedida ou não a liminar sem a consulta ao órgão técnico (Gráfico 10):

Gráfico 9 - Porcentagem de processos por tempo entre a distribuição da ação e o julgamento da liminar



Fonte: Autor, 2014

Gráfico 10 - Porcentagem de processos por tempo entre a Distribuição da ação e a Requisição de Informações



Fonte: Autor, 2014

Conforme se verifica da análise dos gráficos apresentados, nota-se que o tempo necessário para a concessão da liminar no caso de consulta à Comissão é muito maior do que o tempo gasto no caso de o Judiciário analisar o pedido na primeira oportunidade possível.

De acordo com o Gráfico 10, verificamos que 86,1% dos processos poderiam ser analisados no prazo máximo de 15 dias da distribuição da ação ajuizada pela Defensoria Pública. Por sua vez, quando a Comissão emite parecer (Gráfico 9), o período de tempo para a apreciação da liminar sobe consideravelmente. Identificamos que 43,6% dos processos levam de 31 a 180 dias para serem julgados pela Comissão, sem considerarmos os 14,7% dos processos que levam período superior a 180 dias para que a liminar fosse proferida ou negada.

Contudo, é necessário realizar uma ressalva com relação aos dados analisados apenas quantitativamente. Os processos apresentam durações diferentes por diversas razões, algumas vezes desvinculadas ao parecer emitido pela Comissão. No entanto, tendo em vista que o aumento do tempo para a apreciação da liminar foi verificado em mais de 50% dos processos analisados, é possível afirmar que a Comissão influencia claramente no fator tempo de julgamento.

Notou-se que, por diversas vezes, eram exigidos exames complementares e bibliografia isenta de interesses o que elevava consideravelmente o prazo para a apreciação do pedido, uma vez que exigia que o assistido da Defensoria Pública agendasse nova consulta ao

médico prescritor do medicamento, equipamento e tratamento médico para que atendesse às exigências da Comissão.

Além disso, é válido destacar nesse ponto novamente que a maioria das liminares são concessivas e que, portanto, esse atraso no julgamento tem o efeito de retardar a concessão do bem necessário à manutenção da vida daquele que se encontra em condições de vulnerabilidade e não tem condições de adquiri-lo por outras vias.

O atraso no julgamento das liminares causado pela apreciação dos pareceres da Comissão e a emissão de pareceres desfavoráveis em número superior às decisões em antecipação de tutela revelam que a Comissão de Análise de Solicitações Especiais está apresentando obstáculos à promoção da judicialização das políticas públicas de saúde aos necessitados tutelados pela Defensoria Pública e conseqüentemente à promoção dos direitos sociais no Estado Social e Democrático de Direitos.

É válido destacar que o procedimento adotado para a análise dos pedidos pela Comissão não é o indicado, uma vez que a busca pela proteção do Estado contra fraudes, que não consistem na maioria dos casos apresentados, supera a necessidade de proteção da sociedade ao se assegurar o direito de acesso universal aos bens e serviços de saúde previsto na Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

O objetivo geral da pesquisa consistiu em analisar a efetividade da Comissão de Análise de Solicitações Especiais no contexto da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário a partir das demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto. Buscou-se trazer subsídios ao órgão da Defensoria Pública na ampliação do acesso à justiça aos mais vulneráveis como forma de assegurar o acesso a bens e serviços de saúde indispensáveis à manutenção de uma vida digna.

Ao se analisar os dados obtidos pela pesquisa, verificaram-se alguns problemas no método utilizado para a Comissão de Análise de Solicitações Especiais emitir pareceres nas demandas ajuizadas pela DPE-SP – Regional Ribeirão Preto. Problemas esses relacionados não somente com a atuação da Comissão, propriamente dita, mas também com o modo e o tempo de encaminhamento da demanda ao órgão técnico.

Ressalta-se a importância da Comissão na tentativa de conter a influência da indústria farmacêutica e a falta de critério técnico no julgamento dos pedidos de bens e serviços de saúde formulados judicialmente. A Comissão surge, portanto, como meio de auxílio do Judiciário e do Ministério Público no controle de fraudes verificadas nas ações de medicamentos e tratamentos médicos, bem como para evitar a concessão de medicamentos sem a devida comprovação de eficácia.

Entretanto, tendo em vista que a Comissão não tem acesso a informações acerca das condições socioeconômicas da parte autora, mas tão somente emite parecer técnico em relação ao produto médico requisitado, por muitas vezes, como no caso das fraldas já analisado anteriormente, recomenda a compra desses produtos pelo programa “Farmácia Popular”, inviável aos assistidos da Defensoria Pública. Dessa forma, poderiam ser encaminhadas informações à Comissão de que o autor da demanda apresenta hipossuficiência econômica, o que evitaria pareceres como estes.

Se o autor da demanda não tiver condições de adquirir o produto conforme indicado no parecer, será privado do acesso de um bem de saúde, que deve ser assegurado a todos conforme estabelece o art. 196 da Constituição Federal de 1988. Os pareceres denegatórios da Comissão que desconsideram as condições de hipossuficiência econômica ferem, portanto, o princípio da universalidade do acesso à saúde pública.

Ademais, podemos afirmar que a Defensoria Pública já estabelece um critério que indica a hipossuficiência econômica da parte, uma vez que esta somente atua na tutela judicial e extrajudicial dos necessitados. Assim, por se tratar de órgão do Estado, a declaração de

hipossuficiência apresentada pela Defensoria Pública tem fé pública e, portanto, torna o parecer da Comissão acerca da questão também desnecessário.

Questiona-se, desse modo, a necessidade de solicitações de informações em todas as demandas relacionadas a medicamento, principalmente aquelas provenientes da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em razão da prévia aferição da condição de hipossuficiência realizada pelo órgão.

Cabe ponderar que, em razão da diversidade de profissionais integrantes da Comissão e de sua constante rotatividade, bem como pelo alto número de demandas, não é plausível exigir que, ao emitir os pareceres, seus integrantes tenham conhecimentos acerca da prévia avaliação socioeconômica realizada pela DPE-SP.

Ainda que contestada a hipossuficiência da parte autora, caberá à parte ré (fazendas públicas municipal e estadual) demonstrar que o autor tem condições de obter o remédio no setor privado ou pelo programa do governo federal “Farmácia Popular”. Por fim, o juiz não necessita de órgão técnico para determinar a capacidade socioeconômica do demandante, uma vez que esse requisito poderá ser preenchido facilmente com a juntada de documentos de simples conferência como a Carteira de Trabalho e Previdência Social do autor ou os rendimentos declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil por meio da Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.

Portanto, concluímos que os processos ajuizados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional Ribeirão Preto não devem estar sujeitos a parecer da Comissão quando versarem exclusivamente sobre questões socioeconômicas, uma vez que o parecer extrapola a competência desse órgão técnico.

Outro problema verificado diz respeito ao impacto que a necessidade de consulta à Comissão ocasiona para o tempo de apreciação de uma medida liminar de urgência. Observou-se, durante a coleta dos dados, que o tempo necessário para a Comissão elaborar o parecer foi relativamente curto, ainda mais se levado em consideração o elevado número de demandas encaminhadas ao órgão. O maior problema, entretanto, verifica-se quando são solicitados exames complementares ou pareceres médicos com bibliografia isenta de interesses que indicassem a impossibilidade de substituição do medicamento.

Além disso, conforme se verificou pela análise quantitativa da amostra da pesquisa, foi identificado percentual elevado de pareceres da Comissão contrários à concessão do medicamento, equipamento ou tratamento médico solicitado. Por outro lado, o número de liminares concessivas é muito superior ao número de decisões que não concedem o pedido formulado pela parte autora.

Portanto, é possível afirmar que o Poder Judiciário da Comarca de Ribeirão Preto apresenta importante papel na judicialização do direito à saúde nas demandas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Tendo em vista o indicativo de que o Judiciário julga de modo diverso daquele apresentado pela Comissão, fizemos o levantamento do resultado das liminares quando o parecer não era favorável. Verificou-se que os juízes não acompanham a Comissão em 68% dos casos em que esta emite parecer desfavorável.

Podemos reiterar, portanto, o entendimento de que não há necessidade de se submeter todas as ações ajuizadas pela Defensoria Pública de Ribeirão Preto para parecer técnico da Comissão, principalmente antes da apreciação da medida liminar.

Nesse ponto, podemos afirmar que os processos submetidos à análise do órgão técnico tiveram aumento significativo no tempo necessário para que o juiz analisasse o pedido de liminar. Se esta fosse concedida no primeiro momento em que o Judiciário poderia se manifestar sobre a questão, haveria economia significativa de tempo. Em 86% dos processos, os pedidos de liminar poderiam ser analisados no prazo máximo de 15 dias da distribuição da ação ajuizada pela Defensoria Pública se os juízes tivessem analisado a questão de urgência ao invés de determinar a requisição de informações à Comissão.

Ressalta-se que a tutela antecipada tem a função de evitar o perigo que a demora no julgamento do processo poderia causar à parte. Conforme já salientado neste trabalho, o art. 273, I, CPC exige, além do *periculum in mora*, a demonstração da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, ou seja, permite-se o provimento judicial a partir de simples cognição sumária do pedido. Supera-se a necessidade de segurança jurídica na decisão para se privilegiar a celeridade processual quando a demora no julgamento poderia trazer riscos ao bem jurídico tutelado.

No caso das ações envolvendo direito à saúde, o risco da demora é ainda mais evidente, uma vez que envolve questões relacionadas ao direito à vida e bem-estar físico e psíquico da pessoa. A apreciação do pedido de liminar em antecipação de tutela deveria ser realizada, portanto, o mais rápido possível.

A submissão do processo à análise por um órgão técnico eleva sobremaneira o tempo de apreciação do pedido pelo Judiciário e viola a essência da medida liminar em antecipação de tutela, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que o Estado deixa de tutelar a lesão a um direito consagrado constitucionalmente (saúde).

Para viabilizar a tutela do direito individual à saúde e a necessidade de controle judicial de eventuais pedidos de medicamentos sem eficácia comprovada, conclui-se que o parecer da Comissão deve ser utilizado, nos processos ajuizados pela DPE-SP – Ribeirão

Preto, somente após a apreciação do pedido de liminar apresentado pela parte autora, uma vez que, dessa forma, será evitado o perigo da demora na prestação jurisdicional.

Por fim, a concessão posterior da liminar não apresenta grandes impactos orçamentários ao Estado e ao Município, uma vez que mesmo com o processo sendo encaminhado à Comissão, o Judiciário tende a conceder a liminar. Além disso, não deve ser esquecida a possibilidade de reversão da medida liminar caso demonstrado que o pedido não apresenta a eficácia comprovada. Tendo em vista que a maioria dos medicamentos e tratamentos é utilizada por certo período de tempo (meses ou anos), a demonstração da ineficácia permite a revogação da liminar e minimização dos danos causados.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade**. 2013. 209f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

ARAUJO, Gisele Silva. Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário. In: MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). **Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, Vol. 04, nº 01, p. 488-512, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10196/7972>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, vol. 12, nº 96, p. 1-32, fev/mai 2010. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-96-fev-mai-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230/?searchterm=Barroso>>. Acesso em: 03 maio 2014.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BATISTA, Flávio Roberto. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais: uma contribuição materialista histórico-dialética**. 2012. 208f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CASTRO, Gleusa de; CASTRO, Cristine Pilati Pileggi. **Protocolo da Comissão de Análise de Solicitações Especiais (procedimentos e formulários)**. 2004.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à Saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** 2012. 366f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800020. Acesso em: 02 ago. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 27 maio 2014.

CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre por que estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**, vol. 22, nº 01, São Paulo, fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 jan. 2014.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio. **Participação Social no Judiciário como Instrumento para a Democratização da Justiça**. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/participacao_social_no_judiciario_como_instrumento_para_a_democratizacao_da_justica_antonio_escrivao_2010.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2013.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 02 set. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Farmácia Popular do Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sctie/farmacia-popular>>. Acesso em: 01 set. 2014.

MOTA, Mauricio. Teoria Crítica do Estado Democrático de Direito. In: MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). **Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? In: MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). **Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRÊMIO MARIO COVAS. **Desafios e Avanços da Comissão de Análise de Solicitações Especiais visando a equidade e o aprimoramento da gestão do SUS**, 2009. Disponível em: <<http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/ssaude/principal/acervo/pdf/i16d-avancos.pdf>>. Acesso em: 02 set. de 2014.

RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil – a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93**. 2010. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo – Direitos e Lutas Sociais. **Novos Estudos**, nº 96, São Paulo, p. 49-66, jul. 2013.

_____. Emancipação Humana e Direito: Franz Neumann. **Artigos Direito GV (working paper)**. Fundação Getúlio Vargas, v. 57, p. 2-18, ago 2010 [s.l.].

_____. **O incrível sucesso da judicialização da saúde no Brasil**. 24 junho 2014. Disponível em: <http://terramagazine.terra.com.br/jose-rodrigo-rodriguez/blog/2014/06/24/o-incrivel-sucesso-da-judicializacao-da-saude-no-brasil/>. Acesso em: 02 maio 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: visão da sociedade. **Justitita**, São Paulo, nº 65 (198), p. 271-270 jan/jun 2008. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/baw677.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2014.

SANTANA, Izaias José de. **O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. **Tutela Jurisdicional aos Direitos Sociais**. 2013. 234f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular.** 2013. 126f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.