

Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário?

ALVARO CIARLINI

Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, Mestre em Filosofia, Doutor em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Professor do IDP – Brasília/DF.

O tema que ainda merecerá a detida análise e a atenção de juristas, médicos e da sociedade civil, é o que concerne à judicialização das políticas públicas, mostrando-se em relevo, nesse quadro, o tema da promoção do direito à saúde pela via judicial. Percebemos, recentemente, que o assunto foi tratado por destacado membro da classe médica (Morton Scheinberg, O Estado de São Paulo, 23.02.2009) como um “mal necessário”, perfeitamente justificado pela “ausência de eficácia ou a omissão do Estado na prestação de assistência em certos casos específicos”.

Diante dessa lógica, todas as vezes que o Estado, por intermédio de seu Sistema Único de Saúde, se mostrar injustificavelmente inerte na autorização de certos medicamentos, com “comprovada eficácia” no combate a determinadas doenças, ficaria legitimada a judicialização para a obtenção desses fármacos.

Afinal de contas, cuida-se de direito subjetivo devidamente constitucionalizado e o art. 196 da Constituição Federal propugna ainda tratar-se de um dever do Estado.

Eis um tema que merece cuidado redobrado e análise meticulosa, sob pena de cairmos em um precipício de generalizações e imprecisões.

Em verdade, ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito à saúde, a Constituição Federal confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças. Estabelece também a garantia ao acesso universal e igualitário relativamente às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Para se desincumbir desse elevado mister, foi previsto, no próprio Texto Constitucional, o Sistema Único de Saúde (SUS), que é, seguramente, a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro. Ao SUS incumbe a promoção, a integração e a organização das inúmeras entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde.

O sistema adota como diretrizes (art. 198, CF): a) a descentralização, “com direção única em cada esfera de governo”; b) o atendimento integral, “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”, c) a participação da comunidade e, finalmente, d) o financiamento permanente, “com vinculação de recursos orçamentários”.

O atendimento integral, previsto no Texto Constitucional, é uma importante diretriz desse sistema, tendo como mote a adoção de atividades preventivas de proteção da saúde, nos moldes do art. 7º, I e II, da Lei nº 8.080/1990, sem, no entanto, perder de vista a necessidade de intervenção curativa. Por isso, objetivando a realização dos escopos de “redução do risco de doenças e outros agravos” e “acesso universal igualitário às ações e serviços”, as normas legais regentes da espécie preveem a promoção e a proteção da saúde, e não só a sua recuperação.

Foi nesse sentido que o Ministério da Saúde elaborou o “Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde” (2006), difundindo, em sua página 75, que o atendimento integral previsto nos respectivos textos normativos deve envolver “todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes”. Esse mesmo atendimento, por sua vez, deve ser disponibilizado “para a proteção da saúde da população”, independentemente do nível de complexidade envolvido, pois abarca os procedimentos ambulatoriais mais singelos, até “os transplantes mais complexos”.

De acordo com as disposições constitucionais já mencionadas, o SUS está fundamentado na ideia de pluralismo, em um ambiente democrático participativo. É correto considerar, portanto, que seu modelo erigiu-se sobre uma estrutura complexa, cujo modelo de gestão pressupõe a instituição de diálogos, por meio de debates, pressões e propostas dos diversos setores da sociedade.

Ao lado dessas considerações, convém atentar ao fato de que as demandas envolvendo a saúde são invariavelmente formalizadas por meio de ações individuais, as famosas “ações cominatórias”, que objetivam, principalmente, a obtenção de medicamentos de alto custo, internações em leitos de UTI, distribuição de órteses e próteses e atendimento fora do domicílio.

Em todos esses casos, a previsão de recursos e meios para o atendimento da coletividade está dimensionada em várias balizas determinadas pela Administração Pública, devidamente circunscritas a políticas de Estado já previamente elaboradas e que, certamente, por pior que sejam, segundo a avaliação dos críticos, estão dimensionadas em bases objetivas.

A atuação judicial nesse contexto, ao tempo em que descobre e aplica a norma jurídica para um caso individual, não consegue se alinhar às diretrizes da lógica do sistema de saúde previsto na Constituição, pois cria critérios de diferenciação no atendimento aos usuários do sistema e interfere na gestão dos recursos orçamentários previstos em lei.

Desta feita, mesmo com o mérito de promover o caráter curativo já mencionado anteriormente, a atuação judicial em demandas individuais por saúde interfere nas diretrizes de precedência para o atendimento aos usuários do sistema, desconsiderando ainda seu caráter de promoção e proteção à saúde. Assim, perde de vista os demais objetivos eleitos em nosso ordenamento jurídico, que

constituem a lógica do atendimento integral e do acesso universal igualitário às ações e aos serviços do SUS.

Em síntese, o conjunto de sentenças e acórdãos proferidos em ações individuais, sobre o tema exposto, jamais se substituirá à autêntica e indispensável política sanitária propugnada pela Lei Maior.

O que fazer então? Seguindo tais diretrizes, fica evidente que a *desjudicialização* da saúde seria um bem necessário, senão indispensável, para o adequado funcionamento do SUS, e não o contrário.

É correta a percepção, no entanto, no sentido de que, em certas situações, a atuação judicial mostrar-se-á imprescindível à manutenção do direito à saúde. Isso não significa, contudo, que devamos creditar unicamente ao juiz o deferimento, por exemplo, de remédios de alto custo prescritos por um profissional da saúde que, por melhor que seja, nem de longe estará legitimado para fazer certas escolhas, individualmente, substituindo-se à deliberação plural do sistema único previsto na Constituição. Nem de longe, insista-se, terá legitimidade para dizer que a demora do SUS, ou mesmo da Anvisa, em validar determinados medicamentos, incluindo-os em suas listagens, é “razoável” ou não. Em suma, por melhores que sejam suas qualificações, não pode substituir-se aos órgãos de política sanitária de nosso País.

Seria dispensável mencionar, no entanto, que quando juízes, promotores e demais atores dos processos judiciais se veem diante de questões atinentes ao direito à saúde, é porque tais questões já foram judicializadas, restando pouco a fazer, a não ser atuar nos casos concretos individuais submetidos ao exame estatal.

Ninguém duvida, mesmo assim, de que é preciso sair dessa dinâmica viciosa e buscar uma solução judicial que, ao analisar eventuais omissões administrativas, possa concomitantemente cercar-se dos apontamentos técnicos relativos à referida esfera de atuação do Poder Executivo, sem olvidar da repercussão de sua decisão no âmbito da Administração Pública.

Com efeito, para que a atuação judicial leve adiante o projeto de universalização de políticas de implementação de direitos sociais preconizado na Constituição Federal, mostra-se indispensável a mudança da postura do juiz de primeiro grau, bem como dos integrantes dos tribunais, na condução desses processos.

Ora, o processo judicial deve concorrer para a estabilidade das instituições políticas, sem olvidar a necessária abertura de espaço para a participação dos cidadãos na vida e no destino do Estado.

No trato do direito à saúde, parece-nos que a fórmula para a reversão do quadro indesejável, insistentemente já exposto, consiste em dar-se, progressivamente, primazia à escolha de um remédio jurídico constitucional que afirme sua ênfase na tutela de interesses jurídicos metaindividuais, deixando as ações individuais para a esfera das excepcionalidades.

Explicando melhor, consigne-se que, para atingir esses objetivos, é indispensável a conscientização de todos os atores que atuam nesses processos sobre

a necessidade de veiculação dos interesses referidos ao direito à saúde por intermédio da ação civil pública, bem como o debate, com mais ênfase, sobre as peculiaridades que cercam a eficácia da sentença desse remédio jurídico constitucional, com Magistrados, Procuradores, Promotores e Administradores Públicos.

Com efeito, a referida ação, por possibilitar a ponderação sobre os interesses difusos juridicamente relevantes, terá ainda, pelo aspecto de sua generalidade, o caráter de se impor por meio de uma sentença que terá cunho normativo.

Nesses casos, a sentença com trânsito em julgado, proferida no processo judicial resultante de uma Ação Civil Pública, tem eficácia *ultra partes* e *erga omnes*, o que significa que alcançará a todos e abrangerá todas as situações jurídicas, presentes e futuras, envolvendo o tema julgado.

Somente esse modelo de atuação judicial terá o condão de orientar a atuação estatal para o atendimento aos interesses juridicamente relevantes, segundo um molde razoavelmente referido a critérios isonômicos, pois suas regras terão validade sobre todas as relações e situações jurídicas de uma dada comunidade política.

Esses mesmos critérios poderão ser estabelecidos com a ponderação sobre os recursos materiais disponíveis e outras possíveis contingências e situações relevantes em curso na sociedade. Por isso mesmo, é desejável que a elaboração da sentença, nesse procedimento, seja precedida de audiências onde possa ser colhido o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, registrando nos autos, além da *opinio* dos técnicos responsáveis por essas ações e serviços públicos de saúde, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos que compõem nosso sistema único.

Poder-se-ia, igualmente, investir na oitiva de outros integrantes da sociedade civil. Miremo-nos no bom exemplo do Supremo Tribunal Federal, que tem feito audiências públicas para tratar dos temas sociais de maior relevância.

A sentença a ser prolatada como resultado de uma ação civil pública sobre o tema em análise pode, portanto, levar em conta a deliberação social plural.

É importante ainda insistir que o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade, ao início de um processo de elaboração de norma jurídica genérica, aplicável *erga omnes*, inclusive com a extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos, ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos.

O administrador público, por sua vez, poderá e deverá orientar-se, por essa decisão, em relação a todos os casos, presentes e futuros, que estejam referidos às especificidades da tipologia do fato retratado na petição inicial e que são, certamente, determinantes para a eficácia preponderante contida no dispositivo da sentença.

Além disso, mostra-se imprescindível que o Magistrado sirva-se constantemente das informações colhidas pelos setores técnicos dos órgãos das respectivas secretarias de saúde e estabeleça contatos diários com as centrais de regulação de leitos de unidades de terapia intensiva, com o intuito de melhor orientar suas decisões.

Esse posicionamento está apto a compatibilizar a atuação da magistratura, em seu agir decisório, com as balizas de um sistema que propugna a participação social e está comprometido com um modelo plural de gestão.

Desta forma, mesmo sendo assertivo na concretização dos direitos sociais, o juiz atuará sem perder de vista a complexidade das normas constitucionais aplicáveis.

Tal modelo certamente trará ao comedimento o fenômeno da judicialização da política, apostando na viabilidade da elaboração de critérios compartilhados de solução aos problemas sociais, ao levar em conta, além dos fundamentos jurídicos envolvidos no tema, os entendimentos legitimantes manifestados por outras esferas de poder e pelos partícipes da sociedade civil.