

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE - FENÔMENO NECESSÁRIO DE CIDADANIA



*Por Alexandre de Matos Guedes\**

A questão da "judicialização da saúde", denominação genérica, que têm sido empregada por um grande arco de gestores, operadores jurídicos e profissionais da saúde para caracterizar a massa de ações que são propostas diariamente nos fóruns de todo o país buscando junto ao sistema único de saúde o fornecimento de todos os tipos de produtos e serviços necessários a um determinado tipo de tratamento médico que o autor da demanda eventualmente necessite.

A judicialização da saúde têm custos elevados e, por conta dos mesmos, tem sido intensamente debatida entre gestores e operadores do direito, sendo que os primeiros se dedicam a citar, a todo momento, casos determinados especialmente aberrantes onde o pedido - geralmente concedido por ordem liminar ou tutela antecipada - representa gastos extraordinários (às vezes na casa de milhões de reais) em remédios ou procedimentos experimentais ou desconhecidos.

Essas constantes repetições de casos extraordinários têm várias funções: Primeiro, criar entre os operadores do direito e na sociedade em geral a idéia que a judicialização da saúde é um fenômeno nocivo, movido por desinformados e aproveitadores e, por sua vez, concedido por outros desconhecedores (os próprios operadores jurídicos) que causa prejuízos ao patrimônio público e à sociedade como um todo.

Segundo, ao utilizar essas demandas aberrantes como representativas de uma tendência geral do fenômeno da judicialização, busca-se criar uma cultura doutrinária e jurisprudencial restritiva do direito fundamental à saúde de modo a solapar especialmente a integralidade da assistência, que seria juridicamente "desidratada", permitindo assim ao gestor oferecer menos produtos e serviços e obviamente, cortando - ainda mais - os gastos com o SUS.

O terceiro objetivo é o de tentar esconder que a esmagadora maioria das demandas judiciais que cobram serviços de saúde dos entes públicos contém pedidos que, na verdade, se limitam a requerer o fornecimento de remédios e procedimentos terapêuticos que já estão previstos nas listas

e protocolos oficiais do SUS e que não são fornecidos à população por razões várias, como insuficiência de oferta de serviços (próprios ou contratualizados perante terceiros), subfinanciamento, corrupção ou pura ineficiência - ou incompetência - da administração.

Este texto têm como objetivo lançar algumas idéias sobre a judicialização da saúde buscando remover as cortinas de fumaça que tem permeado a discussão desse fenômeno jurídico e político, de modo a apresentá-lo, a despeito de eventuais excessos, como situação demonstradora da evolução da cidadania em nosso país e como elemento de conscientização de nossa população - razão que talvez represente o verdadeiro, profundo e inominável motivo pelo qual os governantes se empenham em apresentá-la como algo nocivo à sociedade, eis que o ser humano consciente não pode ser facilmente manobrado por seus representantes, como tantas vezes acontece na história do Brasil.

Deve ser verificado inicialmente é que, se existe um fenômeno de "judicialização" o mesmo é suportado por um direito material previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

É interessante notar que, no direito constitucional brasileiro, no que se refere à saúde, esse direito subjetivo não se encerra apenas nos ditames do art. 196 da Constituição, que estabelece que a saúde é "direito de todos e obrigação do Estado".

A verdade é que a saúde - e o serviço encarregado de proceder à sua concretização - têm um suporte jurídico muito mais poderoso do que a mera dicção do prefalado dispositivo da Carta Magna, encontrando seu apoio em uma série de artigos da referida norma, o que lhe concede *status* não apenas de direito fundamental, mas igualmente de direito prioritário e *primus inter pares* entre todos os direitos prestacionais - e seus serviços públicos correspondentes - previstos na Constituição brasileira.

Anotemos os ditames do artigo 1º da norma fundamental brasileira, que estabelece em seus incisos II e III que os fundamentos da república brasileira estão na "cidadania" e "dignidade da pessoa humana" e o art. 3º do mesmo diploma, que estabelece entre os objetivos fundamentais do estado brasileiro a construção de uma sociedade "justa e solidária". A estes, acrescente-se o teor do art. 6º, que determina que a saúde é um "direito social", isto é coletivo, da sociedade brasileira.

A partir do momento em que se considera a saúde como elemento indissociável da dignidade da pessoa humana, e os serviços públicos de saúde como fatores essenciais da formação de uma sociedade civilizada (cujo principal atributo é a solidariedade), denota-se que o referido

direito à sanidade física e mental assume não apenas foros de direito fundamental, mas de elemento básico e formador da própria idéia da república e sociedade brasileiras.

Assim sendo, o direito à saúde extrapola a mera concepção de direito prestacional estabelecido nos arts. 196 e 198 da Carta Magna para se revestir da concepção de direito basilar do próprio Estado brasileiro, o que só é reforçado pelos termos do art. 197 do mesmo diploma, que estabelece os serviços de saúde como sendo de "relevância pública".

Ora, este termo é utilizado exclusivamente para o SUS entre todos os serviços públicos previstos na Constituição (como os de educação e segurança pública, para ficarmos apenas nos mais tradicionais) e na medida em que a norma "não contém palavras inúteis" (como ensina o clássico brocardo hermenêutico) fica evidente o desejo da norma fundamental brasileira em consagrar o SUS como serviço *primus inter pares* perante todas as demais atividades do aparelho estatal tupiniquim, o que carrega uma série de conseqüências para o gestor e os operadores jurídicos encarregados da hermenêutica do ordenamento jurídico nacional, que são em tese obrigados a administrar levando em conta essa priorização estabelecida pelo constituinte originário.

Que o direito à saúde é norma revestida de caráter fundamental já se sabe há muito; mas a idéia que *os serviços públicos de saúde - e portanto as ações prestacionais dele decorrentes - são prioritárias em relação a todas as demais atividades estatais -* é uma concepção que ainda não foi devidamente apreendida pelos gestores públicos e operadores do direito, presos que estão à velha cultura jurídica pré 1988.

A concretização do direito à saúde, especialmente pela via da judicialização, têm seu custo, certamente, como qualquer direito prestacional; mas dentro do quadro de uma *constituição dirigente*, como é o caso da brasileira, não cabe ao gestor restringir gastos em relação a um direito - e ao serviço que o concretiza - que a norma fundamental considera como prioritário em relação a qualquer outro gasto público.

Isso quer dizer que mesmo que os serviços públicos de saúde no Brasil fossem muito onerosos frente o conjunto do orçamento - o que não é verdadeiro (como se verá adiante) e que aqui se admite apenas *ad argumentandum tantum* - ainda assim o gestor teria de restringir gastos em outras áreas (como obras, por exemplo) para atender às necessidades da saúde da população, em termos coletivos e individuais.

Então, qualquer gasto decorrente da judicialização e que tenha sido reconhecido como legítima pela Justiça não é despesa indevida, mas sim verba que deve ser efetivamente revertida

quando necessário à satisfação do direito à saúde dos demandantes, a qual é considerada como precedente a qualquer outra atividade do Estado, pois assim disciplina a Constituição, de acordo com todos os artigos acima mencionados.

O que se deve entender no entanto é que essa reclamação dos gestores não tem qualquer fundamento na realidade, porque as despesas decorrentes da judicialização, embora elevadas, são inferiores a outras despesas juridicamente secundárias da administração, mas que não sofrem qualquer restrição do gestor, porque atendem a seus interesses secundários. Vejamos alguns dados para dar suporte a tais considerações.

Segundo o governo federal, os gastos com a judicialização da saúde, em âmbito ministerial, alcançaram, no período entre 2010 e 2014, o valor de R\$ 2,1 bilhões de reais.

Ocorre que só no ano de 2014, o governo federal gastou R\$ 2,3 bilhões em publicidade oficial.

Ora se em um único ano se gastou em propaganda mais do que em *cinco anos* de despesas decorrentes de ações judiciais em saúde, verifica-se que estes não representam um problema financeiro assim tão grande.

O fato é que uma administração pública que gasta dinheiro em propaganda não têm qualquer motivação jurídica para reclamar de despesas feitas na área da saúde, em face da prioridade destas e da legitimidade do gasto decorrente da determinação feita pelo Poder Judiciário.

O problema que a gestão pública brasileira tem como cultura política a destinação de verbas para a publicidade, ao contrário de todas as demais democracias do mundo, onde esse tipo de gasto não é feito com os cofres públicos.

O que se denota, portanto, é que não é a judicialização da saúde o problema, mas a destinação de verbas para áreas não prioritárias, mas interessantes politicamente para o gestor, em total descompasso com os ditames da Constituição.

Assim o direito à saúde tem custos sim, mas estes não são relevantes como se pretende fazer crer aos operadores do direito, até porque grande parte da judicialização é decorrente da falta de serviços e investimentos decorrentes da falta de financiamento dos serviços públicos de saúde no Brasil.

Para embasar esta conclusão devemos considerar que, de acordo com dados fornecidos em 2013 em nota técnica da Câmara dos Deputados, entre os países que adotaram o regime de cobertura universal de serviços públicos de saúde, o Brasil é o que efetua, em relação ao seu produto

interno bruto, o menor percentual de investimento: 4,07%, enquanto o Canadá, Reino Unido e Espanha gastam muito mais, sob o mesmo regime jurídico, para o custeio dos serviços estatais: 7,87%, 7,71% e 6,95% respectivamente.

Com esse nível de gasto público em um regime universal de saúde - decorrente da nossa ordem constitucional, como vimos - não é surpreendente que decorra um subfinanciamento, o qual, por sua vez, deságua na insuficiência de oferta de serviços, que respectivamente acarreta a propositura de ações judiciais para se obter acesso a um serviço que não é oferecido em virtude de atuação inconstitucional do gestor.

O fato é que, com a Constituição vigente, a saúde se estabeleceu como direito subjetivo fundamental e indisponível do brasileiro, o qual, por sua vez, ao ter consciência de tal prerrogativa, passou a requerer aos Tribunais o acesso aos serviços encarregados de concretizar esse mesmo direito quando o gestor se mostra incapaz de conseguir prover esse tipo de necessidade.

Ora, o que mais se espera de um cidadão consciente senão a possibilidade de, em frente a uma violação de seus direitos pelo poder público - seja por ação ou omissão - recorrer aos Tribunais? De fato, mesmo o antigo direito liberal consagra esse tipo de possibilidade, na medida em que a falta de acesso a serviço público previsto na norma fundamental é sem dúvida uma forma de arbítrio, a ser combatida pelos meios que o próprio ordenamento jurídico concede.

De fato, pelos simples números acima mencionados, demonstra-se que qualquer alegação de "reserva do possível" ou "recursos orçamentários finitos" que são feitos corriqueiramente pelo gestor para reclamar da judicialização da saúde não encontram qualquer fundamento financeiro ou jurídico em face da evidente realização de despesas não prioritárias e da falta de gasto suficiente para suportar um sistema de saúde pública universal.

Por outro lado, as eventuais demandas que apresentem algum tipo de abusividade estão atualmente vedadas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, após o advento de preceito judicial pelo Supremo Tribunal Federal através da STA 175/2009, de autoria do Ministro Gilmar Mendes e das alterações introduzidas pela Lei 12.401/2011 que estabeleceram várias condicionantes ao direito de acesso aos serviços públicos de saúde, especialmente a priorização das listas e protocolos do SUS, a necessidade de prévio licenciamento sanitário de quaisquer produtos e serviços requeridos em ação e, finalmente, a vedação de concessão de recursos públicos para pagamento de quaisquer tratamentos experimentais, faltando apenas e tão somente à disseminação de tais preceitos entre os operadores do direito, o que vem se resolvendo ao longo dos últimos anos.

O fato é que a gestão pública brasileira é refratária a aumentar os gastos em saúde pública, em parte por causa de uma cultura que se recusa a compreender as implicações da existência de um direito à saúde em caráter universal e fundamental (e, portanto sem contrapartida do usuário) e de um serviço público encarregado de concretizar esse mesmo direito, o qual, por sua vez é considerado como prioritário em relação a todos os outros.

Por não compreender essas implicações, e por preferir gastar seus recursos em outras áreas que lhe são mais afeitas politicamente (como obras e propaganda) o gestor prefere culpar o usuário pelas falhas do próprio serviço que ele mesmo não financia e administra adequadamente, buscando adequar a aplicação da Constituição aos seus próprios desejos e necessidades - que não são os mesmos da população.

A judicialização da saúde, portanto, não é um fenômeno negativo; como qualquer situação, pode ser objeto de excessos e abusos; mas em si mesma é a única forma que a coletividade encontrou não apenas para fazer valer os seus direitos, mas para obrigar o gestor a adequar as suas práticas à letra e prioridades estabelecidas pela norma fundamental do país.

Por isso é que judicialização da saúde é algo positivo para a evolução de nossa cidadania e deve ser assim tratada por todos os operadores do direito pátrio.

*\*Alexandre de Matos Guedes é Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso, Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB) e Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul*