

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. PRÓS E CONTRAS. VISÃO JURISPRUDENCIAL

*Claudio Antonio Soares Levada<sup>1</sup>*

Premissa: o direito à saúde é um dever do Estado. Buscam-se os procedimentos não oferecidos pelo SUS. Quanto à iniciativa privada, suprem-se judicialmente as recusas dos planos de saúde em relação aos procedimentos, ou das seguradoras no tocante ao reembolso de tratamentos ou cirurgias.

De um lado, o Judiciário impede violações por parte do Estado (frise-se haver solidariedade entre os entes estatais, cabendo ao cidadão escolher contra quem propor a ação). Impede também abusos contratuais e violações à boa-fé objetiva. Por outro lado, quanto ao Estado pode-se inviabilizar o acesso à saúde, um dos fundamentos do SUS (o acesso universal); por outro, na iniciativa privada a intervenção do Judiciário aumenta o custo dos planos, a fim de tornar viável a atividade econômica das empresas de saúde.

Para o hoje Ministro do STF Teori Zavascki, não há um direito “a estar sempre saudável”, mas sim “a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis”. Pondera porém que “a atuação judicial ganha espaço quando inexistem políticas públicas ou quando elas são insuficientes para atender minimamente a deveres estatais básicos”.

O senador Tião Viana (PT/Acre) informa que haveria um movimento financeiro da ordem de R\$ 680 milhões em compras de medicamentos decididas por ordens judiciais, o que a seu ver é temeroso, ao se substituir um pensamento técnico e político de gestão da saúde pela decisão de um juiz.

O Ministro Benedito Gonçalves, do STJ, compartilha de opinião semelhante, ao dizer que o Judiciário, quando ingressa na esfera da Administração Pública, “cria problemas de toda ordem, como o desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços

---

<sup>1</sup> Desembargador. Coordenador de Núcleo da Unianchieta. Professor convidado da PUC/SP, PUC/Campinas, FAAP e EPD, em cursos de pós-graduação nas áreas de Direito Civil e Processual Civil. Coordenador Regional de Processo Civil da Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP e PUC/SP, respectivamente. Diretor Jurídico da APAMAGIS.

públicos e outros”. As demandas contra o Estado deveriam obedecer à lógica do razoável, com pedidos que possam ser cumpridos financeiramente pelo Estado.

As situações são examinadas caso a caso. O STJ reconhece aos portadores de doenças graves, sem disponibilidade financeira para custear o tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de necessidade comprovada (REsp. n.º 1.028.835, 1ª. T., rel. o hoje Min. do STF Luiz Fux). Importante porém investigar a situação econômica real do doente, para evitar abusos de quem tenha capacidade financeira individual para tratar-se.

Também entende o STJ que o paciente não tem o direito de escolher o tratamento mais oneroso, ao Estado ou ao plano de saúde, se houver alternativa mais barata, existente no SUS ou coberta pelo plano, com iguais resultados para o paciente (RMS 28.338, rel. Min. Eliana Calmon).

Também se admite bloqueio judicial de verbas da Fazenda Pública como meio para efetivação do custeio do tratamento. Decidiu-se que havendo conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade das verbas públicas, prevalece o primeiro (REsp. n.º 901.289, rel. o hoje Min. do STF Teori Zavascki). “Sendo urgente e impostergável a realização de transplante medular ósseo, sob pena de grave comprometimento da saúde da demandante, não teria sentido algum submetê-la ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública”.

A origem de tudo, ou a disseminação do ativismo judicial em relação à determinação de medicamentos não cobertos pelo SUS ou por planos de saúde, começou com os tratamentos aos portadores de HIV, mesmo que os remédios não estivessem previstos ou aprovados no Brasil, mas sendo usados nos Estados Unidos ou na Europa. Exemplo é o voto do Min. do STF Luiz Fux no REsp. n.º 684.646, RS, 1ª. T. do STJ, em que se determinou a importação de um tratamento experimental à época (2005) para AIDS, não aprovado aqui mas sim pela Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos. Decidiu-se que o direito à saúde é um direito-meio para atender ao direito maior a uma vida digna, ou seja, para atender ao princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto no artigo 1º, inciso III.

A linha seguida pelo STF não é substancialmente diferente. Enquanto presidente do órgão máximo, o Min. Gilmar Mendes convocou audiência pública para discutir o excesso de

demandas para efetivação do direito à saúde, tendo discursado em seu início nos termos seguintes:

*“O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.*

*Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema. (...)*

*No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais. (...)*

*O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis. (...)*

*Precisamos analisar, entre outras questões, as conseqüências da atuação do Poder Judiciário para a ordem, a saúde e a economia públicas, mas sem esquecer que estamos tratando de um dos direitos mais importantes para os cidadãos brasileiros, o direito à vida. (...)”.*

Na verdade, e isto foi realçado pelo então Defensor Geral da União, Leonardo Lorea Mattar, o Judiciário age em face da omissão do Estado, a fim de “corrigir defeitos apresentados na prestação organizada pela Administração Pública”; o ativismo judicial existe diante das falhas do aparelho governamental ou dos abusos cometidos na iniciativa privada. Citem-se os argumentos utilizados:

*“O que estamos a discutir, aqui, não é a substituição da Administração Pública pelo Poder Judiciário, porque isso, evidentemente, é prejudicial para o sistema; isso, evidentemente, desorganiza o uso das verbas. Não há dúvida em relação a isso. O que estamos discutindo aqui é: em situações específicas, quando, por falta de vontade, por falta de planejamento, por qualquer outro motivo, o Estado não consegue cumprir aquilo a que se propôs, a elaborar as políticas públicas necessárias, pode ou não o Judiciário intervir? Pode e deve intervir, sim.*

*Então, não se trata aqui de desarticular o Sistema de Saúde através de decisões judiciais, mas sim de corrigir defeitos apresentados na prestação organizada pela Administração Pública. O que todos nós gostaríamos e esperamos que aconteça nos próximos, talvez, cinco, dez anos, é que a Administração Pública possa formular, de forma plena, suas*

*políticas para que não seja necessária a intervenção do sistema de Justiça para fazer as eventuais correções.”*

É preciso lembrar, 25 anos após sua promulgação, que as normas protetivas dos direitos fundamentais não são meramente programáticas, despidas de eficácia plena. São mais do que princípios, são na verdade regras baseadas em princípios, a serem concretizadas no dia a dia, ou perderiam seu caráter protetivo. E a invasão dos juízes, como é vista muitas vezes, só ocorre porque houve um correspondente abandono no campo da saúde, muitas vezes sob o cômodo argumento – e sempre pronto para ser usado, note-se – de falta de previsão orçamentária, falta de leitos etc., ou sob o argumento, tão impressionante quanto vazio, de que o Estado não pode ser o segurador universal, como se a vida humana, uma que seja, deva ser relegada a questões de ordem econômica ou de gestão da saúde – leia-se má gestão da saúde, ou não haveria as necessidades a serem supridas.

Também a questão dos planos de saúde, privados, deve ser analisada sob o ângulo de que, bem planejados os custos de cada carteira, individual ou coletiva, o que se faz por meio de cálculos atuariais bem conhecidos e precisos, haverá uma distribuição mais equânime, mais equilibrada, dos prêmios devidos ao longo do tempo, o que muitas decisões enfatizam. Decisões que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, entre 2009 e 2010 foram 88% favoráveis ao usuário, 7,5% favoráveis aos planos de saúde e 4,5% com a concessão parcial dos pedidos, num universo de 782 decisões colegiadas examinadas pelo médico Mário Scheffer, em excelente artigo encontrado na Rev. Dir. Sanitário, v. 14, n.º 1, pp. 122/132, março/junho de 2013. O CDC fundamenta 59% das decisões analisadas, a lei 9.656/98 embasa 15%, a Constituição Federal 6,5% e o Código Civil 13%, dentre outras normas.

As negativas de cobertura em casos de câncer aparecem em 218 das ações, ou 36,57%; AVC, infarto e problemas cardíacos vários surgem com 116 ações, ou 19,46%; seguidas de doenças do sistema osteomuscular, artroses, hérnias de disco, problemas ortopédicos e de coluna. Os procedimentos mais negados são os quimioterápicos, com 35,95% das ações, tanto para uso domiciliar como ambulatorial; seguidos de cirurgias, fisioterapia, fonoaudiologia e reabilitações; hemodiálise e transplantes.

Percebe-se que se trata de um universo de doenças graves, cuja negativa de tratamento não raro pode conduzir à morte ou à invalidez do paciente. Por isso mesmo são muitas vezes

procedimentos dispendiosos, que sem dúvida oneram os planos, o que aumenta a necessidade de planejamento rigoroso de seus custos, a fim de evitar sua inviabilização econômica.

Não há dúvida de que a via administrativa é a mais adequada para a solução das demandas relativas à saúde. O Judiciário deve agir de modo suplementar, apenas quando ocorram omissões do Estado ou negativas injustificadas dos planos de saúde ou das seguradoras privadas. E se, por um lado, os recursos são finitos, o que torna necessário que as ordens judiciais sejam ponderadas e considerem o custo para o Estado do cumprimento das medidas emergenciais, por outro lado a vida humana não pode em nenhuma hipótese ser desprezada ou secundarizada. Governar é definir prioridades, presumindo-se que um país que se tenha disposto a realizar uma Copa do Mundo e uma Olimpíada tenha condições de gerir de forma plena seu sistema de saúde, fiscalizando melhor as irregularidades que acontecem cotidianamente, reprimindo a corrupção com firmeza e administrando com sabedoria os recursos para manutenção do SUS.

A interferência suposta que o Judiciário faz, a cada decisão urgente ou emergencial, a uma não é interferência nas políticas públicas da saúde e sim a realização de sua função primordial, de impedir toda e qualquer ameaça ou lesão a direito alegado, conforme o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Um país que possui 548 estabelecimentos hospitalares e 1.376 equipes médicas autorizadas, em 25 estados, a realizar transplantes de órgãos, o que mostra seu nível de sofisticação na área médica, não pode conviver simultaneamente com omissões em tratamentos populares básicos que visem à remissão ou atenuação dos efeitos de doenças sérias como câncer, diabetes, artroses, cardiopatias etc.; a judicialização só nasce da omissão, é a verdade a ser dita e defendida. E é impossível generalizar o que deve ou não ser feito, já que o fundamental é a atenção judicial às peculiaridades de cada caso concreto.