

Saúde sob o olhar clínico da Justiça

//Milton Júnior

26
■
SET/DEZ 2013

A falta de infraestrutura nos hospitais públicos e a deficiente oferta de tratamentos e medicamentos por parte do Sistema Único de Saúde (SUS) abrem caminho para um fenômeno que cresce a cada ano no Brasil: a judicialização da saúde. Em média, 12 mil novas ações judiciais são movidas anualmente contra o Governo Federal, sem considerar processos que envolvem gestores estaduais e municipais. Nesse contexto repleto de polêmicas, médicos precisam saber lidar com os conflitos de interesse e, principalmente, cumprir seu papel ético de guardar absoluto respeito pela vida humana.



Em “*Livro do Desassossego*”, o poeta Fernando Pessoa já ressaltava a complexidade das questões humanas, que, nas contendas judiciais na área da saúde, torna-se ainda mais evidente. “Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de porque tinham se zangado. Cada um disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Não era que um via uma coisa e o outro, outra, ou um via um lado das coisas e o outro, um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico um do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso a respeito desta dupla existência da verdade”.

Não é diferente na esfera da judicialização da saúde, fenômeno responsável por um número cada vez maior de ações judiciais para garantir o acesso de pacientes a serviços de saúde e, sobretudo, a medicamentos e equipamentos. De um lado, pacientes encontram no Poder Judiciário o remédio para suprir as falhas na assistência. Amparados em princípios constitucionais, eles reclamam o direito universal, integral, igualitário e de qualidade à saúde. De outro, gestores públicos têm de se contrapor para cumprir políticas públicas, tentando evitar que o benefício de poucos implique em malefício da coletividade.

Para alguns, a prática de recorrer ao Judiciário para exigir tratamentos ou remédios tem se tornado exagerada e, em alguns casos, atende a interesses particulares. “É preciso

O PROTAGONISMO DA JUSTIÇA

No campo da teoria política, o conceito de judicialização foi firmado na definição dada pelos norte-americanos Neal Tate e Torbjörn Vallinder, que, em 1995, divulgaram no livro *Global expansion of Judicial Power* (A expansão global do Poder Judiciário) os resultados de debates sobre poder judicial. Ao investigarem a judicialização da política, analisaram os fatores que impulsionaram a expansão do protagonismo judicial. Segundo eles, o termo define a expansão e a reação do Poder Judiciário frente à provocação de um terceiro. Sua finalidade é revisar a decisão de um poder político tomando como base, no caso do Brasil, a Constituição Federal.

reconhecer os ganhos provenientes de contribuições notáveis da engenharia genética e da biotecnologia, assim como da indústria farmacêutica. No entanto, os interesses da lógica de mercado, perseguindo lucros, provocaram distorções que levam ao uso desnecessário ou sem justificativa técnica, de exames laboratoriais e de medicamentos”, argumenta o médico José Augusto Barros, doutor em Epidemiologia e mestre em Medicina Preventiva.

Para o especialista, que há anos se dedica a analisar um processo que batizou de medicalização da sociedade, há uma “cultura da pílula” no Brasil, impulsionada, muitas vezes, por estratégias adotadas pela indústria farmacêutica. “Prescritos por médicos ou consumidos através da automedicação, a expectativa criada é sempre favorável, em relação às novidades continuamente lançadas no mercado. Desconsidera que um padrão de saúde adequado requer, no caso do Estado, menos gastos com compra de medicamentos e mais com saneamento básico, educação ou melhoria nas oportunidades de emprego e de distribuição da renda”, argumenta.

Outra interpretação sobre o mesmo fenômeno é a de que a judicialização tende a ser reflexo da ineficácia do Estado, que, diante da escassez e da má gestão dos recursos materiais e humanos, obriga-se a escolher quem será atendido e quem deixará de sê-lo. É o que aponta o 1º vice-presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), Carlos Vital Corrêa Lima. “Quando falamos em judicialização da saúde, somos condicionados a pensar só nos impactos da receita do médico, quando, na verdade, o termo tem um sentido muito mais amplo”. Para ele, as grandes questões presentes nos tribunais, hoje, são aquelas advindas da corrupção nas terceirizações dos serviços públicos e dos ganhos absurdos das operadoras de planos de saúde, patrocinados pelo descumprimento de seus contratos.

Na avaliação do representante dos médicos, o termo judicialização é uma expressão de marketing, que tenta estigmatizar a Justiça, como se ela fizesse mal à saúde. “Temos que ter a convicção de que a Justiça faz bem à saúde. Neste sentido, um grande risco é começarmos a ver, a partir de certo período, uma postura diferente do Poder Judiciário, influenciado por pressões e, sobretudo, com considerações absolutamente inconsistentes sobre o princípio da reserva do possível, de maneira a atuar sem a equidade necessária para manter valores absolutos como vida e saúde”.



Mas as ordens judiciais já não estão restritas apenas ao fornecimento de remédios de alto custo para tratamentos de doenças. Além dos gastos com drogas e dos doentes que esbarram na burocracia do serviço público para conseguir atendimento, há pessoas que cobram das secretarias de saúde o pagamento de fraldas geriátricas, esmalte especial para unhas, protetor solar, creme para acne, entre outros itens mais prosaicos. Segundo o presidente do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (Conass), Wilson Duarte Alecrim, os gestores de saúde enfrentam muitos outros desafios no cumprimento das ordens judiciais.

Para ele, a aquisição de um medicamento sem registro na Anvisa, por exemplo, não pode ser alvo de processo licitatório, o que faz com que os secretários de saúde estejam sujeitos às penalidades impostas pelo judiciário e pelos órgãos de controle de contas. “Além dos bloqueios de verbas públicas, aplicação de multas à pessoa física do gestor, determinação de prisão, apresentam-se ainda os desafios de manter planejamento e execução adequados aos instrumentos legais, de justificar junto aos serviços de saúde, seus profissionais e pacientes já cadastrados essa inserção de demandas”, explica Alecrim.

O QUE DIZEM OS JURISTAS?

Na saúde, quando um direito é concedido pelo Judiciário, é porque realmente foi configurada a desassistência. Como o Estado tem a responsabilidade constitucional de cuidar da saúde desse e de todos os pacientes, o juiz pode arbitrar pelo custeio dessa medicação. O paciente então, de forma justa se beneficiou. O mesmo acontece com alguém que necessita de um leito de UTI, por exemplo, e que mediante ordem judicial, consegue essa internação. Como os recursos são limitados e o número de necessitados de proteção é grande, aquele que procura a Justiça recebe seu direito.

O aumento exagerado de ações judiciais, porém, é visto com preocupação, pois ao passo que o magistrado busca fazer ‘justiça’ com alguns, corre grande risco de ser ‘injusto’ com outros. Assim pensa Ricardo Perlingeiro, membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e coordenador do Comitê Executivo para o Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. “Minha maior preocupação com todo esse fenômeno da judicialização é que o Judiciário acabe, na prática, sendo um instrumento para romper com a igualdade de tratamento que a saúde pública deve ter em relação a todos. Não é possível termos uma saúde pública para os demandantes judiciais e outra, de segunda categoria, para aqueles que não procuram os tribunais”, declarou o jurista.

“A satisfação de uma pretensão judicial deveria sempre estar condicionada à reestruturação prévia da autoridade administrativa quanto à distribuição dos recursos disponíveis. É muito difícil um juiz decidir isoladamente a situação de um interessado que pretende ser internado, por exemplo, e desconsiderar toda a organização administrativa que levou àquela fila de atendimento. O que deveria estar sendo judicializado não é apenas a situação daquele interessado, mas a situação de toda a organização da administração pública quanto àquela fila de atendimento”, defende Perlingeiro. Para ele, a judicialização do direito à saúde parte de uma deformidade do sistema que, paradoxalmente, depois de judicializada, pode tornar esse sistema ainda mais deficiente.

Do mesmo modo avalia a advogada e autora de diversos livros e artigos sobre o Direito Sanitário, Sueli Gandolfi Dallari. Ela defende que o Judiciário esteja atento a todas as fases do processo de elaboração e implementação da política sanitária. “O ideal seria que a Justiça amparasse a realização do direito à saúde para todos, como fazem, por exemplo, os juizes da Índia, que quando provocados por um pedido, ainda que individual, exigem que o governo realize a política e vão acompanhando e controlando cada uma das medidas que a compõem”.

O que se vê no Brasil, explica a advogada, que também é professora titular da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), são vários casos em que o fenômeno tem servido para atender os interesses do mercado, especialmente porque o Judiciário brasileiro tem o “defeito” de ignorar o caráter eminentemente social do Direito contemporâneo e trata todos os casos como se fossem exclusivamente individuais. Em outras palavras: falta prestigiar a ação civil pública, especialmente para a defesa do direito à saúde.



foto: Márcio Arruda

RESERVA DO POSSÍVEL

Consagrado na doutrina brasileira sob a influência confessa da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a expressão é frequentemente invocada pela administração pública para não atender determinados direitos à saúde pela alegação de falta de recursos materiais ou limites financeiros.

Segundo o jurista Ricardo Perlingeiro, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada à prerrogativa do legislador em escolher quais benefícios de saúde considera prioritários para financiar, sem que isso implique, entretanto, em limitação ou restrição de direitos que já existem e de direitos que sejam já exigíveis. “Não se cogita a reserva do possível diante de direitos que já tenham sido consagrados pelo legislador, porque isso seria absolutamente contraditório”.

Carlos Vital também acredita que a reserva do possível só deve e pode ser considerada quando existir um mínimo adequado de financiamento à saúde do país. Dados do CFM mostram que, entre 2001 e 2013, o Ministério da Saúde deixou de aplicar quase R\$ 94 bilhões no Sistema Único de Saúde (SUS). Além disso, o financiamento público é responsável por apenas menos da metade do gasto total em saúde (47%), enquanto em outros países reconhecidamente com sistemas universais de saúde, o financiamento do estado não é menor do que 70% de todo o gasto sanitário.

“Enquanto persistir isso num país que é a sexta potência econômica do mundo, não há que se falar em reserva do possível. O impossível é aceitar o *status quo* de desassistência, de desrespeito aos mandamentos constitucionais que determinam a dignidade humana como lastro do Estado Democrático de Direito e a saúde como direito do cidadão”, aponta Vital.

EM BUSCA DA UNIFORMIDADE

Trabalhos acadêmicos por todo o país revelam alguns dos argumentos mais frequentemente utilizados em sentenças favoráveis a quem recorre ao Poder Judiciário para ter acesso ao direito à assistência em saúde. Dentre eles está o do direito à vida e à saúde como dever do Estado, conforme determina o artigo 196 da Carta Magna. Outro atribui ao julgador a responsabilidade de defender o bem maior que é a vida e não o interesse estatal. A experiência brasileira de controle judicial em saúde mostra, no entanto, contradições próprias dos momentos de mudança de paradigmas.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) reuniu especialistas, entre advogados, promotores, magistrados, médicos, gestores e usuários do SUS para tentar pacificar entendimentos em torno das questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas envolvendo o direito à saúde. O objetivo era orientar e subsidiar o Judiciário no julgamento dos processos envolvendo demandas de saúde. Na ocasião foram abordados, entre outros, temas como a obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes e de disponibilizar medicamentos ou tratamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou não constantes de protocolos clínicos do SUS.

Não obstante os esforços do Judiciário em uniformizar entendimentos acerca da judicialização, é possível observar que as demandas nos tribunais continuam a crescer e a envolver pedidos de medicamentos, procedimentos ou produtos que não estão em nenhum protocolo clínico ou lista elaborada pelos gestores do SUS, bem como pedidos de itens não autorizados ou registrados pela agência reguladora – aspectos que deveriam ser observados pelos julgadores, conforme orientou o STF.

Embora os gestores públicos, em especial os municipais, reconheçam que algumas demandas que são muito frequentes estejam relacionadas aos vazios assistenciais do SUS, a percepção é de que o Judiciário tem avançado pouco na consideração das diretrizes e recomendações que ele mesmo elaborou. No cotidiano da gestão não se observa a repercussão padronizada dessas diretrizes, recomendações e legislação nas diversas instâncias do Judiciário.



foto: Arquivo Agência Brasil

Em 5 de outubro de 1988, o deputado Ulysses Guimarães assinou no plenário da Câmara dos Deputados os documentos que promulgavam a Constituição: o direito à vida e à saúde estavam assegurados como dever do Estado.

“O direito é uma ciência e possui técnica para solução dos problemas que se apresentam. Contudo, não se trata de uma ciência exata e há situações que são compreendidas de formas diferentes por diferentes juízes e leva algum tempo para que o entendimento seja unificado”, explica a juíza Maria Aglaé Tedesco, juíza de direito e doutoranda em bioética, ética aplicada e saúde coletiva.

“Hoje existem grupos de profissionais da área de saúde que auxiliam os juízes a tomarem decisões quanto à concessão de medicamentos, por exemplo. Alguns critérios objetivos são estabelecidos e as decisões se pautam nestes e passam a ter uniformidade. Mas há questões que ainda precisam de maior debate e estudo até que sejam pacificadas”, esclarece a magistrada.

INDÚSTRIA DAS AÇÕES JUDICIAIS

Considerado protagonista nesse cenário da “cultura da pílula”, o mercado farmacêutico nacional movimentava cerca de R\$ 28 bilhões, com alta taxa de crescimento anual, colocando-se entre os 10 maiores do mundo. A envergadura econômica do setor sugere um dos poucos estudos meticolosos sobre os bastidores da judicialização, e tem causado forte influência nas ações judiciais na área da saúde.

Em “Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos”, divulgado em 2010, as pesquisadoras Ana Luiza Chieffi e Rita de Cássia Barradas Barata analisaram a concentração na distribuição dos processos judiciais segundo medicamento (fabricante), médico prescritor e advogado imputante da ação.

“O lobby da indústria e do comércio de produtos farmacêuticos com associações de portadores de doenças crônicas e o intenso trabalho de propaganda com os médicos fazem com que tanto os usuários quanto os prescritores passem a considerar imprescindível o uso de medicamentos novos. Em regra, esses produtos são de altíssimo custo, mas nem sempre são mais eficazes que outros de custo inferior, indicados para a mesma doença”, ponderam as pesquisadoras.

Ao analisar 2.927 ações cadastradas no Sistema de Controle Jurídico da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, movidas em 2006, elas observaram que os processos para compra de remédios não incluídos no SUS estavam nas mãos de poucos advogados, sugerindo uma relação estreita dos profissionais do direito com os fabricantes de medicamentos. Dos 565 advogados responsáveis pelas ações, 19 ajuizaram 63% dos processos. No caso de alguns medicamentos específicos, um único advogado foi responsável por 70% das ações.

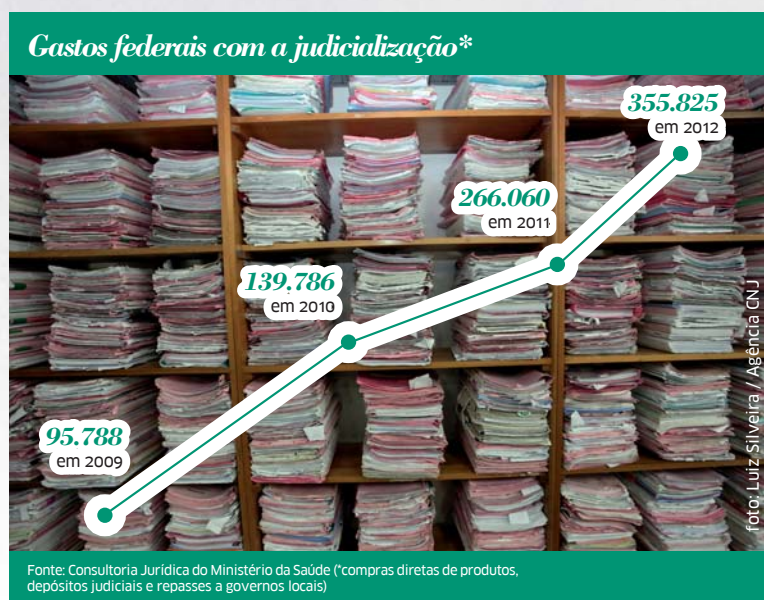
As informações sobre a evolução do número de ações em trâmite em todo o Poder Judiciário são imprecisas, mas dados do Ministério da Saúde evidenciam um crescimento progressivo no número de ações no âmbito federal. Em 2009, 10.486 novos processos judiciais citavam a União como ré em ações movidas na área da saúde - números que saltaram 24% em 2012, quando 13.051 novas ações foram apresentadas. Dados da Procuradoria-Geral da União mostram que, entre outubro de 2011 e setembro de 2012, foram preferidas 7.773 decisões judiciais, das quais 70% pesaram em desfavor à União.

A CANETA DO MÉDICO

O papel do médico como representante da ciência no debate sobre a judicialização também é merecedor de considerações. Isto porque o Código de Ética Médica veda ao médico exercer a profissão com interação ou dependência da indústria farmacêutica (artigo 68) e de obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional (artigo 69).

Segundo o 1º vice-presidente do CFM, a maioria da classe médica atua de maneira idônea, diligente, com a adequada perícia e prudência, "utilizando-se dos princípios da razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade, dentro do amplo aspecto da ética utilitária, da ética dos princípios e em prol da dignidade humana". De fato, entre 2009 e outubro de 2013, cerca de 130 profissionais receberam algum tipo de punição do Conselho Federal com base nos artigos 68 e 69 do novo Código de Ética Médica. Destes, 18 chegaram a ser cassados - número que representa 1% de todas as infrações julgadas pelo CFM no período.

Carlos Vital recorre às assertivas da ministra Eliane Calmon, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao enfatizar que a caneta do médico é de menor importância nas questões de judicialização. "É claro que o médico precisa pensar no interesse coletivo. Para isso, ele usa de forma permanente a racionalidade, prescrevendo a medicação que seja mais eficaz, que tenha menos efeitos colaterais e que, ao mesmo tempo, possa ser adquirida com o menor custo". Para ele, nos casos em que as medicações são caras e imperativas para uma resposta necessária, o médico deve prescrever, pois tem um primeiro e maior compromisso com seu paciente, com a vida e com a dignidade humana.



AS CONTAS DA JUSTIÇA

"O atendimento da rede deveria ser prioridade para o SUS, porém, ante as constantes ameaças à União e ainda de prisão aos gestores, as compras voltadas ao atendimento de ações judiciais vêm ocupando cada vez mais espaço na alocação de recursos e de servidores, que são retirados das áreas fins do Ministério, para comporem o quadro de pessoal da Coordenação de compras do Ministério da Saúde, com claro prejuízo às políticas previamente definidas", aponta documento elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde.

Segundo informações obtidas pelo Ministério da Saúde junto aos estados, somente o Governo do Estado de São Paulo gastou, em 2010, quase R\$ 700 milhões no atendimento às demandas judiciais de saúde. O valor representa cinco vezes o montante gasto pelo Governo Federal no mesmo ano (R\$ 139,8 milhões). Estima-se que a conta da judicialização seja bem maior, pois não existem informações precisas acerca da intervenção judicial em saúde nos âmbitos estadual e municipal, onde é possível que a situação seja semelhante à observada na esfera federal. ■