



REDUCING REVIEW OF HEALTH CARE POLICIES?*

DESJUDICIALIZANDO AS POLÍTICAS DE SAÚDE?

RICARDO PERLINGEIRO¹

ABSTRACT

Contents of the lecture given in the Initiation Course for Judges, organised by the EMERJ (School of Judicial Science of Rio de Janeiro), at the Court of Justice in Rio de Janeiro on 28 April 2015. The author takes an unconventional approach to the question of judicial review of health care by trying to identify the path that will lead to reducing such judicial review, i.e., a reversal of the current growth trend in the number of Brazilian court cases involving the right to therapeutic assistance, which has quadrupled in the past 4 years from approximately 100,000 claims in progress in 2010 to 400,000 in 2014. Considering that the most perverse effect of judicial review of health is the resulting disruption in the universality of access to health care services, with the creation of two SUS (unified health-care systems”), one of them in favour of those who file court claims and the other favouring those who do not, the text searches for solutions. The author in some cases holds the public authorities responsible should be oriented towards the supremacy of fundamental rights and not by the literal interpretation of the statutes and regulations, at in other cases encourages judicial review of health policies but only through class actions as a currently feasible alternative to fight against the repetitive claims filed with the SUS, which has not yet realised the need for guarantees of true due process of law even though such guarantees are called for by the Constitution and applicable statutes.

Keywords: Judicial review of health. Public policies. Health care law.

RESUMO

Conteúdo da palestra ministrada no Curso de Iniciação dos Magistrados, organizado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), na sede do Tribunal de Justiça, no Rio de Janeiro, em 28 de abril de 2015. O autor aborda a judicialização da saúde a partir de um ponto de vista contrário ao habitual, tentando identificar o caminho a percorrer para uma desjudicialização, isto é, uma retração do aumento da quantidade de ações judiciais sobre o direito à assistência terapêutica em curso no país, a qual quadruplicou, de 100.000 para 400.000 demandas aproximadamente entre 2010 e 2014. Considerando que o efeito mais perverso da judicialização da saúde reside na ruptura da

¹ Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Diretor de Intercâmbio e Difusão da Escola de Magistratura Regional Federal (EMARF). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: gabrp@trf2.jus.br



universalidade do acesso às prestações de saúde, com o surgimento de dois SUS, um em favor dos que demandam judicialmente e outro em favor dos que não demandam, o texto busca soluções, ora imputando à Administração a responsabilidade pela observância dos direitos fundamentais e não apenas da literalidade das leis e dos regulamentos, ora estimulando a judicialização das políticas da saúde, como uma pretensão restrita aos processos coletivos e como a alternativa – factível no momento – para combater as demandas repetitivas ante um SUS que ainda não despertou para as garantias de um verdadeiro *due process of law*, a despeito da sua previsão constitucional e legislativa.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Políticas públicas. Direito à saúde.

O excesso de demandas judiciais no país está inegavelmente associado às causas de interesse público: do total de 92 milhões de processos em tramitação em 2012, ao menos 40% são referentes a execuções fiscais. Desse panorama, destaco o não menos expressivo quadro das demandas judiciais sobre assistência à saúde pública: perante a Justiça Federal e a Justiça Estadual, entre 2010 e 2014, o número de ações judiciais em curso quadruplicou, de 100.000 para 400.000 demandas aproximadamente. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Rio de Janeiro, até junho de 2014, a Justiça Estadual constava como encarregada de processar aproximadamente 46.000 ações sobre assistência terapêutica.

Os dois temas, demandas repetitivas e judicialização da saúde, prometem continuar sendo alvo de atenção das políticas judiciárias e programas de pesquisa no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Conselho da Justiça Federal (CJF) e na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). A respeito das demandas repetitivas, o CJF incluiu a gestão de demandas repetitivas no seu Plano Estratégico 2015-2020, e a ENFAM definiu, neste ano de 2015, diretrizes para um programa de pesquisa sobre demandas repetitivas. No que concerne à judicialização da saúde, convém citar o Fórum Nacional de Saúde do CNJ, criado em 2010, e o projeto piloto da ENFAM para o desenvolvimento de pesquisa nacional sobre a judicialização da saúde em 2015.

Na verdade, a judicialização da saúde, como vem se manifestando nos últimos anos, é um recorte ideal para estudos sobre as demandas repetitivas, porque grande



parte destas, assim como das demandas de assistência à saúde, tem como pano de fundo atuações públicas de alcance geral.

Consta da matéria da Folha de S. Paulo, “Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos”, de 7 de março de 2015, que:

Apesar do maior acesso da população à Justiça, os processos em excesso podem comprometer projetos mais amplos na área da saúde, conforme avaliação do governo e de alguns especialistas. ‘É preocupante porque é uma parte extra que está entrando no nosso orçamento e reduzindo outras ações’, afirma Jarbas Barbosa, secretário de ciência e tecnologia do Ministério da Saúde. Opinião semelhante tem Deborah Ciocci, do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça. ‘De início, não é um fenômeno negativo. Ocorre que o Judiciário, que deveria apenas ser utilizado em caso de grave ineficiência ou ilegalidade, vem sendo a primeira alternativa,’ diz”.²

De fato, a judicialização da saúde é um mal, mas, infelizmente, por enquanto, um mal necessário.

Considero mais do que oportuno deixarmos de ter como foco o sistema judiciário sempre que se lembram do excesso de judicialização sobre causas de direito administrativo, em especial, a assistência terapêutica junto ao SUS.

Aliás, quanto mais estruturado o Judiciário e quanto mais eficazes as leis do processo judicial, maior será a judicialização. Evidente. Isso é sinal de que o Judiciário vem cumprindo bem o seu papel institucional.

Por mais óbvio que seja, não se combate a judicialização restringindo o acesso à proteção jurisdicional de direitos individuais. É a sua origem, no Executivo, que deve ser enfrentada.

Na verdade, não enxergo outras alternativas à judicialização exacerbada senão a busca por soluções a partir de uma reestruturação do atual modelo de gestão pública da saúde, o qual precisa passar a ter aptidão e credibilidade para evitar ou para compor, por si mesmo, os conflitos entre pacientes e autoridades e, em consequência, desestimular as demandas judiciais, principalmente as de caráter repetitivo.

² Disponível em: <<http://bit.ly/1H9OPw6>>. Acesso em: 07 mar. 2015.



A desjudicialização por completo das pretensões à assistência terapêutica seria uma medida incompatível com o Estado de Direito nos sistemas jurídicos em que a plenitude da jurisdição administrativa e da jurisdição constitucional compete aos tribunais judiciais.

Entretanto, em um Estado de Direito, não são as decisões judiciais as únicas sujeitas ao princípio da supremacia da lei, isto é, ao império das normas constitucionais, convencionais e dos direitos fundamentais. Na medida do possível, de igual forma, devem proceder as autoridades administrativas, orientando-se, sobretudo, pelos direitos fundamentais, como, aliás, vem sinalizando o sistema interamericano de direitos humanos. É certo que quanto mais lograrmos êxito nessa direção, menor será a demanda por uma atuação judiciária.

Não é uma missão de fácil concretização. Reconheço.

Tem sido um desafio para o direito administrativo europeu, por exemplo, em vista da jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo, impor às autoridades públicas nacionais o cumprimento direto das normas comunitárias contrárias às leis nacionais, associado ao fato de que não é da tradição do direito administrativo europeu continental a noção de independência dentro da Administração.

Nos próprios sistemas jurídicos vinculados ao *common law*, como nos EUA, em que as autoridades administrativas “quase judiciais” detêm parcela de independência e partilham com o Judiciário a jurisdição sobre as causas de direito administrativo, na prática, somente as questões de fato se incluem em uma deferência que o Judiciário concede à Administração (*administrative deference*) e escapam do *judicial review*.

De qualquer forma, não se cogita naqueles sistemas jurídicos de uma judicialização com os patamares que nós vivenciamos. Portanto, é tempo de iniciarmos reflexões a respeito, conforme nossa realidade, de modo que a Administração Pública aumente sua credibilidade e deixe de prosseguir aguardando comodamente uma manifestação judicial para o reconhecimento de direitos.

Para tanto, deve-se considerar a viabilidade, perante o SUS, de duas diretrizes básicas que vão ao encontro do direito administrativo contemporâneo, tanto do ponto de vista dos procedimentos administrativos (quero dizer, das funções primárias da



Administração, também denominadas 'funções meramente executivas'), quanto do ponto de vista dos processos administrativos (ou seja, das funções jurisdicionais da própria Administração, destinadas à solução extrajudicial de conflitos).

A primeira delas diz respeito à qualificação técnica das decisões administrativas. O procedimento administrativo e o processo administrativo precisam ser conduzidos por autoridades integradas por uma equipe com formação multidisciplinar (saúde pública, especialidade clínica e direito).

Vale citar, como experiências incipientes nessa direção, a CONITEC, instituída pela Lei 12.401, como órgão de assessoramento do Ministério da Saúde para a incorporação de novas tecnologias diante do SUS; e a Câmara Técnica destinada à solução de conflitos em matéria de saúde, no Rio de Janeiro, da qual participam representantes das secretarias de saúde, advogados do Estado e defensores públicos.

A propósito, no sistema judicial único (sistema monista), como o brasileiro, em que a especialização do Judiciário em direito administrativo é ocasional e atualmente nula em direito da saúde, os juízes necessitam estar atentos à intensidade da sua jurisdição sobre a margem de apreciação administrativa técnico-científica, a denominada "discrecionabilidade técnica administrativa". É bom lembrar que a ausência de uma decisão de qualidade pela Administração pode fragilizar o Estado de Direito porque os juízes nem sempre detêm especialização suficiente e capacidade cognitiva para exercer um controle efetivo sobre a prova técnica acerca da eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade da atenção de saúde requerida.

A segunda diretriz a ser considerada junto ao SUS é a de que as decisões proferidas em um processo administrativo devem estar próximas - o quanto possível - das garantias do *due process of law*, aí incluídas a previsão da conciliação e da mediação, bem como a existência de autoridades decisórias dotadas de imparcialidade e de certa dose de independência.

De nada adianta criar regras processuais administrativas extrajudiciais que, na realidade, sob o pretexto da subordinação hierárquica, impliquem apenas uma etapa temporal para o acesso a uma jurisdição efetiva por parte do Judiciário. Não é esse o efeito prático que se deve extrair da Constituição, que, a exemplo do direito



administrativo norte-americano, instituiu o devido processo legal para os processos administrativos.

Como corolário lógico de uma atuação administrativa dotada de efetividade, é de transcendental importância revisitar a universalização do SUS: as decisões administrativas (executivas e jurisdicionais) que tenham sido favoráveis aos pacientes e que tenham tido por fundamento a aplicação ou interpretação de normas de alcance geral deveriam ser estendidas a todos os que se encontrassem na mesma situação fática.

Com efeito, a universalização da saúde pública tem sido fragmentada pelo próprio Judiciário, que, nesse ponto, tem contado com a contribuição da Administração.

Sabe-se que, em um sistema judicial de controle difuso de legalidade e de constitucionalidade das decisões administrativas, a declaração judicial nas demandas individuais se limita ao caso concreto.

Portanto, no âmbito interno da Administração Pública, a pulverização das decisões judiciais favoráveis aos demandantes individuais, estendendo-se indiretamente os seus efeitos a todos os cidadãos, demandantes ou não, seria uma medida que dependeria da adoção de políticas públicas correspondentes pela Administração, tais como: a ampliação da lista de medicamentos e protocolos clínicos em face do SUS; a regulação do uso dos leitos; a construção de unidades hospitalares; a contratação de médicos e a destinação de mais recursos públicos para a saúde.

O fato é que enquanto não houver, no seio da Administração, certa dose de independência para oferecer à sociedade, mediante políticas públicas, os deveres sociais que lhe forem sendo impostos nos casos judiciais individuais, os conflitos somente terão uma solução eficaz e *erga omnes* em um processo judicial coletivo.

Ademais, sequer estaria ao alcance de um juiz decidir sobre políticas públicas em uma pretensão individual: ele esbarraria no juízo de admissibilidade por falta de interesse de agir do demandante. Isso porque as políticas de saúde são essencialmente procedimentais, no sentido de que se prestam à implementação de direitos individuais – já existentes – sobre a assistência terapêutica. As políticas públicas não representam elementos constitutivos dos direitos individuais: elas correspondem tão somente à facilitação do seu exercício, especialmente do ponto de vista da coletividade.



Nesse contexto, a ausência de políticas públicas não afasta o reconhecimento do conteúdo substancial do direito à assistência terapêutica e tampouco sua concretização judicial, a qual, quando necessário, pode ser procedida via execução forçada, mediante expropriação do patrimônio disponível do Estado, a despeito desta não consistir em uma solução perfeita, porque é finita e se restringe a poucos demandantes.

Além disso, seria contrário à noção de tutela judicial efetiva que a execução de uma decisão judicial que reconhecesse o direito à internação ficasse condicionada à judicialização prévia das políticas públicas, aguardando-se um novo critério de regulação para uso dos leitos, a contratação de médicos ou a construção de hospitais. A execução deveria ser por ato de terceiros, como a contratação de leitos privados, desde que houvesse recursos públicos financeiros para tanto **não** afetados a outros serviços essenciais.

De fato, a judicialização (aqui talvez fosse melhor “jurisdicionalização”) das políticas públicas se justifica apenas no âmbito das demandas coletivas, cujos pressupostos são basicamente três: (i) a existência do direito material; (ii) a omissão ou a insuficiência legislativa ou administrativa em favor de outros interesses que implique desproporcionalidade; (iii) a competência administrativa da autoridade impugnada para decidir sobre a política almejada.

Na atual conjuntura, dificilmente uma demanda judicial coletiva envolveria um embate entre reserva do possível e mínimo existencial.

Quanto à caracterização do direito subjetivo material, a Lei 12.401 é generosa, delegando às autoridades administrativas a delimitação do conceito de integralidade da saúde, as quais, portanto, sujeitam-se a um controle judicial de legalidade e não de constitucionalidade: a reserva do possível manifesta-se ante a ausência de lei regulamentando um dever de prestação extraído diretamente da Constituição. Portanto, tal não é o caso.

Desde que as garantias do devido processo legal e a produção de uma complexa prova sejam observadas, a justificativa constitucional para a omissão do Estado no estabelecimento de políticas públicas destinadas a direitos reconhecidamente existentes e exigíveis pode decorrer da conclusão de que outros interesses, bens ou serviços



públicos sejam tão ou mais essenciais à sociedade do que os objetivados pelas políticas de saúde judicializadas naquela ocasião.

Contudo, a improcedência da demanda coletiva por tal fundamento – omissão ou insuficiência de políticas constitucionalmente justificada - não afasta a possibilidade de exigibilidade individual do direito à assistência terapêutica: encerra apenas uma demonstração de ausência ocasional (decisão de natureza continuativa) da disponibilidade financeira do Estado para arcar coletivamente com o dever da prestação social intencionada. Isso nada tem a ver com reserva do possível, que não se confunde com a ausência de recursos orçamentários ou de recursos financeiros.

No que concerne à competência administrativa da autoridade impugnada para decidir sobre a política pública pretendida, ao contrário do que se passa em uma demanda individual, em que o comportamento administrativo impugnado determinante é o ato de dispensação, é possível que esteja em jogo, em uma demanda coletiva em que se discutem políticas públicas, um registro na ANVISA ou uma incorporação junto à CONITEC, o que, pelo caráter unitário do SUS, poderia exigir a presença de entes federais no processo judicial.

Finalmente, quanto à judicialização das políticas de saúde em um processo coletivo, no caso de decorrer de omissão ou insuficiência legislativa, por exemplo, orçamentária, deve-se perquirir se o direito constitucional brasileiro concebe uma competência judiciária difusa para o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão ou se a competência é concentrada no Supremo Tribunal Federal (STF) via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção e descumprimento de preceito fundamental.

Em conclusão, a desjudicialização da assistência terapêutica à saúde será proporcional à adoção de procedimentos e de processos administrativos que primem pela qualidade técnica das decisões, bem como pela observância às garantias do *due process of law*, atribuindo às autoridades sanitárias imparcialidade e certa independência para decidirem conflitos.

Contudo, ante a ausência de uma atuação administrativa com tais características, continua sendo a judicialização das políticas públicas de saúde, por meio de um processo



coletivo, a alternativa viável para estancar as demandas judiciais repetitivas.

* Texto da palestra ministrada no Curso de Iniciação dos Magistrados, organizada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), no Rio de Janeiro, em 28 de abril de 2015. Submetido em 02 de maio de 2015 e aceito para publicação em 04 de junho de 2015.