

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL

Vitor Emanuel Teixeira de França¹

RESUMO

O presente artigo vem abordando o fenômeno da judicialização da saúde a partir da necessidade de concretização do disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, (CF/88) a respeito do acesso à saúde como direito de todos e dever do Estado. Nesse contexto, tem-se notado uma “epidemia” de decisões judiciais que obrigam os governos estadual e federal a fornecer medicamentos/tratamentos de alto custo que, em geral, não são oferecidos pelos SUS. Ora, de um lado estão os pacientes, as associações, o Ministério Público e as Defensorias Públicas que buscam efetivar o direito constitucional da assistência à saúde através do Poder Judiciário. Do outro lado, estão a Administração Pública, os secretários de saúde municipais e estaduais, bem como o Ministério da Saúde que reclamam da interferência do Poder Judiciário nas ações do executivo e do elevado custo das demandas judiciais – sem contar que a Justiça ainda pode usar-se do ativismo judicial para efetivar esse direito em razão da omissão legislativa. Para alcançar os objetivos deste estudo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, mediante análise de artigos em revistas jurídicas especializadas, bem como de casos extremos oriundos do ativismo judicial. Finalizando com a análise do programa ‘SUS Mediado’, que tem reduzido significativamente o número de processos ajuizados na área da saúde dentro do Rio Grande do Norte.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da saúde. SUS Mediado.

HEALTH JUDICIALIZATION: MEDIATION AS AN ALTERNATIVE TO JUDICIAL ACTIVISM ON HEALTH

ABSTRACT

This paper aims at addressing the health legalization phenomenon from the implementation need of the provisions established on art. 196 of the 1988 Federal Constitution (CF/88) concerning access to health as a universal right and a duty to be provided by the State. In this context, it has been noticed an “epidemic” of judicial decision requiring the state and federal governments to provide drugs/expensive treatments, that are not usually offered by SUS. From one side, we have the patients, associations, Public Ministry and the Public Defender seeking to effect the constitutional right of health care through the judiciary. On the other hand, we have the Public Administration, Health Departments, state and local, as well as the Ministry of Health who complain about the interference of the judiciary regarding the actions of the executive and the high cost of litigation, not to mention that justice can still make use of the judicial activism to enforce such right due to legislative omission. To achieve this study’s goals, bibliographic and documentary researches were used through articles from specialized legal journals, as well as extreme cases arising from judicial activism. Finally, this paper also analyzed the ‘SUS Mediated’ program, which has significantly reduced the number of cases filed within health care in Rio Grande do Norte.

Keywords: Judicial Activism; Health Judicialization; SUS Mediated.

¹ Discente do curso de Direito (UNI-RN), do curso de Gestão Pública (IFRN) e pesquisador institucional do Projeto de Pesquisa intitulado *Ativismo Judicial como efetivador dos Direitos Sociais*, sob orientação da Professora Lenice S. Moreira de Moura.

1 DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Em outubro de 2015, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) completará 27 anos – é o mais longo período de estabilidade institucional da vida brasileira, sendo válido colocá-la em pauta não só por isso, mas também por sua posição privilegiada na hierarquia normativa.

Nesse contexto, ela foi apelidada por Ulysses Guimarães² como “Constituição Cidadã”, por discutir de maneira plena a sociedade e a cidadania pela primeira vez. Dentre os motivos para isso, estão o ‘entulho’ autoritário militar da época da Ditadura, bem como o momento democrático vivido – pós ‘diretas já’. Apesar de a CF/88 ser tida por alguns como impraticável, em função dos inúmeros direitos sociais lá elencados, existe um esforço imenso para realmente garanti-los por meio de políticas públicas que visam a transformação social e a redução das desigualdades.

Todo esse novo cenário político, agora materializado em uma Constituição, refletiu em um aumento quase que epidêmico de processos judiciais. Nesse discurso, a título de comprovação, o gráfico abaixo apresenta a quantidade de processos que ingressaram no Supremo Tribunal Federal (STF) ano a ano, desde a data em que a referida instância passou a publicar o Diário Oficial Eletrônico até o dia 11 de março de 2015:

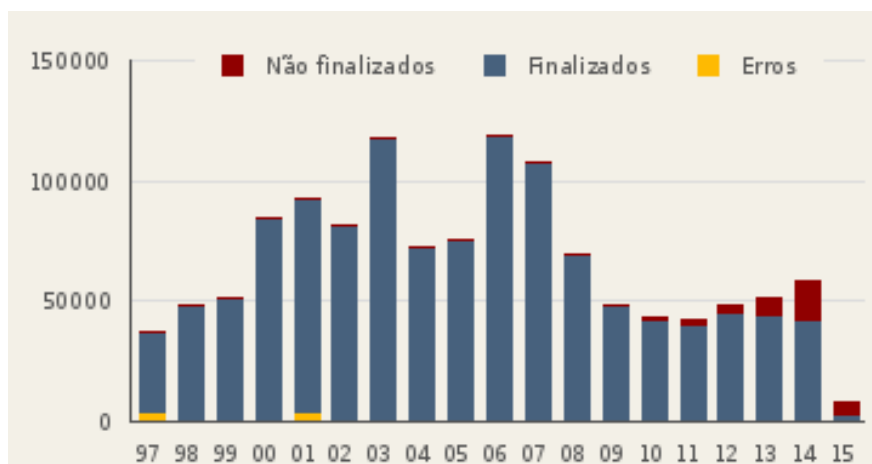


Figura 1. Fonte: www.meretissimos.org.br/stf/index.php

É válido esclarecer que a partir de 2007 houve uma queda no número de processos na referida instância em razão do instituto da “Repercussão Geral” – eliminando recursos formulados identicamente sobre uma mesma questão constitucional. Dentre os vários motivos que podem justificar esse aumento na quantidade de processos, está a expansão de órgãos como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), bem como o aumento de núcleos em assistência jurídica das instituições de ensino superior em Direito e a maior visibilidade que o canal ‘TV Justiça’ tem ganhado – agora com o sinal digital e a Internet banda larga.

² Político e advogado brasileiro opositor à ditadura (1996-1992).

Essa judicialização exacerbada da vida foi facilitada pelos meios supracitadas, mas foi iniciada, principalmente, pelo aumento de relações humanas. Ora, a sociedade brasileira experimenta pela primeira vez a ação do judiciário sobre suas vidas de uma forma nunca antes vista e isso reflete em uma participação deste no modo de subjetivação dos indivíduos, produzindo subjetividades judicializadas (modo de pensar e agir baseado em leis) e subjetividades judiciais (confeção de um modo de vida judicializado).

2 DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A CF/88 reservou o Capítulo II do Livro II inteiro para o extenso rol de direitos sociais que dialogam direta ou indiretamente com a dignidade da pessoa humana³. Esses direitos sociais, agora alçados a direitos fundamentais, pertencem aos chamados ‘direitos positivos’, ou seja, são um dever de prestação que o Estado tem para com o particular, a exemplo dos serviços escolares, médico-hospitalares, assistenciais, desportivos, etc.

A finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes alguma vantagem, objetivando uma igualdade real: “Partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder” (BULOS, 2012, p. 803).

Nesse sentido, vale deixar claro quais são esses direitos, conforme a Carta Maior:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Com isso, é perceptível que, passados quase trinta anos, vários desses direitos não foram integralmente transplantados para a realidade objetiva da sociedade. Nesse diapasão, alguns especialistas explicam isso afirmando que as normas constitucionais são meramente programáticas, ou seja, são princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos – o que só legitima ainda mais a atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas.

Independente disso, o fato é que o Poder Judiciário vem garantindo, a seu modo, medicamentos previstos (exercendo atipicamente funções do Poder Executivo) ou não (exercendo atipicamente funções do Poder Legislativo) no rol do SUS, bem como garantindo a internação de pacientes em clínicas particulares, às expensas do Poder Público, para realização de exames e intervenções cirúrgicas.

2.1 DO DIREITO À SAÚDE

O direito à vida é assegurado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, consubstanciando-se no direito à saúde resguardado no art. 6º, bem como no artigo 196 do mesmo diploma legal:

3 Valor moral e espiritual inerente à pessoa e que constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse discurso, a norma do art. 196 da CF/88 enuncia direito subjetivo do particular, correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficiência plena e aplicabilidade imediata, conforme o disposto no art. 5º, §1º⁴, da Constituição Federal, não dependendo de qualquer ato legislativo para que seja efetivada pela Administração Pública.

A fim de corroborar com esse raciocínio, cabem as sábias palavras do Ministro Celso de Mello, no RE nº 271286:

(...)

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

(...)

Portanto, que o direito à saúde é um direito fundamental, de cunho social, e exigível perante o poder público, opondo-se veementemente àqueles que o tratam como mera norma programática. Ora, a partir do momento em que

(...) os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais⁵ (...), (SILVA, 2002)

está-se buscando a atuação do Estado para atender aos indivíduos que necessitam de medicamentos e tratamentos com caráter de urgência indispensáveis à manutenção de sua saúde, de sua integridade física e de sua vida digna e não dispõem de recursos financeiros suficientes para adquiri-los - com vistas ao perigo de dano irreparável.

Ainda de acordo com o renomado jurista Martin Borowski⁶, “os direitos fundamentais possuem máxima hierarquia nos sistemas jurídico nacional e são exigíveis judicialmente.”

2.1.1. Da Lei 8.080/1990 (Lei do SUS)

Historicamente, os direitos sociais originaram-se de uma reação ao liberalismo vigente nos séculos XVIII e XIX, o qual havia adotado inovações tecnológicas no processo produtivo

4 As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

5 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

6 BOROWSKI, Martin. La Estructura de los Derechos Fundamentales. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.33.

convencional à Revolução Industrial. Didaticamente falando, passaram a existir mais máquinas e menos trabalhadores; o que, conseqüentemente, aumentou a oferta de trabalho e diminuiu o valor pago por este.

Esse cenário fez nascer no trabalhador, já munido do sufrágio universal, um sentimento de 'ser protegido/proteger-se' que foi levado à classe política como pretensão – antes alheia ao processo político. Partindo desse momento, várias Constituições passaram a adotar um rol de direitos fundamentais, sociais e econômicos para si.

No Brasil, a primeira a adotar algo assim foi a Constituição de 1934, ao diferenciar bem as liberdades clássicas das liberdades concretas, tendo em vista essas referirem-se a direitos sociais que não são meramente direitos de agir e sim poderes de exigir/direitos de crédito. E a saúde, já na Constituição Federal de 1988, além de ter sido consagrada como direito fundamental no artigo 6º, também se tornou objeto de regulação constitucional de forma mais detida na Seção II (Da Saúde), do capítulo II (Da Seguridade Social), no Título III (Da Ordem Social).

Em resumo, está claro que cabe ao Estado elaborar políticas públicas que reduzam o risco de doenças e outros agravos. E, para isso, nasce o Sistema Único de Saúde, organizado a partir das seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

2.1.2. Do SUS como Política Pública

Primeiramente, é fundamental esclarecer que política pode ser compreendida como várias atividades desenvolvidas por meio de discussão para conquistar e manter o poder de acordo com ideais que se pretende fazer e aceitar na sociedade.

Já Políticas Públicas, juridicamente, apenas confirmam fins e objetivos anteriormente qualificados pelo ordenamento jurídico como de interesse público, definindo-os como finalidade da atividade administrativa. Já do ponto de vista administrativo, são um conjunto de regras feitas por uma autoridade governamental para influenciar, modificar ou regular o comportamento individual coletivo por meio de sanções.

Nesse discurso, é válido indagar o porquê de algumas questões entrarem na pauta governamental – a agenda – enquanto outras não despertam qualquer atenção. Para formular-se uma política pública, leva-se em conta o problema, as soluções e as pessoas envolvidas direta ou indiretamente no problema.

No caso da saúde, é válido mencionar que o problema possui um marco divisório: o Pré-88 e o Pós-88, tendo em vista que antes da Constituição Cidadã existia um modelo de saúde pública calcado na medicina privada e diretamente curativa – sendo necessário o cidadão adoecer e pagar um profissional a fim de que lhe fosse afastada a moléstia. Com a CF/88, a saúde pública passou a se tornar cada vez mais coletiva e 'pública' – conforme o conceito de políticas públicas supracitado.

Identificado o problema, o próximo passo é a implementação da política pública – que fica a cargo de órgãos públicos especializados já existentes ou criados para esse fim ou por alguém que venha a fazer às vezes do Estado, em nome deste. Assim como é apresentada no artigo 1º da Lei 8.080/90:

Art. 1º - Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

A partir do referido item, é perceptível o enfoque no modelo *top-down* de implementação de políticas públicas, segundo Sabatier (1986), em que estas são elaboradas e decididas pela esfera política e que a implementação é mero esforço administrativo linear de encontrar os meios para os fins estabelecidos.

Por fim, há a avaliação da política pública. Nesse momento, constrói-se uma metodologia específica para a sua realização. Com isso, ela é avaliada ou revista e logo em seguida mantida, sucedida ou encerrada. Ora, quem bate às portas do judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado lhe nega, de alguma forma, tal prestação. Nesse sentido, é importante destacar que a negativa de prestação não decorre sempre do mesmo fundamento, sendo três hipóteses a serem sublinhadas: a) Há política pública que não é executada; b) A política pública é inadequada; c) Não há política pública definida.

2.1.3. Da operacionalização de uma política pública como o SUS

Para a realização de uma política pública, tal como a do Sistema Único de Saúde, há a necessidade – antes de tudo – de planejamento. Nesse sentido, vale lembrar que planejamento é uma orientação com funções que implicam na formulação de um ou vários planos detalhados com o objetivo de se conseguir um perfeito equilíbrio entre as necessidades e as demandas com os recursos disponíveis.

Dessa concepção permite-se notar a existência de mais de um plano dentro do mesmo planejamento. Isso possibilita detalhar-se a existência de três formas de se planejar, a saber: planejamento estratégico, tático e operacional.

A primeira, a partir dos parâmetros oferecidos por Fishmann e Almeida⁷, permite aprender uma técnica administrativa que analisa o contexto em que seu autor está inserido, interpretando pontos fracos e fortes, como ameaças e oportunidades, estabelecendo a direção que a organização deve seguir. O que está coerente com a necessidade de uma atividade pública de tamanha proporção como é o SUS, no momento em que se adotam mecanismos e ferramentas para se desenvolver processos de forma linear.

A segunda maneira de se planejar é a tática. Esta, de acordo com Chiavenato (2000), abrange só alguns setores da organização, a fim de que eles sejam preparados para se atingir as metas de um departamento. Percebe-se uma descentralização de funções a partir da diagramação desses órgãos ainda mais ramificados.

Por fim, Oliveira (2001) “junta” as formas de planejamento anteriormente citadas e as direciona, por meio de documentos escritos, oriundos dos outros setores, caracterizando o

⁷ Planejamento estratégico na prática. 2ª Ed. São Paulo, 1991.

chamado planejamento operacional. Sendo a forma juridicamente mais segura de se formular planos de ação/de como agir.

Assim, desenvolver de forma planejada e organizada uma política pública é fundamental para se atingir uma grande quantidade de pessoas, sem gastar tanto do orçamento voltado para isso, e injetar dinheiro em locais onde esse exercício preventivo é dispensado. Vale ainda lembrar que no Brasil⁸ o planejamento é determinado no *caput* do artigo 174 da Constituição de 1988 (CF/88) como uma das funções do Estado:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Logo, o planejamento é uma ferramenta indispensável para a efetivação das diretrizes que a Lei 8.080/90 determina. Ele permite a racionalização do que se tem e do que se quer de uma maneira que agiliza a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Nesse discurso, cabe ainda informar a mestria com que um dos componentes do planejamento se destaca: o orçamento público. Sendo de natureza jurídica meramente formal, ou seja, ele apenas autoriza o que já está previsto, o orçamento contém a estimativa das receitas para realização de despesas da administração pública direta e indireta.

O orçamento brasileiro de qualquer município segue três parâmetros de gestão do Poder Executivo, segundo o artigo 165, incisos I, II e III da CF/88: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei de Orçamentos Anuais (LOA).

O primeiro, conhecido como PPA, é um plano de médio prazo, no qual se procura ordenar legalmente as ações do governo que levem a atingir as metas e objetivos fixados para o período de quatro anos. Já a LDO norteia a elaboração e fiscalização das leis orçamentárias com o objetivo de compatibilizar o orçamento anual com o planejamento de médio prazo definido no PPA - define metas em termos de programas. Enquanto a Lei de Orçamentos Anuais (LOA) é o orçamento propriamente dito. É a norma que prevê receitas e fixa as despesas públicas, expõe a política econômico-financeira.

Desde a implantação do SUS, os investimentos e as dotações orçamentárias federais destinadas ao Ministério da Saúde, especialmente à política nacional de medicamentos, vem aumentando a cada exercício, conforme tabela ao lado, assim como os repasses aos demais entes da federação integrantes do SUS, previstos no artigo 200 da CF e na Lei 8.080/90.

Ora, os recursos estatais para a efetivação desse direito social são finitos, de modo que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos representa sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas para a área da saúde.

A partir disso, a preocupação dos gestores do SUS com a excessiva judicialização é com o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde.

8 É interessante lembrar que "A experiência brasileira de planejamento antes da Constituição de 1988 é marcada por três grandes momentos, dos quais apenas um foi uma experiência bem sucedida. Esses momentos são representados pelo Plano de Metas (1956-1961), pelo Plano Trienal (1962-1963) e pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979)" (BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 71).

Primeiro porque resulta em ingerência indevida do Poder Judiciário em esfera precípua dos demais poderes do Estado/Administração. Segundo porque cria uma nova modalidade de beneficiários, qual seja, aquele que possuir uma liminar em mãos terá tratamento preferencial. Terceiro porque altera a distribuição de recursos, desviando orçamento destinado a cumprir tratamentos básicos para hipóteses não aparadas pelo planejamento do gestor - forma-se um sistema de saúde paralelo ao SUS, priorizando o atendimento das pessoas que muitas vezes sequer procuraram atendimento junto ao sistema e vão ao judiciário.

3 DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, as Corte Supremas vêm desempenhando um papel importante na vida institucional de seus países. Acompanhou-se em Israel a Suprema Corte decidir sobre a compatibilidade internacional de construir um muro na fronteira com o território palestino; a validação de planos econômicos de grande escala na Hungria e na Argentina; a preservação de um estado laico ante o avanço do islamismo na Turquia; em 2000, nos Estados Unidos, a última palavra nas eleições presidenciais foi dada pela Suprema Corte no caso Bush vs Gore e no Canadá a Suprema Corte decide pela possibilidade ou não dos EUA fazerem testes com mísseis em solo canadense.

Por fim, o STF no Brasil destaca-se pela importância que tomou em vários setores do país: economia, polícia, ciência, e principalmente na política. Soma-se a isso a transmissão pela TV Justiça direto do julgamento do Plenário da Corte, diferente de vários lugares no mundo, onde as decisões são a portas fechadas. Essa transparência contribuiu para o controle social e para a democracia.

Entretanto, essa judicialização tem sido tão expressiva hoje em dia que várias pessoas acabam confundindo-a com o ativismo judicial. É compreensível que esse conflito de conceitos ocorra em função da dinamização da massificação das relações sociais. Infelizmente, o Direito, com suas normas rígidas, não consegue acompanhar o referido ritmo dos eventos cotidianos. Então são recorrentes a expressividade de magistrados apegados cada vez mais a princípios em suas decisões.

Ora, os princípios abrem espaço para a subjetividade deixada de lado pelas Leis definidoras do que é permitido, do que é proibido e do que é obrigatório - objetivando a coordenação entre as pessoas. Mas eles não seriam concretos sem as leis. São elementos que se completam (e melhor que hoje seja assim mesmo).

Afinal de contas, não faz muito tempo, as regras já foram aplicadas nua e cruamente, sem uma maior reflexão pelo aplicador, pelo 'juiz boca da lei', na França, e isso mais tarde fomentou o nazismo na Alemanha e alimentou o fascismo na Itália. É claro que se apegar em todos os momentos a princípios não leva objetivamente a lugar algum, porque a aplicação exagerada destes traz uma absoluta insegurança, tratando desigualmente iguais e igualmente desiguais, quase que incentivando a arbitrariedade.

O sensato é uma dose proporcional deles no caso concreto. Notadamente, não foi isso que aconteceu na decisão judicial do dia 27 de agosto de 2014, na qual o Estado do Rio Grande do Norte foi obrigado a empossar 122 policiais. A partir de uma ação interposta pela Associação dos Delegados de Polícia Civil do RN (Adepol/RN), o Governo convocou o restante dos policiais

que concluíram o curso de formação em 2010. Isso foi visto como uma das soluções para o grave déficit de efetivo da polícia investigativa, e acabou por garantir verdadeiros malabarismos econômico-administrativos ao Poder Público.

Paralelamente a esse raro momento de ativismo judicial, estão os R\$ 40 milhões gastos em 2013 com a compra de medicamentos e procedimentos médicos de alto custo oriundos da judicialização, nessa situação da saúde. Segundo a Procuradora do Estado, Dra. Adriana Torquato – responsável pela defesa do governo neste tipo de ação – a Lei Orgânica 8080/90 (Lei do SUS) é clara ao afirmar que as três esferas públicas (federação, estados e municípios) devem garantir, mediante políticas públicas e econômicas, o direito aos serviços básicos de saúde. “Todavia, não é bem isso que acontece. Sem acesso, muitos usuários procuram os meios judiciais para obter assistência médica”, explica.⁹

Notadamente, a Constituição de 1988 (CF/88) é clara ao separar um artigo só para o direito de acesso à saúde, a lembrar:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Entretanto, essa meta ‘fantasiosa’ de universalizar o direito ingresso ao sistema de saúde brasileiro esbarra num componente real: o impacto financeiro e o planejamento com os gastos repentinos.

Ora, só no ano de 2011 o estado do Rio Grande do Norte (RN) desembolsou cerca de R\$ 20 milhões de reais com ações judiciais que exigiam a compra de medicamentos e o pagamento de procedimentos médicos de alto custo. Nesse sentido, vale mencionar que o montante de R\$ 15 milhões foi apenas para um paciente, acometido de uma doença que afeta o sistema sanguíneo (Hemoglobinúria Paroxística Nocturna – HPN), para a compra de um único medicamento no tratamento a que se submeteu.

Ao referido caso, somam-se mais de 240 mil processos em andamento nos tribunais com, basicamente, as mesmas causas de pedir e, em geral, tendo como polo passivo o Sistema Único de Saúde (SUS), como consta no Conselho Federal de Medicina. Note-se que o problema não está na prática de ‘judicializar’ uma demanda referente à saúde, afinal de contas, salvaguarda o artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o problema está no excesso.

Confirma a afirmação anterior o caso em que o juiz Marcos Vinícius, da comarca de Currais Novos/RN, determina em 2013 o bloqueio do pagamento aos veículos de comunicação que transmitem a propaganda do governo até que se regularizasse a situação da saúde no Estado. Segundo o magistrado, embasado no que constatou o Tribunal de Contas do Estado (TCE) 2011, o governo investiu uma média de R\$ 16 milhões em publicidade ante R\$ 11 milhões com saúde. Indubitavelmente, o senhor juiz apenas estava fazendo valer o seu trabalho; no entanto, essa maneira de agir caracteriza um fenômeno temido por vários gestores públicos: o ativismo judicial.

9 <http://www.riograndedonorte.net/rn-gasta-r20-milhoes-ao-ano-com-medicamentos/>

Nesse momento, o juiz assume uma postura ativista por ditar normas individuais (sentenças e acórdãos), impondo políticas públicas e determinando a sua execução pela Administração Pública (distribuição de medicamentos de elevado custo e ofertas de tratamento médico-hospitalares, não previstos nos protocolos, bem como criar leitos, etc.) a qualquer custo!

Em resposta a esse fenômeno e aos casos típicos de judicialização da saúde, em 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) edita a recomendação nº 31, da qual é interessante destacar os seguintes pontos:

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:
a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

(...)

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

(...)

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

É perceptível que o que essa recomendação objetiva decerto fazer é compatibilizar o atendimento à saúde com o princípio da previsão orçamentária – os dois devidamente discriminados na CF/88 (art. 6º, 196, 198, inciso II; e art. 167, inciso II e VI, respectivamente). No entanto, como percorrido até o momento, isso gera um confronto já bem conhecido entre os princípios do Mínimo Existencial e o da Reserva do Possível, em que o primeiro é chamado pelo Judiciário para lembrar ao Estado que ele tem o dever de garantir uma quantidade mínima de direitos a fim de que validem a dignidade da pessoa humana, enquanto e o segundo é sempre invocado pela Administração Pública para validar a limitação financeira do Estado ante a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais.

Cabendo aqui o que o Ilustríssimo Ministro Celso de Mello discorreu no julgamento da ADPF 45, de modo lúcido e adequado, acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos Direitos Fundamentais inseridos no conceito do Mínimo Existencial, nos termos a seguir:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - **ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível** - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

4 DO SUS MEDIADO

A partir de tudo o que foi abordado até o momento, é válido levar-se em conta que se vive em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças. Assim, a efetivação do direito à saúde tornou-se uma das maiores dificuldades à administração jurídica dos direitos fundamentais. Nesse discurso, tem sido uma verdadeira lástima escutar de gestores públicos o seguinte desabafo: - O juiz me mandou internar um paciente imediatamente numa unidade de tratamento intensivo, mas não me disse qual paciente retirar para dar lugar ao novo.

Diante desse quadro e visando reduzir administrativamente a judicialização na área da saúde, o programa SUS Mediado foi lançado em 14 de fevereiro de 2012 e tem garantido a qualquer cidadão, principalmente aos carentes de recursos financeiros, o efetivo acesso a medicamentos ou tratamentos fornecidos pelo Estado. Isso faz com que as ações judiciais se limitem a questões de urgência/emergência e/ou sempre que verificada a impossibilidade de uma resolução extrajudicial da demanda através de um Defensor Público Estadual ou Federal, que proporá, no mesmo dia do atendimento, a ação judicial cabível para resguardo do direito fundamental à saúde do cidadão.

O SUS Mediado é uma prática que propicia a inclusão social do cidadão e o restabelecimento do seu bem-estar pessoal, além de fomentar a educação em direitos através da técnica de mediação de conflitos. Tem como parceiros a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria de Saúde do Estado, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral do Município de Natal e a Secretaria de Saúde do Município de Natal. Com isso, não há custos para nenhum dos integrantes do programa, tendo em vista que os técnicos e procurador-coordenador fazem parte do corpo do programa, que funciona todas as terças-feiras, das 8h às 11h30min, chegando a atender cerca de 30 pessoas por dia.

No programa em tela, mensalmente são realizadas reuniões de avaliação pela equipe que atua no programa. Vale ainda informar que se está criando um protocolo que estabelecerá algumas diretrizes a serem aplicadas durante os atendimentos do “SUS Mediado”. A expectativa é que essas regras possam ajudar a aperfeiçoar o funcionamento do programa, diminuindo as dificuldades de execução em outras cidades, como Mossoró, Caicó e Parnamirim, onde já existem equipes do SUS Mediado.

O coordenador do Núcleo da Defensoria Pública do Estado no Seridó afirmou em entrevista que “o SUS Mediado funciona em Caicó, desde 2014. Ele existe para agilizar tempo e evitar custos. O programa, ele existe justamente para dar agilidade aos procedimentos, seja de medicamentos, de cirurgias, entre outros. A parceria com a Regional é importantíssima”.

Considerando tamanha repercussão, o SUS Mediado – que é um programa pioneiro nessa forma de mediação da saúde no Brasil – ultrapassou as fronteiras do Rio Grande do Norte e está sendo organizado em outras unidades da federação, como é o caso de Rondônia. Nesse estado, o Defensor Público-geral, Antônio Fontoura Coimbra, afirmou estar confiante em obter êxitos com a redução de ações dessa natureza. Afirmou ainda, em entrevista, que para ele “o importante desse trabalho é que o maior beneficiado será o assistido”.

De fato, o programa chama tanta atenção pela efetividade no serviço que foi destaque no Portal da Defensoria Pública do Estado do Piauí, com a recente entrevista dada pela professora Edith Maria Barbosa Ramos, da Universidade Federal do Maranhão, sobre sua pesquisa de judicialização da Saúde no Brasil. “Nós estamos pesquisando no país inteiro. Vamos olhar as peças processuais e analisar os argumentos contidos nesses processos para tentar fazer uma conexão entre o discurso político e o judicial”, explicou a pesquisadora.

Após conhecer o funcionamento do “SUS Mediado”, Edith Ramos se disse surpresa com o funcionamento do programa e apontou que ele pode servir de modelo para outras localidades. “A mediação é um dos principais instrumentos para reduzir a judicialização. Ficamos surpresas com o programa e tenho certeza que ele pode ser uma referência nacional. O RN está à frente dos demais nessa questão da mediação”, afirmou.

Notadamente, os números impressionam. Desde que foi criado, há três anos, o SUS Mediado já resolve 1.904 casos sem a necessidade de judicialização. Com o fortalecimento da defesa judicial, segundo a PGE, o Estado reduziu os gastos com a judicialização da saúde em 40%. Outros estados da Região Nordeste, como os vizinhos Paraíba e Ceará, gastam o dobro e três vezes mais que o Rio Grande do Norte, respectivamente, com demandas judiciais na área da saúde.

Para o Secretário de Estado da Saúde Pública, Luiz Roberto Fonseca, a mediação para encontrar soluções compartilhadas entre os órgãos de controle, que têm o interesse em defender o usuário do SUS e os entes da federação, é importante para criar mecanismos extrajudiciais a fim de que se resolvam conflitos existentes de uma forma rápida e eficiente, sem desgastes físicos e emocionais para os pacientes e a gestão.

5 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou trazer para a discussão todo o cenário que a Constituição Cidadã instaurou no âmbito da saúde, colocando a Administração Pública e Poder Judiciário frente a frente para abordar pontos relevantes na prestação desse direito positivado como fundamental.

Partindo de uma maior atenção constitucional que é dada aos direitos sociais, agora alçados a Direitos Fundamentais e, portanto, de aplicação imediata, observou-se que a realidade objetiva dos fatos não é tão bem aplicada quanto descreve a Carta de Outubro.

Assim, o aumento na quantidade de questões judicializadas aumentou quase que naturalmente, se não fosse pela expansão de meios esclarecedores de direito, como são a Defensoria Pública, o Ministério Público e a TV Justiça, com destaque para a área da saúde, em função, geralmente, da emergência e urgência com a qual as ações são propostas.

Tamanho destaque fez urgir a necessidade de uma Lei calcada na descentralização, atendimento integral e participação da comunidade para que gerisse toda a atividade da saúde no país, nascendo assim o Sistema Único de Saúde, o maior plano de saúde do mundo.

Mesmo assim, o SUS não deixa de ser uma política pública e como tal merece ser analisada, primordialmente, do ponto de vista da Administração Pública e, em último caso, aos olhos do Poder Judiciário, a fim de que se evite ao máximo o ativismo judicial, que num primeiro

momento é glorificado pelo pleiteante ao ter seu pedido atendido, mas é duramente criticado pelo gestor público, que tem seu planejamento sorrateiramente abalado.

Ora, é sensato observar que as duas partes estão corretas nas suas atitudes; afinal de contas, “todo o ponto de vista é a vista a partir de um ponto”, como diria o teólogo Leonardo Boff. E diante dessa situação, é preciso mediar as partes. Mediar na acepção maior da palavra: ficar no meio mesmo! Como tem feito o SUS Mediado.

O referido programa entende perfeitamente o cenário apresentado porque é constituído por membros das duas partes e atua não para resolver a questão da saúde, mas facilitar, e bastante, o gerenciamento dessa área no que tange à judicialização, fazendo com que todos saiam ganhando.

Assim, é possível considerar que existem formas de amenizar substancialmente um aspecto problemático, bastando que o bem comum guie os objetivos das partes envolvidas nesse caminho que todos seguem, que é a vida.

REFERÊNCIAS

ADEPOL-RN. **Estado Convocará novos policiais em cumprimento de decisão judicial; 122 estão aptos a tomar posse.** Disponível em: <<http://blogdobg.com.br/estado-convocara-novos-policiais-em-cumprimento-de-decisao-judicial/>>. Acesso em: 12 Dez 2014.

ASCOM/DEFENSORIA. **Equipe do programa “O SUS Mediado” se reúne em Caicó.** Portal do Governo do Rio Grande do Norte. Publicado em 12/11/14. Disponível em: <<http://rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=46188&ACT=null&PAGE=null&PARM=null&LBL=NOTÍCIA>>. Acessado em: 19 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.** [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, vol. 5. Nº 1, 2012. P.23-32.

BEZERRA, Jeanne Karenina Santiago. **O SUS Mediado.** Instituto Inovare. Edição IX – 2012. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/o-sus-mediado/>> Acesso em: 17 mar. 2015.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales.** Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 271286.** Agravo Regimental. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>> Acesso em: 14 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Presidência da República**. 1990.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 70/2012 - São Paulo. Saraiva, 2012.

CFM. **Médicos e profissionais do Direito discutem avalanche de ações na Justiça para acesso à saúde**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22014:medicos-e-profissionais-do-direito-discutem-avalanche-de-acoes-na-justica-para-acesso-a-saude&catid=3>. Acesso em: 22 out. 2014

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CNJ. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 25 out. 2014.

CUNHA, Elenice Machado da. **Regra e realidade na constituição do SUS municipal: implementação da NOB 96 em Duque de Caxias**. Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 144 p. Disponível em: <http://portaldesic.ict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00005402&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 14 fev. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **DPE-RO reduzirá judicialização na saúde com mediação**. Publicado em 13/11/2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.gov.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/677-dpe-ro-reduzira-judicializacao-na-saude-com-mediacao>> Acesso em: 17 mar. 2015

EGITO Marcus, **SUS MEDIADO**, Gabinete. Natal. Disponível em: <<http://www.defensoria.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=7195&ACT=null&PAGE=0&PARM=null&LBL=Programas>> Acesso em: 25 out. 2014.

FISCHMANN, Adalberto Américo; ALMEIDA, Martinho Isnard Ribeiro de. **Planejamento estratégico na prática**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan/mar. 2013.

JPTN. **CONSTITUIÇÃO DE 88 É CONSIDERADA CIDADÃ, PORQUE?** Jusnavigandi. Fórum. Disponível em: <<http://jus.com.br/forum/52393/constituicao-de-88-e-considerada-cidada-porque>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

JUNIOR, José Agostinho Correia; NUNES, Caio Muniz. **A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: UM MOVIMENTO DO/NO CONTEMPORÂNEO.** Publicado em 03/05/2011. Judicialização da Vida. Disponível em: <<https://judicializacaodavida.wordpress.com/2011/05/03/a-judicializacao-da-vida-um-movimento-dono-contemporaneo/>> Acesso em: 25 jan. 2015.

JÚNIOR, José Carlos Coelho Wasconcellos. A Judicialização de medicamentos e a discricionariedade do poder executivo na gestão pública da saúde. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.** n. 35/36, p. 291-305, jan./dez. 2007.

LIMA, Gláucia. **Juiz Marcus Vinícius justifica bloqueios à publicidade do Governo.** Glaucialima. Geral. Campina Grande. Disponível em: <<http://glaucialima.com/juiz-marcus-vinicius-justifica-bloqueios-a-publicidade-do-governo/>>. Acesso em: 25 out 2014.

MARTINS, Gustavo Rocha; SILVA, Raquel Andrade e. Judicialização e Ativismo Judicial. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior.** Ano V – Ed. II. Dez. 2013.

MAIA, Louisianne Paskalle Solano. Direitos Fundamentais, Efetividade e Limitações Orçamentárias: uma perspectiva pós-positivista. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** Natal: Saraiva. 2009.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde.** Ed. 1. Editora Forum. 2011.

NETO, André Perin Schmidt. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fseer.uniritter.edu.br%2Findex.php%2Fdireito%2Farticle%2Fdownload%2F252%2F168&ei=DMsGVdzcA6PIsQSuiICgAQ&usg=AFQjCNFBrNINgupc0JxSdL9iDJvLOmSoUA&sig2=xrPhzAQIQ_UckNIYky9I_A&bvm=bv.88198703,d.cWc> Acesso em: 15 jan 2015.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. **Planejamento Estratégico: Conceitos, Metodologia, Práticas.** 15ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2001.

OLIVEIRA, José Lamunier Moreira de. **O DIREITO À SAÚDE E O RETROCESSO/REVISÃO DO POSTULADO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO: SINTOMAS E HIÂNCIA.** ESMARN. Natal. Revista Direito e Liberdade. v.12, n. 2, p. 143-156 – jul/dez 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Economia e saúde no atual constitucionalismo brasileiro. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 75-100, jan/mar. 2013.

PORTAL EDUCACIONAL.A “**Constituição Cidadã**”: **sociedade e cidadania em questão**. Disponível em: <<http://www.educacional.com.br/reportagens/20AnosConstituicao/cidada.asp>> Acesso em: 25 jan. 2015.

PORTAL JH. **SUS Mediado é implantado em Parnamirim nesta sexta-feira**. Publicado em 10/10/2011. OJornaldeHOJE. Disponível em: <<http://jornaldehoje.com.br/sus-mediado-e-implantado-em-parnamirim-nesta-sexta-feira/>> Acesso em: 15 mar. 2015.

REZEK, José Francisco.CBEC 25/08 - Ativismo Judicial. UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=s2B1T3RbEFw>>. Acesso em: 15 Jan 2015.

RIOGRANDEDONORTE. **RN gasta R\$20 milhões ao ano com medicamentos**. Natal. Disponível em: <<http://www.riograndedonorte.net/rn-gasta-r20-milhoes-ao-ano-com-medicamentos/>> Acesso em: 25 out. 2014

ROCHA, Josimar F. **SUS MEDIADO” TEM 40% DE RESOLUTIVIDADE**. Rede HumanizaSUS. Publicado em 03/07/2014. Disponível em: <<http://www.redehumanizasus.net/85299-sus-mediado-tem-40-de-resolutividade>> Acesso em: 15 mar. 2015.

SABATIER, Paul A. Top-down and bottom-up approaches to implementation research: a critical analysis and suggested synthesis. **Journal of Public Policy**, v. 6, n. 1, p.21-48, 1986.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. **AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/29k48/pdf/sarreta-9788579830099-04.pdf>> Acesso em: 25 fev 2015.

SECCHI, Leonardo. **POLÍTICAS PÚBLICAS: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo. Cengage Learning, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

STF. Informativo STF N^o 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 10 jan. 2015.

STF. **Repercussão Geral**. Apresentação do Instituto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em: 25 jan. 2015.

TRIBUNA DO NORTE. **Cobrança da dívida foi judicializada.** Publicado em 20/07/2014. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/cobranca-da-divida-foi-judicializada/288210>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

WEBMASTER. **Programa SUS Mediado já resolveu quase dois mil casos no Estado.** GAZETA DO OESTE. Publicado em 12/10/2014. Disponível em: <<http://gazetadooeste.com.br/programa-sus-mediado-ja-resolveu-quase-dois-mil-casos-no-estado/>>. Acesso em 15 mar. 2015.