

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
9 771807 177900
Edição 125 - Dezembro de 2010
0 01 2 5 2
R\$ 16,90

DESEMBARGADOR NELSON HENRIQUE CALANDRA
PRESIDENTE DA AMB

**AMB, UMA
TRINCHEIRA DE LUTA**

Editorial: A ÉTICA E A MORALIDADE PÚBLICA. ONDE ESTÃO?

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PONTOS E CONTRAPONTO

Milton Augusto Brito Nobre

Desembargador do TJEPA

Membro do CNJ

Preleção de abertura do 1º Encontro do Fórum Nacional da Saúde do CNJ

“ Bom dia, eu quero cumprimentar os membros da mesa e o distinto auditório nas pessoas do senhor ministro Ary Pangengler, presidente do colendo Superior Tribunal de Justiça, dos meus companheiros na Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação do Conselho Nacional de Justiça, conselheiros Nelson Tomaz Braga e Marcelo Nobre, e dos desembargadores Antônio Carlos Viana Santos, presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e Marcus Faver, presidente do Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados Brasileiros.

Quero, também, inicialmente dizer da grande satisfação com que assumi a missão de pronunciar a preleção inaugural deste 1º Encontro Nacional do Fórum da Saúde, criado pela Resolução nº 107 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Há um ditado muito comumente usado em algumas regiões da França que serve de advertência àqueles que têm a responsabilidade de protagonizar situações como a que me foi atribuída: tudo está bem se começa bem. E, como sou um dos responsáveis pela realização deste evento e tenho, portanto, o propósito de fazê-lo começar bem, embora prometa não ultrapassar o limite do tempo que me foi confiado, devo, antes de tratar do tema sob o meu encargo, tecer breves considerações de ordem geral e fazer alguns agradecimentos aproveitando este espaço de introdução.

As primeiras dessas considerações, necessárias por motivações de ordem histórica, destinam-se a esclarecer as razões que levaram o CNJ a se engajar na instituição deste Fórum, cuja criação é um desdobramento da Audiência Pública nº 4 realizada, nos meses de abril e maio de 2009, pelo colendo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais referentes ao fornecimento de prestações de saúde e na qual ficaram constatadas carências e disfunções que contribuem ou resultam dessas demandas, afetando, a um só tempo, a eficiência da prestação jurisdicional e a qualidade das políticas públicas existentes, tais como: a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas, mesmo quando essa audiência não oferece qualquer risco de afetar o direito em causa, porém sua falta é tendente a prejudicar a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS); a necessidade de maior difusão de conhecimentos entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde, inclusive aquelas que resultam da 'interatuação' do SUS e as organizações privadas.

A evidente repercussão que essas e outras questões correlatas têm no âmbito da administração da justiça e, sobretudo, os seus desdobramentos no que compete ao CNJ planejar e controlar para torná-la mais célere, acessível e,



consequentemente, mais eficiente levou o Conselho, através de ato do seu então presidente, ministro Gilmar Mendes, a designar, pela Portaria nº 650, de 20.11.2009, um grupo de trabalho formado por magistrados e especialistas para realizar estudos e propor medidas visando aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde.

Do dedicado empenho desse grupo resultaram os projetos que serviram de base à edição da Resolução nº 107/2010, instituidora deste Fórum, e da Recomendação nº 31/2010, que indica aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do Direito com o fito de assegurar mais qualidade e eficácia na solução das demandas judiciais que envolvam a assistência à saúde, a respeito da qual – é bom dizer – houve amplas manifestações de aplauso de diversos segmentos da sociedade brasileira e cujos frutos positivos, conforme tem registrado a imprensa, vêm sendo constatados com a implementação de medidas práticas em diferentes estados da Federação como, por exemplo, as que estão sendo formalizadas mediante convênios celebrados com a finalidade de dar suporte técnico imediato à magistratura no exame das questões de saúde e outras providências de cunho administrativo tendentes a reduzir o número das demandas existentes.

O tempo não me permite agradecer a cada um dos integrantes desse grupo de trabalho, o que, aliás, já tive a oportunidade de fazer, no dia 3 de agosto deste ano, na sessão solene de instalação do Fórum, realizada na sede do CNJ, em Brasília.

Aproveito, porém, o momento para, passando à segunda ordem de considerações introdutórias que anunciei, agradecer a todos os órgãos, instituições e pessoas que apoiaram e tornaram possível a realização deste evento, em especial ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tão bem entregue à direção do douto desembargador Antônio Carlos Viana Santos, ao Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, na pessoa do seu diretor e que também exerce o elevado cargo de Corregedor-Geral da Justiça Federal, ministro Francisco Falcão, ao Ministério da Saúde, na pessoa do ministro José Gomes Temporão, ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na pessoa do seu presidente desembargador Roberto Luiz Ribeiro Andrade, ao Instituto Justiça & Cidadania, representado por seu presidente, senhor Tiago Salles, aos integrantes do Comitê Executivo Nacional do Fórum, que menciono como representados por sua coordenadora desembargadora Marga Tessler, ao Comitê Executivo local, composto pelos juizes José Carlos Francisco e Richard Francisco Chequini, bem ainda das dr^{as} Mariângela Maluf Lagoa e Ana Paula Carvalho, à coordenadora deste 1º Encontro, dr^a Janaína Lima Penalva, às dr^{as} Juliana Diques da Costa e Inês Fonseca Porto, assessoras do CNJ e, finalmente, às equipes de comunicação e cerimonial do Conselho.

Penetrando no tema que elegi para minha fala, e até mesmo justificando a sua escolha, perece-me necessário efetuar ainda uma observação de ordem metodológica que diz respeito ao sentido e ao alcance com que ora emprego o termo 'judicialização', isso porque esta expressão, não raro tratada como sinônimo de 'tribunalização', 'juridicização' ou de 'justiciabilidade', tem sido usada, mormente no campo doutrinário, de modo plurissignificativo², vale dizer, com conteúdos e abrangências diversas.

Realmente, emprega-se 'judicialização', por exemplo, para designar a notória generalização social do uso do vocabulário jurídico nas sociedades das democracias modernas, nas quais passou a ser comum, no dia a dia das relações sociais, e fora do contexto jurídico, judicial ou não, como lembra Fabiana Marion Spengler³, a utilização de palavras, tais como "imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação", ao rol das quais acrescento, de memória, 'eficácia', 'validade', 'legitimidade', 'discricionariedade', 'conciliação', 'arbitragem' etc.

De igual modo, em diversos locais e até mesmo no plano internacional, o termo 'judicialização' é usado para referir – de forma cada vez mais comum – à aplicação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias, para resolver questões empresariais ou não, em ambiente extrajudicial, e, inclusive, no âmbito administrativo por autoridades independentes cujas decisões vinculam o próprio Estado, conforme ocorre, no nosso país, no exercício das atividades de controle e de fiscalização das agências reguladoras e internacionalmente em instituições como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e entidades com finalidades esportivas, tais como a Federação Internacional de Automobilismo (FIA), o Comitê Olímpico Internacional (COI) e a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA).

Como 'judicialização', denomina-se, também, a crescente transferência para a competência do Poder Judiciário, em

diversos países, das questões relativas aos procedimentos eleitorais destinados à escolha dos dirigentes políticos e, até mesmo, a definição de cidadania.

Do primeiro caso, vale dizer, das questões relativas à cidadania, apenas para fins de exemplificação, lembro o caso *Gore v. Bush*, pelo qual a Suprema Corte dos EUA terminou decidindo quem venceu as eleições presidenciais naquele país; o caso *Uribe*, em que a Suprema Corte da Colômbia reconheceu a constitucionalidade da emenda constitucional que extinguiu a proibição de reeleições presidenciais possibilitando que o presidente Álvaro Uribe fosse reconduzido; o caso *Calderón*, cuja decisão pelo Tribunal Federal Eleitoral do México, afastando a acusação de fraude, assegurou a Felipe Calderón a eleição para Presidente, não obstante a insignificante margem de cerca de 0,6 % de diferença de votos em relação aos dados ao candidato Andes Obrador; e o caso *Prodi v. Berlusconi*, cuja decisão garantiu a vitória de Romano Prodi para a presidência da Itália. E quanto às questões de cidadania, creio ser bastante, para o mesmo fim de citação, lembrar a grande solução da Suprema Corte de Israel reconhecendo e definindo o *status* de judeu, bem como a decisão da Suprema Corte do Canadá sobre a sobrevivência da Federação na consulta referente à secessão de Quebec.

Mas não só isto!

Emprega-se, ainda, 'judicialização' para designar a notória prevalência que, nas últimas décadas do século passado e nesta primeira do atual, em vias de encerramento, o Judiciário vem ganhando na solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive aqueles decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar em amplitude máxima esses direitos.

Naqueles dois primeiros sentidos, fala-se em 'judicialização da linguagem ou das relações sociais'. No terceiro, tornou-se comum mencionar 'judicialização da política'. E, finalmente, neste último sentido, que também é referido simplesmente como 'judicialização da política ou judicialização de políticas públicas', abriga-se o que se trata no Brasil como 'judicialização da saúde', o objeto do meu interesse presente, porém com a particular finalidade de despertar a atenção do seletor auditório para alguns pontos e contrapontos decorrentes do seu uso repetido e repetitivo que mais parece um "mantra", como gosta de dizer, em circunstâncias semelhantes, o ministro Carlos Ayres de Britto.

Ressalto, portanto, que não tratarei aqui dos aspectos doutrinários que se antagonizam na defesa e na crítica do que já se convencionou chamar de 'judicialização da saúde', mesmo porque, quando muito, conseguiria apenas reproduzir com as minhas próprias palavras noções e argumentos assaz conhecidos, que têm sido deveras analisados pela doutrina, e cujo exame foi, segundo penso, exaurido durante a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para ser mais específico, não me deterei, por exemplo, no exame de aspectos referentes à harmonia e à independência entre os Poderes tendo em consideração o direito fundamental à saúde; na questão dos limites da discricionariedade

administrativa na escolha, pelos gestores do SUS, dos medicamentos e procedimentos que devem ser disponibilizados à população; na análise da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, quando altera o rol de procedimentos de cobertura obrigatória dos Planos de Saúde ou dos problemas referentes à relação contratual com as entidades privadas face aos princípios constitucionais que asseguram a proteção à saúde; na questão da tão falada reserva do possível; enfim, não avançarei na direção de assuntos de há muito tratados no ambiente acadêmico e no espaço administrativo ou mesmo no dos Tribunais.

Desse modo, restringirei minha abordagem a um ângulo não especificamente tratado naquela Audiência Pública ou já sob ampla discussão, centrando-me em questão a respeito da qual penso que seja oportuno provocar a atenção de todos.

Conforme mencionei no ato solene de instalação deste Fórum, entendo que acontece com a tão falada 'judicialização da saúde' algo que é bastante comum com as designações surgidas, entre os estudiosos, para rotular fenômenos jurídicos decorrentes das constantes mutações sociais e que terminam sendo de tal modo mencionadas que se transformam em "lugares comuns", os quais, de tão repetidos, vão se distanciando do contexto e dos contornos em que, e com que, surgiram, ganhando, por isso mesmo, significados de alcance diversos dos originais, até mesmo, não muito raramente, com conotações depreciativas ou, para ser mais exato, de 'desvalor'.

Com efeito, já se tornou comum falar no Brasil em 'judicialização da saúde' como se fosse uma distorção que precisa ser combatida, por duas razões: uma, porque estaria havendo uma avalanche, ou melhor, uma epidemia de ações judiciais objetivando prestações de saúde; duas, porque o Poder Judiciário estaria se metendo no que não deve ou, melhor, para manter a elegância de linguagem, em algo além das suas atribuições constitucionais.

Quanto ao primeiro ponto, parece-me adequado ponderar que se constitui um descabido exagero, fundado em indicadores exclusivos da imaginação, pretender criar a imagem de que haveria no nosso país um excesso de processos judiciais por prestações de saúde.

E digo assim – um descabido exagero, fundado em indicadores da imaginação – porque os números estatísticos disponíveis desautorizam e mesmo negam essa ideia ou versão uma vez que, consoante revela a pesquisa desenvolvida pelo CNJ e divulgada sob a denominação de "Justiça em números", existiam em trâmite em todo o Judiciário brasileiro, em 2009, 86,6 milhões de processos, dos quais 25,5 milhões aforados naquele ano, enquanto que os números iniciais sobre as demandas por prestação de saúde, segundo pesquisa em andamento, indicam que ficaremos bem longe do número de 500 mil ações dessa espécie, isso porque, até a última semana, considerando informações prestadas por 20 Tribunais (mais especificadamente: 15 Tribunais Estaduais e cinco Tribunais Regionais Federais), as ações por prestações de saúde somavam pouco mais de 112 mil feitos, sendo que, dentre aqueles primeiros, vale dizer, dentre os Tribunais Estaduais,

os maiores quantitativos registrados são de 44.690 ações em São Paulo, 25.234 no Rio de Janeiro, 7.915 em Minas Gerais e 5.181 no Espírito Santo, bem como que no caso dos últimos, isto é, dos Tribunais Regionais Federais, apresentaram montantes mais significativos o TRF da 4ª Região, com 8.152 processos, o TRF da 2ª Região com 6.486 e o TRF da 3ª Região com 4.705, o que nos permite uma projeção segura de que, em todo o país, essas ações não chegarão sequer a meio por cento (0,5%) daquele total em tramitação, desautorizando, em consequência, qualquer discurso em torno de excesso ou avalanche de processos.

Poder-se-á dizer que o indicativo baseado nesses números não infirma a conclusão de que há excesso de demandas por prestações de saúde, isso porque, embora o seu número não seja significativo quando posto em relação com o total de ações que tramitam no Judiciário nacional, o impacto financeiro dessas ações é extremamente gravoso, a ponto de se poder considerá-las excessivas sob esse aspecto. Estou certo, porém, de que tal argumento não se sustenta, pois o volume de recursos disponibilizados nos orçamentos públicos que respondem pelo SUS e nos contratos referentes à saúde suplementar notoriamente apontam em contrário, valendo a pena citar apenas um exemplo em comprovação: segundo noticiado amplamente na mídia (*Correio do Brasil/RJ* e *Diário da Serra/MT*), pelos números da Advocacia Geral da União, "desde janeiro de 2005 até junho deste ano, a União responde por ações na área da saúde que somam R\$ 202,7 milhões", o que, embora possa, em valores absolutos e em primeiro foco de vista, impressionar, não apresenta grande significação quando lembramos que se refere a cinco anos e meio de litígios e, mais ainda, à grandiosidade da população brasileira e aos diversos perfis socioeconômicos que a caracterizam.

O certo é que, considerando-se a população coberta pelo SUS e garantida no âmbito da Saúde Suplementar, em consonância com o número de ações existentes, conforme aqueles dados antes mencionados, não há como se possa sustentar a existência de excesso, de avalanche ou de epidemia de demandas por prestações de saúde no Brasil em torno do que devemos todos meditar de modo mais cauteloso e menos emocional.

Por outro lado, no que se refere ao segundo ponto, relativo à cogitação de que o Judiciário estaria avançando além dos limites da sua competência constitucional e contribuindo para o crescimento explosivo do número desses processos, penso que a observação constante da realidade, atitude metodológica essencial em qualquer ramo científico, demonstra exatamente o contrário, isto é, que essas demandas terminam sendo, na maioria dos casos, os únicos e, por mais paradoxal que possa parecer, derradeiros remédios eficazes e atualmente disponíveis pela sociedade para enfrentar certas disfunções ou insuficiências, tanto do SUS quanto do Sistema de Saúde Suplementar, as quais decorrem – e esta é a verdadeira causa a ser eliminada – da falta de regras mais claras a respeito dos direitos e dos deveres de cada qual dos atores, bem como sobre as suas responsabilidades e limitações.

É evidente que, no amplo campo aberto pela ausência de regras a que se vinculem as decisões judiciais, podem proliferar os vezos de oportunidade, os excessos e até abusos em nome da defesa de um direito dos mais fundamentais, como é o direito à saúde. É indubitável, também, que para alguns desses desvios existem certos remédios específicos e que não dependem de lei, como, por exemplo, os ministrados nas diretivas constantes da Recomendação nº 31 do CNJ. Contudo, parece-me imperioso refletirmos que não se trata de trazer ao Judiciário algo estranho à sua competência ou que estaria havendo um 'protagonismo indevido' ou 'ativismo' dos juízes quanto ao direito à saúde. Afinal, no quadro constitucional brasileiro, inexistente direito ameaçado ou lesionado que não se possa proteger ou restaurar pela jurisdição.

Encerrando, creio ser essencial reconhecer que todas as afirmações feitas nesta breve exposição não têm qualquer significação contrária ao propósito de que devemos continuar avançando nos estudos para aperfeiçoar as regras conformadoras do direito à saúde e objetivando modernizar as rotinas e os procedimentos processuais correspondentes, bem como buscando saídas diversas daquelas asseguradas pela prestação jurisdicional com a finalidade de alcançar a composição pacífica dos interesses que possam ser conflitantes em torno das prestações de saúde.

Para isso, por sinal, estamos aqui. E certamente conseguiremos avançar muito mais com as lições e proposições que ouviremos nestes dois dias.

Agradeço a generosa atenção com que todos me distinguiram e espero que este Encontro sirva de mais um lastro na busca do reconhecimento geral de "a justiça faz bem à saúde", bem como seja socialmente recebido como uma concreta demonstração de que, cada qual fazendo a sua parte, com o empenho e a responsabilidade de todos, conseguiremos assegurar um futuro melhor para a saúde do povo brasileiro.

Com esta breve contribuição, saudando novamente os integrantes da mesa e o distinto auditório, declaro aberto o 1º Encontro do Fórum Nacional da Saúde.

Muito obrigado!"



NOTAS

¹ Essas expressões, com a devida vênia dos que lhes dão preferência, não têm um sentido bem coincidente com o de 'judicialização'. Quanto ao termo 'juridicização', por sinal, há um interessante artigo publicado por Felipe Dutra Asensi (*Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, nº 1), no qual o autor defende que "os conflitos políticos sofrem muito mais uma 'juridicização' (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico) do que uma 'judicialização' (ao máximo, se evita levá-los ao Judiciário), pois a intenção consiste em evitar a via judicial e adotar múltiplas estratégias e pactuações extrajudiciais".

² Ran Hirschl prefere dizer "termo guarda-chuva" (*The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 85).

³ A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social, *in* *Direitos sociais & Políticas públicas – Desafios contemporâneos*. Jorge Renato dos Reis e Rogério Gestas Leal (org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2.270.