

Judicialização pode salvar o SUS

Judicialization can save SUS

Sonia Fleury¹

¹Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. Professora Titular da Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. Coordenadora do Programa de Estudos da Esfera Pública (PEEP) da EBAPE/FGV – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. sonia.fleury@fgv.br

Desde que a saúde se transformou em um direito universal e um dever do Estado (Art. 196 da CF/88), a dimensão jurídica da cidadania passou a ser progressivamente incorporada ao setor que antes se orientava apenas por pressupostos técnico-científicos e administrativos, na forma de organização e oferta dos serviços. O fato de a Constituição assegurar a integralidade do atendimento, mesmo que com prioridade para as atividades preventivas (Art. 198), tornou-se o principal argumento para que as necessidades insatisfeitas dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) se transformassem em demandas judiciais.

Ainda que o direito moderno traga implícita a utopia democrática da igualdade, como nos ensina Gramsci em *Maquiavel* (1980), a cidadania, como status jurídico e político a ser consolidado em cada situação concreta, é também o espaço de lutas pela democratização da esfera pública e do Estado. Ao assumir a saúde como direito universal de cidadania, sem requisitos de contribuição prévia ou prova de incapacidade, o seu exercício passa a depender das necessidades dos indivíduos e das condições asseguradas pelo Estado para que o direito na lei se transforme em direito em exercício. Estas condições dependem das relações entre as forças sociais presentes na conjuntura.

O fato de o SUS ter sido implantado em condições financeiras adversas, até hoje não superadas, certamente impede a distribuição igualitária de serviços de qualidade, de forma que a população sinta-se segura no usufruto deste direito. Esta contradição entre o texto legal e a realidade institucional é responsável pela chamada judicialização da política. Assim, se antes a arena da política de saúde incluía apenas o Executivo e o Legislativo pelo lado do Governo, cada vez mais o Judiciário passa a ser atuante neste campo, além do papel regulador desempenhado pelas Agências do setor no controle do mercado.

A judicialização das políticas diz respeito ao uso do recurso judicial como forma de exigibilidade do direito, denegado na prática das instituições responsáveis. A tutela judicial pode ser tanto de caráter individual para acesso a bens e serviços (interposta por juízes ou defensoria pública) quanto com tutela coletiva, pelo Ministério Público, dos direitos sociais não individualizáveis e da probidade administrativa.

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela posituação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação (FLEURY, 2011)

dos usuários em busca da atenção, como expressão do contra-direito (FOUCAULT, 1977) à saúde.

A discussão sobre a possibilidade de que o deslocamento dos conflitos desde a representação política para o judiciário comprometa a democracia está baseada em dois argumentos. Por um lado, está a separação de poderes como cláusula pétrea do funcionamento ideal do Governo; por outro, a suposição de que no Legislativo os conflitos possam ser transacionados, enquanto no Judiciário serão tratados por meio de uma sentença (RUIVO, 1994). Estes argumentos enfrentam forte oposição de outra corrente teórica, que vê como democratização a etapa atual, na qual a pluralidade de pontos de vista e a circularidade entre os poderes introduziram novos canais de comunicação e negociação (NEVES, 2012). Da mesma forma, vê na exigência de condições substantivas de exercício dos direitos a essência da democracia.

A judicialização da saúde no Brasil foi vista até agora como uma interferência indevida sobre a capacidade de planejamento e ação do Executivo e também como uma ameaça à ação dos gestores locais, fruto do hiperativismo da procuradoria. No entanto, creio que esta fase está sendo superada e defendo que a judicialização é, hoje, a maior aliada ao SUS.

O parâmetro para a ação virtuosa dos vários poderes no campo da saúde deve ser decorrente da própria natureza dos direitos sociais, que envolvem a equiparação frente às desigualdades, o respeito, o reconhecimento das diferenças e a progressividade nas fontes de financiamento e na redistribuição dos recursos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006). As obrigações estatais de respeito aos direitos e garantias de sua satisfação somam-se à proteção contra a ação de terceiros que torne vulnerável o seu exercício.

A prática tem indicado que, ao invés de combater a judicialização, deve-se buscar evitar que ela se transforme em fonte adicional de iniquidade, parâmetro que sustenta o direito e administração pública. Não se aplicou, portanto, à sua fase inicial, orientada pelo princípio do direito subjetivo, de caráter individual, mas cujo acesso diferencial à justiça já macula a sua universalidade e impede a racionalização das práticas administrativas (FERRAZ; VIEIRA, 2009; BORGES; UGÁ, 2010; CHIEFFI; BARATA, 2009; PEPE *et al.*, 2010).

Assim, é imprescindível reconhecer a existência de uma hierarquia entre a cotitularidade inerente aos direitos sociais e coletivos e a titularidade individual, ou direito subjetivo público, que termina por atomizar o social ao reproduzir e amplificar as iniquidades (LINS, 2008; MENICUCCI; MACHADO, 2010). Tendências contrárias baseadas na reserva do possível também devem ser totalmente descartadas, já que tornam a democracia impossível ao subordinar os direitos sociais à lógica de acumulação financeira, drenando os recursos públicos por meios de juros da dívida.

A redução sistemática da contribuição da União para o SUS faz parte deste problema, e mereceria apelação à Corte Interamericana por infração praticada por país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, cujo artigo 26 afirma que os governos assegurarão a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais (PINTO; FLEURY, 2012). No entanto, essa progressividade vem sendo substituída por uma tendência minimalista — no nosso caso, reducionista —, evidente no cenário internacional com a adoção da Iniciativa do Piso de Proteção Social (PPS), impulsionada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) (OMS, 2011), já assinada por vários países, inclusive o Brasil, e referendada expressa no Relatório da Conferência Rio+20 (2012, item 156). Estas duas convenções internacionais firmadas pela nossa nação, uma delas propugnando o gasto progressivo com os direitos sociais e a outra se conformando ‘temporariamente’ com os pisos mínimos, estão em fragorosa contradição, merecendo a atenção de nossos juristas.

Mais recentemente, despontou a tendência a buscar o que denominei uma ‘exigibilidade pactuada’, caracterizada pela procura da defesa dos direitos de uma forma conjunta entre os poderes, ouvidos também a população e especialistas. Dedicadas ao aprofundamento do tema ‘saúde’, proliferaram iniciativas como audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (STF), Comissão de Saúde no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sessão especial no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, especialização de promotores que atuam em saúde, formação universitária em direito sanitário, comissões e câmaras técnicas em vários níveis de Governo, envolvendo pessoal do Executivo e do Judiciário.

Também já se ampliam medidas para a criação de defensorias públicas nos serviços de saúde conectadas às já existentes, porém pouco eficazes, Ouvidorias, bem como de Câmaras Técnicas envolvendo membros das Secretarias de Saúde e do Ministério Público em busca de critérios comuns de ação (TEIXEIRA, 2011). Com base em estudos epidemiológicos, protocolos clínicos, normas de incorporação tecnológica, entre outros, são tomadas, coletivamente, decisões sobre a alocação dos recursos, definição de parâmetros de eficácia e qualidade, e progressividade nas metas.

Esta defesa do interesse público na saúde tem superado a fase da anterior, caracterizada pelo aumento exponencial com gastos de medicamentos, estranhos à lista do SUS, que terminou por gerar uma situação de insegurança para os gestores municipais, potenciais réus de toda falha do sistema. Ainda que a saúde seja uma competência comum aos três níveis de Governo, a ausência de regulamentação do Art. 23 da CF/88, deixou o problema à deriva, terminando por criminalizar o gestor local. Só agora a Justiça definiu a responsabilidade comum dos três níveis de Governo, o que permitirá que a responsabilidade solidária seja cobrada judicialmente.

Já começamos a ver medidas judiciais que não estão voltadas para a compra de um medicamento exótico, mas para exigir do gestor que seja organizada uma central para leitos nas UTIs, o que mostra a importância da tutela coletiva na defesa do direito à saúde.

Está na hora de apoiar a judicialização que garanta a tutela coletiva do direito à saúde, ainda mais quando este se encontra ameaçado com as constantes investidas de interesses privados no interior do sistema público.

Inúmeras questões mereceriam uma abordagem judicial, e esta lista tende a aumentar na medida em que uma parcela cada vez maior dos gestores públicos se afasta dos princípios da administração pública no manejo dos recursos do setor. A introdução da lógica de mercado na gestão dos serviços, seja por meio da contratação de Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSICs) ou de Parceria Público-Privada (PPP), tende a distorcer o direito à saúde nos termos constitucionais que asseguram a existência de um sistema único, descentralizado

e participativo. A naturalização da coexistência do público e privado em defesa da sua junção em um Sistema Nacional de Saúde, como começa a ser defendida, ignora que este privado foi criado por política pública durante a ditadura e evoluiu nos braços dos contratos e subsídios governamentais.

A ideologização desta parceria não pode negar este fato e seus efeitos no descaso com que carreiras e serviços públicos têm sido tratados. Basta verificar o valor total dos gastos em saúde em Estados e Municípios para perceber que a opção preferencial de muitos tem sido pela compra fora do setor público. Está em curso o desenho de um modelo de Estado que não é mais provedor ou gestor, é apenas comprador. Sem investimentos, sem servidores, com muitos contratos. Um Estado sem cidadãos, porém com muitos consumidores.

As medidas de introdução da gestão privada e/ou da construção de serviços por privados no SUS têm reduzido a transparência na gestão, introduzindo medidas de tratamento diferencial a pacientes de seguros, o que fere o princípio da isonomia (artigo 37) na administração pública, além de criar privilégios para exploração empresarial em serviços de relevância pública (patentes, contratos diferenciados do tratamento dado aos órgãos públicos), favorecendo a precarização das relações de trabalho em serviços essenciais como atenção primária.

Enfim, esta lógica, que, por um lado, afirma a minoridade dos pisos dos direitos sociais e, por outro, atribui ao setor privado condições mais favoráveis para uma gestão exitosa, certamente terminará por destruir as garantias ao direito universal à saúde, nos termos em que foi constitucionalizado. Por isso, bem-vinda a judicialização, que poderá salvar o SUS das ameaças atuais de retrocesso, claramente colocadas no cenário nacional e internacional.

Não poderia deixar de acrescentar a minha satisfação com a decisão da segunda turma do STF (Supremo Tribunal Federal), em favor da ação do Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro, exigindo o fim das relações trabalhistas de 9.500 profissionais da área de saúde terceirizados, que trabalham em clínicas da família, UPAs e hospitais municipais. O STF deferiu a ação movida pelo Sindicato, apoiando-se no voto do Ministro Cezar

Peluso, dado em agosto, antes de sua aposentadoria, ao afirmar que

os cargos inerentes aos serviços de saúde, prestados dentro de órgãos públicos, por ter característica de permanência e de caráter previsível, devem ser atribuídos a servidores admitidos por concurso público (O GLOBO, 2012).

Desta forma, mesmo que o governo municipal queira usar um gestor privado, este não poderá ter funcionários terceirizados, corroborando minha tese de que a judicialização colocada como tutela coletiva será imprescindível para salvar o SUS da privatização que alguns gestores preconizam, como forma de resolver seus problemas imediatos, mesmo que isto represente um dano ao maior bem público que construímos, que é o SUS. ■

Referências

- ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. *El umbral de La ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006.
- BORGES, D.C.L.; UGÁ, M.A.D. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1a. instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, jan, 2010.
- CHIEFFI, A.L.; BARATA, R. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago. 2009, p. 1839-1849.
- CONFERÊNCIA RIO + 20: The Future We Want. 2012. Rio de Janeiro.
- FERRAZ, O.L.M.; VIEIRA, F.S. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.
- FLEURY, S. Desigualdades injustas: o contradireito à saúde. *Psicologia e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 23, n. especial, p. 45-52, 2011.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977, 280p.
- GRAMSCI, A. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 1980
- LINS, L.C. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 12, out-dez. 2008, p. 223-261.
- MENICUCCI, T.M.G.; MACHADO, J.A. Judicialization of Health Policy in the Definition of Access to Public Goods: Individual Rights versus Collective Rights. *Brazilian Political Science Review*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2010, p. 33-68.
- NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Martins Fontes, 2012.
- O GLOBO. *STF decide que município não pode ter terceirizados na saúde*. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/stf-decide-que-municipio-nao-pode-ter-terceirizados-na-saude-6169182>>. Acesso em: 23 set. 2012.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Organização Internacional do Trabalho. *Piso de proteção social para uma globalização equitativa e inclusiva*. Relatório do Grupo de Trabalho. Genebra: OMS, 2011.
- PEPE, V et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, ago. 2010, p. 2405-2414.
- PINTO, E.G.; FLEURY, S. Custeio do direito à saúde: em busca da mesma proteção constitucional conquistada pelo direito à educação. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 1, 2012, p. 54-80.
- RUIVO, F. Aparelho judicial, Estado e Legitimação. In: FARIA, J.E. (org). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática; 1994, p. 66-94.
- TEIXEIRA, M.F. *Criando alternativas ao processo de judicialização da saúde: o sistema de pedido administrativo, uma iniciativa pioneira do estado e município do Rio de Janeiro*. 2011. 75f. Monografia (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.