A primazia da tutela judicial coletiva do direito à saúde

Samira da Costa Fontes[1], Adriana Fátima Santos[1], Marcelo Lamy[1]

[1]Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil

Email: samirafontes@hotmail.com

Resumo: Trata-se de estudo em torno da primazia da tutela coletiva do direito à saúde ante a tutela individual. Pretende-se demonstrar que essa prioridade foi estabelecida na nova lei processual, porque elenca como dever do juiz, oficiar os legitimados a promoverem a ação coletiva. Visa demonstrar que o veto ao art. 333 não ofusca o protagonismo do processo coletivo, na medida em que permanece a possibilidade de provocar a tutela coletiva, tão necessária aos direitos sociais, no qual se inclui a saúde.
Palavras-chave: Direito à saúde. Primazia da tutela coletiva. Judicialização da saúde.

The primacy of collective judicial protection of the right to health

Abstract: It is a study about the priority of collective protection of the right to health in relation to individual protection. It is intended to demonstrate that this priority was established in the new procedural law, because it lists as the duty of the judge officiate those legitimated to promote collective action. It aims to demonstrate that the refusal to sanction art. 333 does not obscure the protagonism of the collective process, because it remains the possibility of provoking collective judicial protection, necessary for social rights, which includes health.
Keywords: Right to Health. Primacy of collective protection. Judicialization of Health.

Introdução

A nossa Constituição cidadã de 1988 reconheceu o direito à saúde como "direito de todos e dever do Estado", estabelecendo os princípios da universalidade, igualdade, integralidade, as diretrizes de descentralização e participação da comunidade no sistema único de saúde. A partir da interpretação desses amplos princípios, a sua tutela jurídica no âmbito jurisdicional tem enfrentado diversas fases até os dias de hoje. Na primeira etapa, nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988, prevalecia a inviabilidade da interferência do Poder Judiciário nas políticas de saúde. Em fase posterior, a jurisprudência se construiu no sentido de que o acesso às prestações materiais era praticamente ilimitado. Com o exacerbado crescimento do número de ações judiciais pleiteando esse bem social e afetando o orçamento público, surgiu o atual momento de busca de soluções conciliadoras entre as infinitas necessidades do cidadão perante o SUS e a limitação de recursos públicos.

Uma das grandes soluções para mitigar o fenômeno da judicialização pode ser encontrada na maior utilização da tutela coletiva nas demandas de saúde. A escolha de instrumentos processuais inadequados pode ensejar decisões judiciais desconexas com a realidade social, que não resolvem o problema na perspectiva global, ensejando o descrédito do Poder Judiciário no resguardo dos direitos sociais.

Objetivo

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o veto ao art. 333 do Código de Processo Civil não implica na exclusão de todos os objetivos almejados pelo referido dispositivo. O protagonismo do processo coletivo ainda pode ser alcançado por meio do art. 139, X, em vigor.

Método

O presente estudo é de cunho teórico, segue o método dedutivo, extraindo suas premissas da pesquisa bibliográfica e adota uma abordagem qualitativa. Do ponto de vista prático, consolida uma revisão narrativa sobre a tutela coletiva do direito social da saúde.

Resultados

Para dimensionar a relevância do problema, o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado na 13º edição do Relatório Justiça em números [1], constatou que existem, em trâmite, 1.346.931 demandas, tendo elas sido ajuizadas até 31/12/2016.

Quanto à titularidade do direito à saúde, observou-se que esse direito possui diferentes dimensões, sendo identificado como individual, coletivo e de desenvolvimento, "assim pensado não só com base nas presentes, mas também nas futuras gerações" [2]. As demandas que envolvem o direito social da saúde podem, simultaneamente, revestir-se de características de interesse ou direito individual – sendo direito subjetivo de todo o cidadão, como também de interesse ou direito metaindividual – de titularidade coletiva, uma vez que a proteção da saúde coletiva excede o âmbito estritamente individual. O Supremo Tribunal Federal, no AgR-RE 271.286-8/RS, enfatizou a dimensão individual do direito à saúde, reconhecendo-o como direito público subjetivo que é assegurado à generalidade das pessoas, tendo o Estado uma relação jurídica obrigacional com o indivíduo.

No que diz respeito ao novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), constatou-se que o processo coletivo foi regulamentado de maneira bastante singela. A maior inovação estava no vetado art. 333 (que permitia a conversão em coletiva da ação individual que

veiculasse pedido que tivesse alcance coletivo). Tal conversão seria possível em duas situações: (a) em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; (b) quando tivesse por objeto a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Com isso, verificou-se que o dispositivo subsistente acerca da tutela coletiva no novo Código Processual foi o art. 139, X, que dentro do capítulo dos poderes do juiz, estabelece o dever processual do magistrado de oficiar a Defensoria Pública e o Ministério Público, assim como os outros entes legitimados à ação coletiva, quando se deparar com diversas demandas individuais repetidas, para, se for o caso, estes entes promoverem ação coletiva respectiva.

Discussão

A racionalidade do art. 139, X, do novo CPC foi prestigiar a eficiência da ação coletiva para tutelar os direitos individuais homogêneos. O juiz, que tem conhecimento de determinado conflito social através de diversas demandas individuais similares, percebendo que aquele litígio deveria ser solucionado não apenas para os autores das ações individuais, mas também para todas aquelas pessoas que se encontram na mesma situação, irá provocar os legitimados da ação coletiva. Considerando que a lei fala que incumbe ao magistrado oficiar, constata-se que não há discricionariedade em tal função, mas sim um dever. Essa disposição poderá ampliar o número de ações coletivas, já que nem sempre os legitimados desse instrumento processual têm ciência de que determinado conflito atinge grande número de pessoas e que precisa ser solucionado de maneira uniforme.

A multiplicidade de demandas individuais ajuizadas contra o Poder Público, exigindo medicamentos e tratamentos, aparentemente tem gerado efeitos distributivos regressivos já que os juízes têm considerado o direito à saúde apenas como um direito individual, sem observância das consequências econômicas e distributivas de suas decisões [3]. Essa atitude tem ensejado o efeito deletério de concentrar os escassos recursos a poucos indivíduos, quais sejam, aos autores das ações. Essa judicialização com resultado quase sempre de procedência, não permite qualquer ação estratégica para a correta distribuição dos benefícios sociais, não prestigiando o princípio da eficiência.

Silvia Marques e Sueli Dallari [4], em análise de processos judiciais de fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo (entre 1997 e 2004), constataram que em mais de

80% dessas ações os juízes entenderam que a saúde é direito de todos e julgaram sem levar em consideração os elementos constantes nas políticas de medicamentos, sobrepondo o interesse individual do autor da ação às necessidades coletivas. O atributo da demanda coletiva é justamente igualar os ganhos e os prejuízos, uma vez que este instrumento processual contribui para a promoção da isonomia entre todos os cidadãos que se encontram na mesma situação fática.

A busca da equidade no acesso de saúde, erigida em princípio constitucional do SUS, realmente torna necessária e urgente a adoção de instrumentos e práticas processuais que promovam um maior equilíbrio entre direitos individuais e coletivos na tutela jurisdicional da saúde, inclusive para evitar um desigual acesso à justiça, já que isso redundaria no agravamento da desigualdade no acesso aos serviços de saúde [5].

A conversão da ação individual em coletiva prevista no art. 333 tinha por um de seus objetivos justamente que a decisão fosse uniforme para todos os membros de um mesmo grupo ou categoria de pessoas, o que incluía o autor da ação individual coletivizada e todos aqueles que tivessem ou não judicializado a questão. O espírito da coletivização da demanda individual considera que o sucesso do pleito individual pode trazer consequências ruinosas no âmbito coletivo, já que a prestação exigida individualmente pode dificultar aquelas prestadas de forma coletiva [6].

Ocorre que, ainda que não admitida a referida conversão no código de processo civil vigente, o mesmo objetivo pode ser buscado com uma ação civil pública ajuizada na sequência, após a provocação de um dos legitimados pelo magistrado com base no art. 139, X.

Dentre os outros legitimados do art. 139, X, importa destacar que as associações, que são as legitimadas privadas, podem enfrentar obstáculo para tutelar coletivamente a saúde, uma vez que nenhuma lei do microssistema coletivo contempla ainda a proteção da saúde entre os fins institucionais delas.

Note-se que o artigo 139, X, do novo CPC não deve se limitar à tutela dos direitos individuais homogêneos [7] – em que se estende o beneficio a todo o grupo de pessoas que se encontram na mesma situação. O ideal, quanto à implantação de políticas públicas em ações e serviços de saúde, parece ser a interpretação que possibilita o manuseio de ações coletivas em sentido amplo. Isso porque a ação civil pública para tutela de direitos naturalmente coletivos implica em decisões com eficácia subjetiva mais ampla, pois soluciona conflitos futuros, abrangendo o SUS como um todo. Assim, ampara tanto as situações dos indivíduos que já

necessitam dos serviços de saúde, como daqueles que ainda não foram diagnosticados ou ainda não foram acometidos de nenhum agravo.

Assim, se o juiz se depara com várias demandas individuais requerendo ao Poder Público vaga em UTI no sistema único de saúde, é mais oportuno que os legitimados coletivos pleiteiem a construção de novos leitos no âmbito do SUS do que uma ação coletiva pedindo vagas para todos aqueles que necessitem de UTI, já que referida ação não atingiria a realidade fática de forma imediata. Do mesmo modo, se determinadas pessoas necessitam de um tratamento para determinada doença, é relevante que um dos legitimados coletivos pleiteie não apenas o serviço de saúde como também a inserção de política pública para prevenção da doença.

Parece-nos que não é possível a solução oferecida por Barroso no sentido da limitação da tutela individual em seu trabalho acerca dos medicamentos. Este autor sugere que só se possa postular remédios individualmente quando eles estejam incluídos nas listas elaboradas pelo Poder Público. Portanto, quanto aos medicamentos não constantes das referidas listas, ele entende que a tutela só seria possível através das ações coletivas, sendo ideal que o magistrado oficie o Ministério Público para que este avalie a conveniência do ajuizamento da ação [8]. Apesar de aparentemente ser a solução mais fácil para o problema da judicialização, ela afronta o art. 196 da Constituição Cidadã que reconhece a saúde como “direito de todos e dever do Estado”.

Considerações Finais

A despeito do veto à conversão da ação individual em ação coletiva, a importância do processo coletivo permanece destacada no inciso X do art. 139, privilegiando-se a tutela coletiva como instrumento que melhor contribui para a efetividade do acesso aos direitos sociais, no qual se inclui a tutela da saúde como um direito de todos. A defesa da primazia do processo coletivo no presente trabalho não tem por objetivo inviabilizar o ajuizamento das ações individuais, já que o direito da saúde pode ter objeto divisível, assegurado constitucionalmente.

Referências bibliográficas

1. Brasil. CNJ. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.
2. Dallari SG. Direito Sanitário. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
3. Wang DWL. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, p. 41.

4. Marques SB; Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Revista de Saúde Pública, 41 (1), p. 101-107, 2007.
5. Globekner OA. A tutela individual e coletiva do direito à saúde pelo Ministério Público. Revista Jurídica da Escola Superior do MPSP. V. 8. 2015.
6. Salles CA (coord.). As grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 802
7. Carvalho, SN. Processos Coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática. São Paulo: Contracorrente, 2016.
8. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> Acesso em: 23 de setembro de 2017.