

Judicialização da Saúde

Marcelo Dolzany da Costa¹

No início do mês passado o mundo se emocionou com o anúncio da morte da americana Brittany Maynard, vítima de câncer no cérebro e que optou em mudar-se da Califórnia para o Oregon, um dos cinco estados que admitem o suicídio assistido por médicos. Ainda que a opinião pública internacional se tenha dividido sobre sua escolha, a jovem paciente optou pelo que faz a maioria dos médicos de seu país: preferiu viver seus últimos dias com dignidade a ter de sacrificar sua qualidade de vida com o uso de medicamentos e terapias paliativas.

A assustadora revelação está no livro “How Doctors Die” (numa tradução livre, “Como Morrem os Médicos”) do também médico Ken Murray, lançado em 2011 e ainda inédito no mercado editorial brasileiro. Murray, cirurgião e professor de medicina da família na Universidade do Sul da Califórnia, relata dezenas de casos de colegas seus que se recusaram a qualquer tratamento rádio ou quimioterápico e cirurgia de ressecção quando se viram diagnosticados com tumores de difícil ou penoso tratamento. Há também aqueles que recusariam peremptoriamente qualquer investida de reanimação cardiorrespiratória, hemodiálise ou entubamento típicas de internação em unidades de terapia intensiva. O autor adverte: “É claro que os médicos não querem morrer; eles querem viver. Porém eles sabem o suficiente sobre a medicina moderna e sabem dos limites dela, o suficiente para saber o que todo mundo mais teme: morrer com dor e morrer sozinho”.

Como o título sugere, aqui se deixará de lado o direito à morte. Cuidemos de seu aparente reverso, o acesso à saúde, que é essencialmente o direito à vida com qualidade. Num conceito universalmente adotado, o “estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade” (OMS, Declaração de Alma-Ata, 1978). Em tal sentido, saúde rima com vida, e esta se conjuga com a qualidade de vida. Na linguagem do evangelista, simplesmente “vida em abundância” (Jo 10, 10).

Desde a década passada as cortes brasileiras se debruçam sobre o assunto sem definir com precisão cirúrgica o exato alcance do direito fundamental descrito no art. 196 da Constituição de 1988. Uma coisa é certa: todas elas repelem a locução “judicialização da saúde” como se a sagrada missão de curar tivesse migrado dos consultórios e hospitais para os fóruns e tribunais. A crítica decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois para qualquer lesão a direito (educação, patrimônio, vida, liberdade, honra) haverá um juiz para repará-la. Assim não seria diferente em relação à saúde. Por isso que o magistrado, na lição do jurista e antropólogo Antoine Garapon, deve atuar não apenas para dizer o que é o justo, mas também como o animador de política pública de prevenção (1996 : 20). Decidir sobre o direito à saúde vai além de assegurar um direito fundamental. O juiz incorpora a própria política do Estado que representa. Isto se chama ativismo judicial.

Foi assim quando na década de 1990 juízes federais de Norte a Sul passaram a condenar a União a fornecer gratuitamente medicamentos de tratamento antirretroviral para pacientes portadores do HIV. As iterativas liminares e sentenças levaram o Congresso a aprovar, com grande apoio da opinião pública, o projeto que desembocou na Lei 9.313. Hoje os pedidos se sofisticam, especialmente quando se fala em

¹ Juiz Federal em Belo Horizonte e vice-coordenador do Comitê Executivo de Saúde do CNJ em Minas Gerais.

medicamentos de alto custo para tratamento oncológico, terapêuticas de extrema complexidade ou uma simples vaga em centro de terapia intensiva.

Se, por um lado, o Judiciário tem desempenhado nobre papel para questões individualizadas, por outro, sua atuação suscita críticas, algumas relevantemente fundadas. Se a tal judicialização tem servido à materialização do direito à vida como resultado do exercício da cidadania e proporciona um incentivo no delineamento de políticas públicas mais eficientes e atualizadas, é verdade também que ela pode ser extremamente prejudicial ao Estado. Tanto porque não fica bem claro o que pode ser definido como direito à saúde quanto porque leva a gastos orçamentários que comprometem o equilíbrio das contas públicas ou privilegiam pacientes de alto custo com resultados duvidosos em detrimento de outros cujo atendimento demandaria gastos menores e de comprovada eficácia. Se a judicialização escancara as falhas do sistema público de saúde quando o paciente pede em juízo fármacos que estão em falta nas listas oficiais, ela é realmente um obstáculo para a prática do uso racional de medicamentos, principalmente quando em questão medicamentos sem comprovação de eficácia e não padronizados pelo Sistema Único de Saúde. Há também quem sustente, sem qualquer nuance conspiratória, a influência do poderoso *lobby* dos laboratórios junto a médicos e advogados para que a reiterada prescrição de fármacos de alto custo redunde na incorporação às listas oficiais mediante a proliferação de sentenças e acórdãos naquele sentido.

Os críticos do ativismo judicial apontam que as decisões judiciais não podem ser instrumentos de política pública de saúde, pois aos juízes não cabe legislar, aprovar a lei orçamentária ou eleger as prioridades de investimento. O Supremo Tribunal Federal, porém, já contrapôs: “o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento” (STA-175/CE, Mendes).

Em todo este quadro, resta, como sempre, aos juízes quando se lhes apresentam os pedidos liminares a difícil tarefa de harmonizar princípios e regras naquilo que a doutrina chama de “juízo de ponderação”. O resultado: deve preponderar ao final aquilo que mais se aproxime do chamado princípio da dignidade da pessoa humana.

É neste ponto que vem a exame o caso da jovem americana e a opção de seus compatriotas médicos que preferem viver com dignidade a ter de percorrer a longa e custosa – em seus ambos os significados – caminhada entre laboratórios, blocos cirúrgicos e mais tarde os centros de tratamento paliativo.

Sobre o cuidado paliativo, o apresentador Dráuzio Varella, oncologista de formação e vocação, lembra que a Medicina hoje procura assumir a responsabilidade nas situações em que a alternativa à impossibilidade da cura era liberar o doente para seus últimos dias em casa com a família. Tudo para “melhorar a qualidade de vida dos pacientes” diante da doença ativa e progressiva que lhe ameace a continuidade da própria vida.

O STF incluiu em sua pauta neste ano que agoniza a apreciação de dois recursos que envolvem a solução pelo menos circunstancial ao tema. O primeiro deles é o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS a pacientes que não tenham condições financeiras de adquiri-lo sem sacrifício de outras despesas vitais (RE-566471, Marco Aurélio). O segundo aborda a possibilidade de cobrança de diferença de preço mesmo quando a internação do paciente ocorre pelo SUS e a este é oferecido atendimento e tratamento mais qualificado (RE-581488, Toffoli). Após audiências públicas, ambos os relatores ainda não sinalizaram quanto ao dia do julgamento.

Se as leis e os tribunais americanos já se ocupam do direito à morte com dignidade, por aqui ainda discutimos se pelo menos há direito à vida – mesmo quando esta já não tiver qualidade.