



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito – FD

Priscila da Silva Alves

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: análise do processo decisório das ações de saúde e de seus impactos para a Administração Pública a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Brasília/DF

2015

PRISCILA DA SILVA ALVES

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: análise do processo decisório das ações de saúde e de seus impactos para a Administração Pública a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão.

Brasília/DF

2015

PRISCILA DA SILVA ALVES

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: análise do processo decisório das ações de saúde e de seus impactos para a Administração Pública a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão
Professor orientador

Professor Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes
Membro da Banca Examinadora

Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas....

AGRADECIMENTOS

Como não poderia ser de outro modo, começo agradecendo primeiramente a Deus, por ter sido o alicerce de minha vida e por me ter abençoado imensamente. Mais uma vez a Ele toda honra, glória e louvor.

À minha família, pelo amor incondicional, pela paciência infindável e pelo apoio incomparável. Muito obrigada mãe, pai e irmão.

Ao meu amigo Anderson, que durante toda essa trajetória me brindou com sua sempre agradável companhia, com sua preciosa atenção ao me ouvir e com seu imenso carinho ao me ajudar. Por tudo isso, sou muito grata.

À minha amiga Rayanne, pelo apoio constante, por sempre me dizer exatamente o que eu precisava ouvir e pelo companheirismo que, tenho certeza, durará a vida inteira.

À minha amiga Juhline, pelo convívio, pelas aventuras, pela fundamental ajuda, e pelas dobraduras de papel.

Às minhas amigas Letícia e Marielza, por entenderem quando eu precisei dizer não ao Chiquinho e por ainda assim permanecerem me apoiando. Obrigada, meninas!

À minha prima Kézia, por fazer parte de cada um dos momentos importantes de minha vida, e não ser diferente agora.

À amiga Karolina, ao meu amigo Hugo, e ao meu amigo Brian, sem os quais certamente essa monografia não seria possível. Obrigada, meus caros, vocês foram fundamentais.

Aos meus incríveis amigos que foram, sem dúvida, o maior presente que a Unb me deu: Daniel, Fabrício, Fernanda, Filipe, Henrique, Levi e Nathanne. Foi um prazer conviver com vocês!

Ao professor Jorge Galvão, que me honrou com sua orientação em realizar o presente trabalho, e aos professores Othon, Tarcísio, e Janaína que de bom grado aceitaram compor minha banca e me acompanhar nesses últimos passos.

E a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, com seus pensamentos positivos, me ajudaram a concretizar esse sonho e finalizar minha vida universitária.

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito promover uma análise crítica acerca do fenômeno que se convencionou denominar judicialização da saúde. Com efeito, poucas matérias constitucionais têm estado afeta ao debate jurisprudencial e doutrinário quanto a tutela judicial dessa garantia. Diante disso, busca-se com a presente obra examinar o panorama da política judiciária de saúde no Distrito Federal.

Através do estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, será traçado um perfil das demandas judiciais por saúde, identificando os principais argumentos aventados pelas partes, a postura dos magistrados a respeito e, especialmente, reconhecendo as principais implicações que a atuação judicial têm acarretado, mormente no âmbito da Administração Pública.

Ao fim, abstendo-se da atribuição de culpas, e sem deixar de reconhecer o importante papel desempenhado pelo Judiciário na tutela do direito à saúde, busca-se o estabelecimento de parâmetros e limites práticos e tangíveis à atuação judicial do direito à saúde, com destaque para atividades extrajudiciais de solução da problemática.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas Públicas. Judicialização da saúde. Administração Pública. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

ABSTRACT

The following paper has as a proposal promote and critically analyze the phenomenon that has conventionally denominate itself: judicilaization of health. Efectively, a few constitutional themes have been affected by the doctrinal and jurisprudential debate regarding the judicial protection of this warrant. In view of the above, this piece seeks to examine the political panorama of the judicialization of health in Brazil.

Through the Tribunal de Justiça of Distrito Federal and territories jurisprudence studies, will be outlined a profile of the judicial health demand, identifying the top bandied arguments by the parties, the magistrates posture about it and, specially, recognize the top implications that the judicial actuation has entailed, specially on the public administration scope.

Lastly, abstaining of guilty attributions, and not forgetting to recognize the important role played by the judiciary to the protection of health rights, it seeks to establish parameters and tangible practical limits to the health rights judicial performance, highlighting issue solutions by extrajudicial activities.

Key-words: Righth to health. Public Policies. Judicialization of health. Public Administration. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O DIREITO À SAÚDE	12
1.1 Conceito e História	12
1.2 O Direito à saúde no contexto brasileiro	18
1.2.1 A experiência da saúde no Brasil antes da Constituição Federal de 1988.....	19
1.2.2 O direito à saúde no Brasil a partir da Constituição de 1988.....	28
2. CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	29
2.1 O papel do Poder Executivo na tutela do direito à saúde: O Sistema Único de Saúde.	29
2.1.1 Princípio e Diretrizes	31
2.1.2 Competências e atribuições do SUS.....	33
2.1.3 Financiamento.....	34
2.1.4 Os desafios do Sistema Único de Saúde.....	35
2.2 A atuação do Poder Judiciário na concretização do Direito à saúde	36
2.2.1 A natureza jurídica do direito à saúde: de norma programática a direito público subjetivo. .	37
2.2.2 As demandas judiciais por saúde: a questão da judicialização de políticas públicas.....	40
3. AÇÕES JUDICIAIS POR SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL – Uma análise das argumentações lançadas pelas partes litigantes segundo a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.....	43
3.1 Os principais argumentos daqueles que demandam por saúde.....	44
3.2 Os principais argumentos dos entes políticos nas demandas judiciais por saúde.....	47
3.2.1 A Reserva do Possível.....	47
3.2.2 Violação ao princípio da separação dos poderes	53
3.2.3 Ofensa a princípios constitucionais da legalidade e da igualdade	55
4. OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO JUDICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS NO CAMPO SANITÁRIO	58
4.1. O reiterado descumprimento das determinações judiciais sobre saúde.....	59
4.1.1. A aplicação de multa cominatória.....	60
4.1.2. O bloqueio e sequestro de verbas públicas.	63
4.2. O impacto financeiro das decisões judiciais.....	65
4.3. A desorganização institucional provocada pela judicialização da saúde	67
4.4. A insustentabilidade da atual sistemática de tutela jurisdicional do direito à saúde – a necessidade de se pensar limites e alternativas.	69
4.4.1. A fixação de Parâmetro: a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça	70
4.4.2. Experiências promissoras: da política de saúde no estado do Rio de Janeiro.	75

CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	83
ANEXO.....	88

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, conforme é cediço na modernidade, constitui garantia fundamental de todo e qualquer ser humano. A saúde é componente irrefutável e indissociável da dignidade da pessoa humana, valor máximo a ser protegido tanto no plano nacional, quanto na ordem internacional.

Conforme bem destacou Leite¹, a saúde é um aspecto essencial à autodeterminação do cidadão. Sem ela, o indivíduo esvazia-se. Torna-se incapaz de se firmar no meio social, de exercer adequadamente seus direitos políticos, seja por meio do voto ou da intervenção cívica, além de ser marginalizado da ordem econômica, já que, tolhida sua aptidão laboral, perde a capacidade de prover economicamente suas necessidades. Além disso, a saúde é condição para que o homem usufrua de cultura e lazer que, da mesma forma, compõem a sua dignidade.

A saúde, por outro lado, e em decorrência de sua importância tomada individualmente, também constitui um interesse do próprio corpo social, uma vez que ela é condição indispensável da conservação deste, de sua defesa interna e externa, do bem-estar geral, e de todo progresso material, moral e político².

A questão que se emerge no quadro social brasileiro atualmente, contudo, é que a importância da saúde não se faz acompanhar de sua apropriada guarida. O Brasil convive com um quadro sanitário extremamente aviltante. Os problemas são sabidos de toda população e diariamente noticiados pela mídia: falta-se médicos, medicamentos e leitos, de sorte que não é raro encontrar pessoas adoentadas em corredores de hospitais; as emergências hospitalares estão sempre lotadas, e pessoas tem de aguardar anos em filas para a realização de grande parte dos procedimentos cirúrgicos.

À vista disso, o Poder Judiciário surge como uma verdadeira panaceia para a questão sanitária. Sob a bandeira de tutelar um direito constitucional, a sociedade brasileira tem encontrado na atuação judicial a luz no final do túnel.

Cresce com velocidade impressionante a quantidade de ações individuais que buscam alguma assistência sanitária e, por conseguinte, avoluma-se na mesma proporção as decisões judiciais que impõem à Administração Pública o cumprimento de uma série de

¹ LEITE (2014, p.106-107).

² MENEZES (2015, p.25).

medidas e obrigações. Esse fenômeno desemboca no que a doutrina convergiu chamar de *judicialização da saúde*, a qual é resumidamente definida por Penalva como “um fenômeno amplo e diverso de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas protegidas pelo direito à saúde”³.

Ocorre que, a mesma atuação do Poder Judiciário, se por um lado promove a saúde ao particular, por outro, quando desregrada, gera consequências de diversas ordens. De fato, a atuação excessiva do Poder Judiciário pode conduzir a um indesejado ativismo por parte das cortes judiciais, especialmente quando, à pretexto de agir dentro de sua alçada, tomam decisões que exorbitam suas competências.

Diante disso, torna-se imperativo ponderar e analisar o comportamento do Poder Judiciário quando içado pelo particular a tutelar seu direito à saúde, constituindo este, justamente, o objetivo precípua do presente trabalho.

Para tanto, o primeiro capítulo irá dedicar-se ao estudo do direito à saúde, examinando seu conceito e processo de reconhecimento no Brasil e no mundo, com o propósito de melhor apreender sua relevância e obter uma percepção mais razoável das questões que perpassam o tema.

O segundo capítulo, por seu turno, realizará uma explanação acerca do processo de concretização do direito à saúde no Brasil. Nessa ocasião, analisar-se-á o papel desempenhado pelo Poder Executivo na salvaguarda do direito à saúde, o qual concentrou seus esforços na implementação e operacionalização do sistema de saúde público (SUS), instituído como a principal resposta do Poder Público à tutela sanitária.

Estudar-se-á ainda, naquela oportunidade, o papel que o Poder Judiciário adquiriu, ao longo dos últimos anos, na concretização da saúde, especialmente diante do lastimável quadro sanitário em que se encontra nosso país.

O terceiro capítulo, por meio dos dados obtidos a partir da pesquisa de jurisprudência no egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, promoverá uma análise acerca das demandas judiciais que perpassam o direito à saúde no Brasil. Verificar-se-á os principais argumentos erigidos pelas partes e a tendência decisória dos magistrados a respeito.

Por fim, no último capítulo, analisar-se-á o comportamento dos tribunais pátrios, compreendendo as consequências da atuação judicial no campo sanitário, especialmente os

³ PENALVA (2011, p.8).

impactos desta frente à Administração Pública, refletindo-se, por derradeiro, acerca dos mecanismos desenvolvidos para enfrentá-los, que incluem o estabelecimento de parâmetros e limites à atividade jurisprudencial dos tribunais e a estruturação de aparados de assistência aos magistrados e gestores públicos.

1. O DIREITO À SAÚDE.

1.1 História e Conceitod.

Ante a importância individual e coletiva da saúde e visando compreender a correta dimensão de sua garantia no plano global, bem como a conquista que sua posituação na Lei Maior significou no contexto pátrio, faz-se mister estudar, logo de início, o conceito do direito à saúde, e com o mesmo fito, bem assim analisar a história de seu desenvolvimento. Somente de posse desse arcabouço, destaca-se, será possível entender o notável papel que esse direito representa na contemporaneidade.

Primeiramente, é preciso ter em conta que a noção de direito à saúde, da mesma forma que a própria concepção de saúde, passou por diversas transformações ao longo do desenvolvimento da sociedade, aglutinando diferentes perspectivas conforme a sociedade se alterava.

Com efeito, Raefray destaca que o homem, desde a era primitiva, já demonstrava uma certa preocupação com a vida saudável ⁴. A saúde, aliás, foi objeto de estudo de vários pensadores ainda na Antiguidade. Na Idade Média, era compreendida como resultado do querer divino, e frequentemente associada ao castigo de Deus. Com efeito, o marco significativo para a consideração da saúde como um direito fundamental se deu somente com a Revolução Industrial do século XIX, conforme se observará a seguir.

⁴ RAEFFRAY (2005, p.23).

Siqueira e Regazzi asseveram que o direito à saúde é uma reivindicação antiga, mas sua implementação, assim como sua incorporação ao rol de direitos humanos, é moderna ⁵.

Segundo os autores:

*“(...) o desenvolvimento histórico do direito à saúde remete-nos a um estudo que contrapõe interesses capitalistas e interesses sociais, em uma batalha que traz enraizadas questões atinentes ao contexto social de uma sociedade, tendo como maior entrave ao seu desenvolvimento, por certo, o capitalismo, pois ele está intimamente ligado à efetividade dos direitos fundamentais (...)”*⁶.

Tal processo de desenvolvimento do direito à saúde, resumidamente, é que se passa a demonstrar.

Conforme já salientado, e corroborado por Gouvêa, a conquista dos direitos fundamentais é um processo dinâmico que acompanhou a trajetória da humanidade ⁷. De fato, os diferentes valores elevados à categoria de direitos fundamentais, bem como a base filosófica que fundamentou tal processo, sofreram variações de acordo com o modo de organização da vida em sociedade. São, sobretudo, resultado de um contínuo processo de lutas, em que a sociedade, insatisfeita com as condições que lhes são presentes, travam verdadeiras batalhas em busca do reconhecimento de direitos que lhe possibilitem, em regra, melhores condições de vida e trabalho.

Hodiernamente, a doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em quatro grandes gerações, levando em conta a história de seu desenvolvimento. Os direitos sociais, dentro do qual o direito à saúde é incluído, constituem o que se convencionou denominar de **segunda geração dos direitos fundamentais do homem**.

A primeira geração de direitos fundamentais, por seu turno, remonta ao século XVIII, época das grandes Revoluções Burguesas, e conforme elucida Nascimento⁸, seu reconhecimento constituiu historicamente o primeiro passo para a conquista dos direitos sociais.

⁵ SIQUEIRA, REGAZZI (2008, p.69).

⁶ *Idem*.

⁷ GOUVÊA (2015, p.27).

Bobbio, ademais, salienta que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por luta em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas [...]”. BOBBIO (1992, p.35).

⁸ NASCIMENTO (2008, p.301).

Os direitos de primeira geração representaram, em essência, uma resposta aos anseios da ascendente burguesia, que, para se desenvolver e atingir seus objetivos econômicos, sociais e políticos, necessitava que o Estado se abstinhasse de interferir na esfera privada e particular dos indivíduos que compunham a sociedade. Conforme explica Dornelles, foi, sobretudo, “[...] a partir de lutas travadas pela burguesia europeia contra o Estado absolutista que se criaram condições para a instituição formal de um elenco de direitos que passariam a ser considerados fundamentais para os seres humanos [...]”⁹.

Desejosos do poder político, apoiados nos ideais iluministas¹⁰, e contando com o apoio dos trabalhadores, as revoluções operadas pela classe burguesa no século XVIII desembocaram no advento do Estado Liberal burguês e na afirmação de uma série de direitos fundamentais.

Essa geração de direitos advinda com as Revoluções teve como centro de proteção o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade, à livre iniciativa e, especialmente, à liberdade. Eram, sobretudo, valores defendidos pela classe burguesa com o fito de proteger sua propriedade, assegurar sua liberdade econômica e limitar os constantes arbítrios que vinham sofrendo pelo Estado absolutista. Tratavam-se, portanto, de direitos individuais e negativos, que para sua concretização, exigiam um afastamento do Estado.

É nesse momento, segundo destaca Menezes¹¹, que o direito à saúde começa ser reconhecido pelos ordenamentos jurídicos. Declarações como a francesa de 1789 e a americana de 1776 passaram a proclamar o direito à saúde, embora, é preciso pontuar, o tenham feito de forma genérica e sempre associado ao direito à vida.

Séculos mais tarde, contudo, após o reconhecimento dos direitos individuais, percebeu-se que sua simples declaração não era, de forma alguma, suficiente para garantir sua efetiva concretização. De fato, pouco adiantava estar o direito à igualdade assegurado em um papel, quando, na realidade, a desigualdade era a regra imperante na sociedade.

Com efeito, o século XIX na Europa tinha trazido um desenvolvimento econômico sem precedentes na história. Com a burguesia já instalada no poder, a filosofia do Estado

⁹ DORNELLES (2007, p.21).

¹⁰ O fundamento filosófico dos direitos de primeira geração, impende destacar, remete ao movimento iluminista, que, segundo Gonçalves, tratava-se “[...] de uma ideologia revolucionária do século XVIII. (...) De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta [...]” GONÇALVES (2008, p. 6).

¹¹ MENEZES (2015, p.24).

Liberal possibilitou a ocorrência das duas grandes Revoluções Industriais na Inglaterra. O sucesso econômico, entretanto, se fez essencialmente a partir da exploração da classe trabalhadora. Tornava-se cada vez mais óbvio que o ideário de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa de 1789 não seria partilhado por todos.

Conforme bem salientou Leite, “[...] o ideal de liberdade apregoado pelos grupos detentores do poder político e econômico somente a eles atendia, pois a grande maioria da população vivia em condições miseráveis e era explorada em sua força de trabalho [...]”¹². O autor prossegue destacando que essa classe estava longe de possuir bens sociais essenciais para uma vida digna, tais como boa alimentação, educação e saúde, bem como estava distante de outros frutos da modernidade, a exemplo do direito ao voto, novos meios de comunicação e transporte¹³.

Dornelles explica que esse ambiente, cujos principais protagonistas eram a classe operária, a burguesia industrial e o Estado liberal não-intervencionista, aliado às crescentes lutas sociais urbanas, possibilitou o desenvolvimento da crítica social, das ideias socialistas, além da própria organização sindical e política da classe operária e dos demais setores populares¹⁴.

Dessa feita, organizada política e sindicalmente, a classe operária subjugada tomou consciência de seu papel na sociedade, bem como de sua qualidade como ser humano. Tais condições deram azo a movimentos de trabalhadores que almejavam melhorias, especialmente de vida e trabalho, pautados nas ideias do socialismo.

Os trabalhadores passaram a defender que, muito mais que formalmente reconhecidos, os direitos fundamentais deveriam ser materialmente providos pelo Estado para que enfim pudessem atingir os objetivos que primeiramente se havia proposto. Os recém-formados sindicatos de trabalhadores e os partidos operários questionavam o enorme abismo entre os princípios formalmente postos nas declarações de direitos proclamadas pelos Estados Unidos e França e a realidade vivida pela maior parte da sociedade. Clamava-se por condições materiais que possibilitassem o cumprimento das garantias individuais, abrindo caminho, nessa esteira, para o reconhecimento da saúde como um direito fundamental.

¹² LEITE (2014, p.17).

¹³ *Idem.*

¹⁴ DORNELLES, *op cit.* p. 23.

Cury assevera que foi precisamente nesse momento que a saúde como um direito humano teve origem ¹⁵. Antes da industrialização, o procedimento adotado para o enfermo era retirá-lo do meio social, sendo que cabia apenas à sociedade a criação, manutenção e administração dos poucos hospitais existentes ¹⁶. Deveras, foi somente com a pressão social promovida pelos operários no contexto da Revolução Industrial, conjugada com a necessidade de recuperar a saúde do trabalhador adoentado, de sorte que este pudesse retornar e manter-se no seu posto de trabalho, que a saúde começou a ser entendida como um direito fundamental.

Ocorre que, embora represente uma conquista memorável, a saúde a partir da industrialização apresentava-se sob um viés puramente negativo. Era entendida como “ausência de doenças”, associada, portanto, a uma ideia essencialmente curativa. Era preciso recupera os enfermos, “porque o operário não poderia ficar doente e, assim, diminuir a produção industrial” ¹⁷.

Foi apenas com o desenrolar do século XIX, entretanto, e especialmente durante o século XX, após a Segunda Guerra Mundial, que a noção de **saúde passou a agregar a ideia de prevenção**. Isso porque, impactados pelas atrocidades da guerra, a discussão acerca da proteção da Dignidade da Pessoa Humana ganhou um destaque no cenário político global, reverberando profundamente em todos os demais direitos existentes ¹⁸.

Segundo ressalta Lynn Hunt, com o pós-guerra, a pressão pelo reconhecimento e positivação de garantias fundamentais adveio de vários setores, em especial de organizações religiosas, trabalhistas, feministas e cívicas, e foi sentida pelos diplomatas reunidos em 1945, quando da criação das Nações Unidas, os quais, cedendo, reconheceram diversos direitos fundamentais na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 ¹⁹. O direito à saúde, em especial, ganhou tutela específica no art. 25 da referida Declaração, assim dispendo:

¹⁵ Nas palavras da autora “a saúde como direito humano teve sua origem no movimento pela saúde pública do século XIX e vem se desenvolvendo em direção ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais desde então” CURY (2005, p.34).

¹⁶ LEITE (2014, p. 107).

¹⁷ *Ibidem*, (p.108).

¹⁸ Menezes, vale destacar, citando Dantes, afirma: “[...] a partir do século XX, notadamente após as duas Grandes Guerras, os direitos e garantias fundamentais foram consideravelmente incrementados, passando os diversos Estados internacionais a também preverem, em suas Constituições, um conjunto de normas de ordem social e econômica, tanto para a redução das desigualdades sociais, como igualmente, para incentivar o desenvolvimento nacional [...]” DANTES *apud* MENEZES. *op. cit*, p.41.

¹⁹ HUNT (2009, p.204-207).

“(...) Artigo XXV – I. Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, tutela, viuvez ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (...)”.

Diante da imperatividade de prover novas estruturas econômicas, sociais e políticas, emerge o Estado Social de Direito no século XX, o qual, a partir de um paradigma constitucional, passa a desempenhar um papel mais ativo não somente na proteção, mas na efetiva materialização das garantias sociais pleiteadas pela classe proletária.

Trata-se, conforme bem destaca Leite, de um Estado voltado para a promoção de uma justiça distributiva e social, com a consagração expressa de direitos econômicos, culturais e sociais nas Constituições, especialmente aqueles relacionados à dignidade do homem, como educação, saúde, moradia, entre outros ²⁰. A saúde, nesse contexto, passou a ser considerada como um direito fundamental, um bem jurídico constitucionalmente protegido em decorrência, decorrente da dignidade da pessoa humana,

Surge também nesse contexto Organismos Internacionais dirigidos à proteção e promoção dos valores recém-consagrados. Dentre os quais destaca-se a Organização das Nações Unidas, criada em 1946 com o objetivo de buscar a paz, e, especialmente, a Organização Mundial da Saúde (OMS), agência da ONU, responsável pela saúde pública mundial.

Hoje, o direito à saúde adquire mais uma noção importante, **a de promoção da saúde**. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), esse direito passa a englobar não apenas a cura e a prevenção de doenças, mas inclui a busca pelos meios eficazes de prevenção de doenças e para o completo bem estar do ser humano, atrelada a uma **melhor qualidade de vida**. Qualidade de vida, aliás, é a ideia chave no conceito de saúde, dado que passa a incluir todos os fatores necessários a promoção de uma vida plena.

É tendo por base essa noção de promoção da saúde, portanto, que a OMS atualmente define a saúde como **“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”**. Semelhantemente, a Carta Magna de 1988 atribui ao Estado o dever não apenas de recuperação e proteção da saúde, mas também impõe **a implementação de ações e serviços de promoção da saúde**.

²⁰ LEITE. *op. cit.* p. 18.

Do exposto, é interessante observar que, conquanto os direitos fundamentais tenham surgido como instrumentos jurídicos de proteção do ser humano frente ao Poder Público, na posteridade passam a representar exigências de uma atuação positiva do Estado em favor do homem, o que é evidenciado pela promoção dos direitos sociais por parte daquele mesmo poder²¹.

Nessa perspectiva, exige-se do Estado que, ao mesmo tempo em que não se apresente como um entrave às liberdades individuais, forneça condições materiais para que essas mesmas liberdades individuais possam ser igualmente exercidas por todos os cidadãos, notadamente pela consagração e implementação dos direitos individuais.

Ressalta-se, contudo, que embora se tenha evoluído grandemente na promoção dos direitos sociais, atribuir efetividade a tais garantias permanece como grande desafio da ordem constitucional de inúmeros países na atualidade, inclusive o Brasil.

1.2 O Direito à saúde no contexto brasileiro.

O Direito à saúde no Brasil está assegurado pela Constituição Federal de 1988. Essa, cabe ressaltar, foi a primeira Constituição brasileira a resguardar expressamente tal garantia, estendendo a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país um direito que até então era restrito a parcelas da população.

O art. 6º da Lei Maior reconhece a garantia à saúde como um direito social, ao lado do direito à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância, e a assistência aos desamparados.

Ademais, a Carta Magna positivou a saúde em seu título VIII, referente à Ordem Social, mais precisamente nos artigos 196 a 200, como um direito fundamental. Nessa senda, o artigo 196 ocupa papel de destaque, posto que define e caracteriza o direito em questão, assim dispendo:

*“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.”*²²

²¹ *Ibidem*, p.103.

²² BRASIL (1988). *Grifo meu*.

Conforme se observa, o direito à saúde é, logo de início, definido como um direito de todos, e de outra forma não poderia ser, uma vez que essa garantia é consequência direta e imediata do direito à vida, bem jurídico supremo do ordenamento brasileiro, e da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, por ser um direito social, o direito à saúde é igualmente colocado no referido artigo como um dever do Estado, que o deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que, atingindo a todos de modo igualitário, visem à redução do risco de doenças e de outros agravos.

Conforme pacificado na doutrina, e detidamente explicado anteriormente, cuida-se de direitos que exigem prestações positivas do Estado para a sua efetiva concretização, uma vez que tem por objetivo, em real atendimento ao princípio da igualdade, possibilitar melhores condições de vida a todos e especialmente aos menos favorecidos, equalizando situações sociais desiguais.

Todavia, é precisa salientar que não obstante sua previsão constitucional, a saúde no Brasil está longe de alcançar os patamares ali estipulados. A Carta Magna de 88, aliás, teve o objetivo precípuo de reverter o quadro da saúde então vigente no Brasil, que, lamentavelmente, sempre foi marcado pela precariedade, pela ineficiência, e pela exclusão de grande parte da população brasileira.

Compreender, dessa forma, como a saúde era entendida e provida antes da Carta Magna de 1988, e a mudança que o reconhecimento constitucional desse direito representou para o Brasil, contribui sobremaneira para o estudo das implicações que perpassam a garantia em questão, posto que revela algumas dificuldades e entraves que são estruturais e persistem até hoje ²³.

1.2.1 A experiência da saúde no Brasil antes da Constituição Federal de 1988.

Para melhor compreender as inovações que a Constituição da República de 1988 trouxe, buscar-se-á, no presente tópico, analisar brevemente a evolução histórico-constitucional do direito à saúde no Brasil, à luz das Cartas Constitucionais anteriores à

²³ AGUIAR (2011, p.17).

Constituição Federal democrática, entendendo, nesse interim como a saúde foi pensada e gerida.

Em apertada síntese, pontua-se, desde logo, que foi somente a partir do século XX, em particular com a Constituição de 1934, que as políticas públicas de saúde²⁴ começaram a ser, de fato, implementadas no Brasil, a fim de enfrentar o precário quadro sanitário existente. Até então, a saúde no Brasil, para grande parte da população, era provida a partir da filantropia, especialmente através de hospitais de caridade mantidos pela igreja católica.

Conforme esclarece Machado²⁵, desde o início da colonização até pelo menos metade do século XVIII, a administração portuguesa no Brasil não se preocupou com a organização do espaço social visando a um combate às causas de doenças. A prática médica nesse período era, como resultado de diversos fatores, e em especial da proibição do ensino superior na colônia, extremamente precária.

Prossegue o mencionado autor salientando que foi somente no século XIX, com a vida da Corte Portuguesa ao Brasil, e, mais tarde, com o Brasil Império, que a questão sanitária começou a ocupar o centro das preocupações da administração pública²⁶. As ações sanitárias realizadas nesse período, contudo, foram concentradas especialmente na cidade do Rio de Janeiro. De acordo com o Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS), o interesse primordial ficou limitado ao estabelecimento de um controle sanitário mínimo, com a promoção de vacinas contra as principais doenças da época, controle de navios e saúde dos portos, e inspeção sobre alimentos, farmácias, armazéns, restaurantes, etc²⁷.

A **Constituição de 1824**, ou Constituição do Império, a primeira do Brasil, embora tenha consagrado alguns direitos sociais, não apresentou qualquer previsão expressa acerca do direito à saúde. Inspirada na Constituição Espanhola de 1822, na Francesa de 1814, e na Portuguesa de 1822, trouxe “[...] algumas inovações no aspecto social – sinalizado para os direitos humanos do século XX, muito embora ainda contivesse forte conteúdo liberal (próprio da época) e, também, estivesse impregnada de forte herança absolutista [...]”²⁸.

²⁴ Aguiar define política de Saúde como “a ação ou omissão do Estado, enquanto resposta social diante dos problemas de saúde e seus determinantes, assim como da produção, distribuição e regulação de bens, serviços e ambientes que afetam a saúde dos indivíduos e da coletividade [...]” *Idem*.

²⁵ MACHADO (1978, p.312).

²⁶ *Idem*.

²⁷ BRASIL (2007, p. 16).

²⁸ SCHWARTZ (2001, p. 43-44).

Embora se trate de uma Constituição extremamente avançada para a época, pois consagrou alguns direitos de cunho social, como o direito à educação²⁹, Schwartz explica que a ausência de menção ao direito constitucional se deu tanto em razão do cenário político da época, - o Brasil acabava de se tornar independente, sob os auspícios de um Estado Liberal, onde eram escassos hospitais e serviços de vigilância sanitária -, quanto pela forma com que a saúde era entendida – a doença ainda estava ligada a ideia de castigo divino, não sendo concebível a intervenção do Estado³⁰. A fase colonial e imperial da história brasileira encerrou-se, desta forma, sem que o Estado solucionasse os graves problemas de saúde da coletividade³¹.

A **Constituição de 1891**, também conhecida como Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil, assim como a Constituição de 1824, não reconheceu o direito à saúde em seu texto. A doutrina³², ademais, acorda que essa Constituição representou um verdadeiro retrocesso em relação aos direitos sociais. Fruto de um pacto liberal-oligárquico, a Constituição emergia em um contexto de coronelismo. Barreto Junior e Miriam Pavani salientam que, “[...] no que se refere à saúde, na Constituição de 1891 não houve avanços substanciais, uma vez que a Assembleia Constituinte esteve mais focada nas mudanças das formas de Estado e governo e na criação da República, o que elencou deveres negativos ao Estado [...]”³³.

Não obstante a omissão da Constituição de 1891, na prática, observou-se alguns avanços. Durante esse período, que ficou conhecido como República Velha (1889 - 1930), a atuação estatal no campo sanitário adotou o modelo “campanhista”, e mais uma vez ficou concentrada na contenção de epidemias presentes nas principais cidades brasileiras.

Entretanto, diferentemente dos períodos anteriores, pela primeira vez na história do país, os governos republicanos elaboraram minucioso plano de combate às enfermidades que reduziam a vida produtiva, ou útil, da população. A participação do Estado na área da saúde tornou-se, então, global: não se delimitava às épocas de surto epidêmico, mas estendia-se por

²⁹ MENEZES, op. cit. p. 42.

³⁰ SCHWARTZ, op. cit. p.44.

³¹ BRASIL (2007, p. 17).

³² Nesse sentido: Germano Schwartz, Dirceu Pereira Siqueira e José Luiz Ragazzi.

³³ BARRETO JUNIOR, PAVANI (2013, p.75).

todo o tempo e a todos os setores da sociedade ³⁴. Aguiar identifica nesse contexto o nascimento da saúde pública ³⁵.

Durante a República Velha foram criadas as **Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs)**, que, segundo Bravo³⁶, juntamente com outras medidas do período, constituem o embrião do esquema previdenciário brasileiro. A Lei Eloi Chaves, de 1923, criadora das Caixas, tem sido indicada como o momento crucial da responsabilidade do Estado pela regulação da concessão de benefícios e serviços de saúde, especialmente de assistência médica.

Aguiar, ao esclarecer o funcionamento das CAPs, afirma:

“[...] As CAPs eram financiadas com recursos das empresas, do governo e dos empregados e o controle era exercido por patrões e empregados. Tinham como finalidade, além dos benefícios previdenciários, a assistência médica aos trabalhadores segurados e seus familiares [...]”³⁷

Observa-se ainda, nesse período, o crescimento da medicina liberal, que era utilizada pela classe dominante e com poder aquisitivo, restando à maioria da população brasileira que não tinha direito às CAPs apenas os serviços oferecidos pelos escassos hospitais filantrópicos mantidos pela Igreja ou a prática da medicina popular.

Por fim, destaca-se a criação do **Departamento Nacional de Saúde Pública (DNPS)** em 1920, em atendimento ao movimento de **Reforma Sanitária** que emergiu no Brasil durante a Primeira República sob a liderança de médicos higienistas.

De fato, a verdadeira evolução só adveio com a **Constituição de 1934**, a qual, segundo Ragazzi e Siqueira, foi a primeira a prever a proteção do direito à saúde ³⁸. Por certo, as mudanças institucionais havidas na **Era Vargas**, que vai de 1930 a 1945, moldaram profundamente a política pública brasileira, estabelecendo um arcabouço teórico, jurídico e material que conformaria o sistema de proteção social até um período recente ³⁹.

³⁴ BRASIL (2007, p.19).

³⁵ AGUIAR, op. cit. p. 21.

³⁶ BRAVO (2006, p.1).

³⁷ AGUIAR, op. cit. p.21.

³⁸ SIQUEIRA, REGAZZI, op. cit. p. 71.

³⁹ BRASIL (2007, p. 21).

Segundo Schwartz ⁴⁰, a Constituição de 1934 trouxe uma fórmula que foi copiada pelo constituinte de 1988, concernente ao arranjo institucional por ela previsto. Em seu artigo 10, inciso II, por exemplo, semelhantemente ao que ocorre na atualidade, conferiu competência concorrente à União e aos Estados em relação à saúde para cuidar da saúde e assistência públicas (art. 10, II). A referida Constituição, ainda, assegurou o direito à saúde em diversos outros dispositivos, e em especial nos arts. 115 ao 143, pertencentes ao Título IV, intitulado “Ordem Econômica e Social”.

Nesse período, foram criadas leis trabalhistas, concomitantemente à concepção de uma estrutura sindical de Estado, um reflexo do corporativismo que marcava o governo de Getúlio. Conforme assevera Bravo, no que tange à saúde, as políticas formuladas por Vargas passaram a ser organizada em dois subsetores: o de **saúde pública** e o de **medicina previdenciária**. O subsetor de saúde pública foi predominante até meados dos anos 60, quando então foi sobrepujado pelo setor da medicina previdenciária ⁴¹.

A saúde pública centralizou-se pela criação de condições sanitárias mínimas para as populações urbanas e, restritamente, para as do campo. Em 1930 foi criado o **Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp)**, com desintegração das atividades do Departamento Nacional de Saúde Pública. Ao Mesp, mantendo o modelo sanitarismo campanhista, cabia a prestação de serviços para todos aqueles que não estivessem servidos pela medicina previdenciária. Eram os pré-cidadãos: os pobres, desempregados, e os que exerciam atividades informais. Polignano, entretanto, ressalta que:

*“[...] A escassez de recursos financeiros associados à pulverização destes recursos e de pessoal entre diversos órgãos e setores, aos conflitos de jurisdição e gestão, e superposição de funções e atividades, fizeram com que a maioria das ações de saúde pública no estado novo se reduzissem a meros aspectos normativos, sem efetivação no campo prático de soluções para os grandes problemas sanitários existentes no país naquela época [...]”.*⁴²

Já a medicina previdenciária, por sua vez, surge com a criação em 1930 dos **Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs)**, que passam a substituir as antigas CAPs. Vinculados ao Ministério do Trabalho, os IAPs foram criados por categorias profissionais, e não mais por empresas, tendo como objetivo promover uma assistência médica,

⁴⁰ SCHWARTZ, op. cit. p. 44.

⁴¹ BRAVO, op. cit. p. 4.

⁴² POLIGNANO (2006, p. 12).

essencialmente curativa, a todo operariado organizado. A assistência médica, contudo, era considerada secundária no sistema previdenciário construído, e os segurados não faziam dela parte importante de suas reivindicações⁴³.

Diante da moldura exposta, cumpre aqui salientar que a tutela do direito à saúde na Constituição de 1934, ao contrário do que ocorreu na Constituição Federal de 1988, não foi resultado da percepção do direito à saúde como um fator integrante da dignidade da vida humana. Diferentemente, a garantia tinha evidentes motivações político-econômicas. Buscou-se com tal previsão proteger especialmente a saúde do trabalhador, posto que, se este padecesse de alguma doença, teria de ser afastado do trabalho, comprometendo, por conseguinte, a produção capitalista⁴⁴.

Tal padrão, é preciso destacar, foi observado nas Constituições de 1937, 1946 e 1967. O direito à saúde nessas constituições é assegurado como pertencente à legislação trabalhista, como um direito eminentemente trabalhista, que visou manter a prevalência do trabalhador na produção⁴⁵.

A **Carta Outorgada de 1937**, rompendo com a tradição liberal, viveu um período marcado pelo excessivo autoritarismo, com o fortalecimento e prevalência do Poder Executivo sobre os demais. Quanto à saúde, o referido diploma determinou a competência privativa da União, diversamente do texto de 1934, em que a competência era concorrente. Siqueira e Regazzi salientam que essa disposição poderia “[...] ensejar maiores dificuldades na efetividade do tema; afinal, destinou-se a competência para o legislador aos auspícios de apenas um ente [...]”⁴⁶. No mais, destacam os autores que a Carta de 1937 apenas acompanhou o pequeno avanço trazido pela Constituição de 34, vinculando o referido direito à perspectiva trabalhista.

Em 1946 o Brasil passa por um **período de redemocratização**. Após eleições populares, Dutra é eleito presidente. Em seu governo, lança o Plano Salte, que previa

⁴³ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁴ Merece destaque, nesse sentido, o art. 121 da Constituição Federal de 1934, *in verbis*: “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a **proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País**”.

⁴⁵ SIQUEIRA, REGAZZI, op. cit. p.76.

⁴⁶ SIQUEIRA, REGAZZI, *ibidem*, p.74.

investimentos em saúde, alimentação, transporte e energia. Na prática, a maior parte dos recursos foi destinada à área de transporte ⁴⁷.

A **Constituição de 1946**, por seu turno, compartilhou a competência da União para legislar sobre saúde com os Estados, os quais poderiam legislar supletiva ou complementarmente sobre o tema, associando, mais uma vez, o direito à saúde como um direito trabalhista.

Em 1953 é criado o **Ministério da Saúde** independente da área da educação, sendo-lhe destinado apenas um terço dos recursos alocados no antigo Mesp, o que, conseqüentemente, limitava de forma significativa a sua atuação. A partir da segunda metade da década de 50, por outro lado, e principalmente em razão do aumento da classe trabalhadora assalariada, ocorreu maior pressão pela assistência médica via IAPs, resultando em um crescimento de um complexo médico-hospitalar para prestar atendimento aos previdenciários, em que se privilegiam abertamente a contratação de serviços de terceiros.

Em 1960, a partir da aprovação da Lei Orgânica de Previdência Social, ocorre o processo de unificação dos IAPs, que já vinha sendo trabalhado desde 1941, mas que encontrava forte resistência pelos representantes das classes trabalhadoras, ao argumento de que representaria o abandono de muitos direitos conquistados, e também porque os IAPs constituam, naquela época, importantes feudos políticos e eleitorais.

A lei em questão representou a implantação de um sistema de saúde caracterizado pelo predomínio financeiro das instituições previdenciárias. Gerou a unificação do regime geral da previdência social, abrangendo todos os trabalhadores sujeitos ao regime da CLT, excluídos os trabalhadores rurais, os empregados domésticos e os servidores públicos.

O processo de unificação dos IAPs somente se consolida durante o regime da ditadura militar, que teve início em 1964 e findou-se em 1985. O **governo militar** criou o **Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)**, subordinado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, com responsabilidade pelos benefícios previdenciários e pela assistência médica aos segurados e seus familiares. O modelo de gestão tripartite (trabalhador, empregadores e União), que existia até então nos IAPs, foi eliminado e a assistência médica previdenciária, nesse contexto, foi estendida aos trabalhadores rurais, com a criação do

⁴⁷ ESCOREL (2008, p.233).

Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Prorural), em 1971, às empregadas domésticas e aos trabalhadores autônomos, no ano seguinte ⁴⁸.

Quanto ao plano constitucional, a **Constituição de 1967**, em linhas gerais, apenas reafirmou o que restou consagrado na Constituição de 46. Conforme salienta Schwartz, [...] na Constituição de 1967, a única referência ao direito à saúde encontrava-se no art. 8º, XVI, onde se delegava à União a competência de estabelecer planos nacionais de educação e saúde. Portanto, inexistiu avanço algum no campo da proteção sanitária [...]” ⁴⁹.

Com efeito, tratou-se de período em que a cisão entre os campos da saúde pública e medicina previdenciária foi reforçada, contrapondo-se, de um lado, o Ministério da Saúde, e, de outro, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). No que se refere à saúde pública, o período foi marcado pela instauração de uma crise de recursos e pelo enfraquecimento da capacidade de ação do Ministério da Saúde (MS) no âmbito coletivo. O orçamento destinado à saúde, que já era baixo, sofreu significativa redução nesse período ⁵⁰.

Já em relação à assistência médica previdenciária, vivenciou-se um período marcado pelo incentivo à expansão do setor privado na saúde. Aguiar destaca que “[...] até 1964, a assistência médica era prestada, principalmente, pelos hospitais, ambulatórios e consultórios médicos da rede de serviços próprios dos institutos, passando-se, a partir de então, à contratação prioritária dos serviços privados de saúde [...]” ⁵¹. O INPS passa a ser um grande comprador dos serviços privados de saúde, estimulando a prática do lucro no âmbito da saúde e estimulando a expansão da medicina de grupo ⁵².

Essa forma de contratação, contudo, favoreceu a corrupção e o conseqüente desfalque para o orçamento previdenciário. No final da década de 70, a crise do modelo de saúde previdenciária se aprofundou, favorecida pela crise econômica nacional, pelo alto custo da assistência que era complexa, pouco resolutiva e insuficiente para a demanda e pelos desvios de recursos, condição que era igualmente vista nos serviços públicos de saúde.

Buscando enfrentar essas dificuldades, em 1977, efetivou-se uma nova reordenação burocrático-administrativa do sistema de saúde com a criação do **Sistema Nacional de**

⁴⁸ AGUIAR, op. cit. p.29.

⁴⁹ SCHWARTZ, op. cit. p.46.

⁵⁰ PAIVA, TEIXEIRA (2014, p.18)

⁵¹ AGUIAR, op. cit. p.30.

⁵² A medicina em grupo era modalidade em que as empresas contratavam uma empresa médica para a assistência aos seus empregados, deixando de contribuir para o INPS. *Idem*.

Previdência e Assistência Social (SINPAS), que era formado, entre outros, pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) – que tinha como objetivo o pagamento de benefícios aos segurados; o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), voltado para a prestação de assistência médica individual e curativa dos trabalhadores; a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), com finalidade de prestar assistência médica à população carente⁵³.

Essa reforma, contudo, não foi suficiente para solucionar os problemas de saúde no Brasil. Diante disso, cresceu a insatisfação popular e as pressões de vários setores para a promoção de mudanças na estrutura sanitária.

Foi, sublinha-se, o **movimento de Reforma Sanitária**, havido ao longo dos anos 70 e 80, o grande responsável por lançar as bases do sistema de saúde que, mais tarde, inspirou a elaboração da Carta Manga. Defendiam a criação de um sistema de saúde único, acabando com a duplicidade até então vivenciada, que executava ações de saúde em perspectivas antagônicas. Buscava-se ainda melhores condições de vida, contra a iniquidade do sistema de saúde e o reconhecimento desta como um direito social.

Uma característica fundamental da reforma sanitária brasileira é o fato de ela ter sido conduzida pela sociedade civil, e não por governos, partidos políticos ou organizações internacionais, confundindo-se com o próprio processo de luta contra a ditadura e abertura democrática⁵⁴.

A maior parte das propostas defendidas pela Reforma Sanitária foram acolhidas pela Constituição Democrática de 1988, a qual, num contexto de implantação de um estado de bem-estar social, transformou a saúde em direito de cidadania, pensada a partir de um sistema público, universal e descentralizado.

Conforme destaca Paiva e Teixeira, a partir da Constituição de 88,

*[...] transformava-se profundamente a organização da saúde pública no Brasil. Velhos problemas, como a tradicional duplicidade que envolvia a separação do sistema entre saúde pública e previdenciária, passaram a ser estruturalmente enfrentados. Outros, como a possibilidade de financiamento de um sistema de corte universal, ainda representam dificuldades que parecem intransponíveis [...]*⁵⁵

⁵³ BERTOLOZZI, GRECCO RM (1996, p.380-98).

⁵⁴ PAIVA, TEIXEIRA, op. cit. p.16.

⁵⁵ *Idem.*

1.2.2 O direito à saúde no Brasil a partir da Constituição de 1988.

Conforme devidamente ressaltado, a Constituição Cidadã, pautada num forte espírito de redemocratização, foi marcada pelo ineditismo no campo da saúde. Pela primeira vez na história, a Carta Magna dispensou uma seção especialmente voltada para regular a questão sanitária no Brasil.

De fato, a Lei Maior “[...] incorporou mudanças no papel do Estado e alterou profundamente o arcabouço jurídico-institucional do sistema público de saúde, criando novas relações entre as diferentes esferas do governo, novos papéis entre os atores do setor, dando origem, enfim, ao Sistema Único de Saúde [...]”⁵⁶.

Diferentemente das demais constituições brasileiras, a Carta Cidadã de 1988 promoveu a proteção do direito à saúde não a partir de um viés trabalhista, mas como uma garantia fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana. Como reflexo, estendeu a todos os cidadãos uma proteção social que era inicialmente contribuintes do sistema previdenciário.

Foi, ressalta-se, somente a partir dessas importantes mudanças de paradigma que a Lei Maior brasileira passou a reconhecer o direito à saúde como um direito do cidadão, e não mais como um fator de produtividade.

Não obstante o atraso do Brasil, que só veio positivar o tema 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, é inegável a importância do reconhecimento expresso desse direito, especialmente por constituir uma importante ferramenta de mudança frente o precário quadro sanitário então existente.

A partir da nova ordem constitucional, a saúde foi incorporada em seu conceito mais abrangente, de sorte que a garantia de acesso aos serviços que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde implica em cuidados também com os fatores determinantes e condicionantes da saúde, tais como condições geográficas, água, alimentação, habitação, idade, sexo, herança genérica, etc. Disso decorre que, para se ter saúde, são necessárias ações em vários setores, o que somente pode ser alcançado com uma política governamental integrada⁵⁷.

⁵⁶BRASIL (2011, p. 5).

⁵⁷ *Idem.*

Dada a sua importância, as ações e serviços de saúde foram elevados pela Constituição à categoria de **relevância pública**, incumbido ao Poder Público que sobre elas legisle, regulamente, fiscalize e controle, na forma do art. 197. Dessa forma, a Lei Maior previu uma série de dispositivos que disciplinam e/ou orientam a concretização do direito em questão.

De início, a Constituição atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em seu art. 23, II, a **competência comum para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência**. Conferiu ainda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para **legislar, concorrentemente, sobre proteção e defesa da saúde** (art. 24, XII, CF c/c art. 30, II, CF).

À União coube o estabelecimento de normas gerais, na forma do parágrafo primeiro do artigo 24; aos Estados coube suplementar a legislação federal, conforme art. 24, §2º; e aos Municípios, competiu legislar sobre assuntos de interesse local, de acordo com o art. 30, I e II.

Aos Municípios, ainda, foi conferida a **prestação de serviços de atendimento à saúde da população**, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (art. 30, VII, CF).

Como forma de concretizar a política sanitária no Brasil, a Constituição Federal de 1988 instituiu o **Sistema Único de Saúde (SUS)**, constituindo-o como o sistema de saúde oficial brasileiro. Assim, a despeito de estender a assistência à saúde também à iniciativa privada, a Carta Magna atribuiu precipuamente ao Estado a prestação da saúde por meio de políticas públicas, podendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, na forma do art. 197, *in fine*. A estrutura do SUS, salienta-se, será objeto de estudo do capítulo que se segue.

2. CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.

2.1 O papel do Poder Executivo na tutela do direito à saúde: O Sistema Único de Saúde.

Sem dúvida, o grande marco da nova ordem sanitária foi a criação, pela Lei Maior, do **Sistema Único de Saúde (SUS)**, o qual consiste em uma rede de serviços regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, na forma do previsto no art. 198, que assim dispõe:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

(...)

O SUS emerge como a principal política pública de saúde no Brasil. Trata-se da consagração pelo constituinte de 88 do que fora intensamente pleiteado na reforma sanitária da década de 70. Um sistema de saúde público, descentralizado, universal e pautado na concepção de cidadania nacional.

O Sistema Único de Saúde realmente representou uma democratização no ingresso à saúde no Brasil, vez que todos passaram a ser titulares do direito à saúde, independentemente da existência de vínculo empregatício. Consoante destaca Paim *et. al.*, “[...] o Sistema Único de Saúde aumentou o acesso ao cuidado com a saúde para uma parcela considerável da população brasileira em uma época em que o sistema vinha sendo progressivamente privatizado [...]”⁵⁸.

O SUS é regulado, basicamente, por três diplomas, quais sejam: a Constituição Federal de 1988, em seus art. 196 a 200; a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes em território nacional; e a Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que estabelece o formato da participação popular no SUS e dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Além do mais, a normatização do SUS vem sendo implementada também por meio de outros decretos, emendas, normas e portarias que foram editadas posteriormente. Aguiar explica que a operacionalização do SUS, desde os anos 90, orienta-se pelas Normas

⁵⁸ PAIM (2011, p.11).

Operacionais (Normas Operacionais básicas – NOBs e Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS) que foram editadas pelo Ministério da Saúde, com base em acordos entre os gestores do SUS nas três esferas de governo ⁵⁹.

É a partir deste alicerce legal que será abordada a seguir, resumidamente, a organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde.

2.1.1 Princípio e Diretrizes.

O sistema público de saúde no Brasil pauta-se em um conjunto de princípios e diretrizes válidos em todo o território nacional. Conforme salienta Matta, os princípios e diretrizes do SUS “[...] constituem as bases para o funcionamento e organização do sistema de saúde em nosso país, afirmando direitos conquistados historicamente pelo povo brasileiro e o formato democrático humanista e federalista que deve caracterizar sua materialização [...]” ⁶⁰.

Segundo ainda o referido autor, “[...] os princípios do SUS servem de base para o sistema de saúde brasileiro e, ao mesmo tempo, representam os valores, os preceitos, as bandeiras de luta que sustentam esse sistema [...]” ⁶¹. Os princípios do SUS estão discriminados na Lei Orgânica da Saúde, em seu art. 7º, e, segundo Matta, podem ter suas ideais sintetizadas em três princípios principais: **princípio da universalidade**, da **equidade** e da **integralidade**.

Como decorrência do princípio da universalidade, a saúde é concebida como direito político estendido a todos os cidadãos brasileiros, sem estabelecimento de preconceitos ou privilégios, independentemente do pagamento de imediata contraprestação para ser realizado.

O princípio da equidade, conforme destaca Matta, é fruto de um dos maiores e históricos problemas da nação brasileira: as iniquidades sociais e econômicas⁶². Esse princípio, destarte, busca sanar as flagrantes desigualdades verificadas no acesso, na gestão e na produção de serviços de saúde. Mais do que uma pura igualdade formal, o princípio da

⁵⁹ AGUIAR, op. cit. p.48.

⁶⁰ MATTA (2007, p.61).

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, p.69.

equidade exige a dispensa de atenção especial aos espaços em que a desigualdade é mais pungente⁶³.

O princípio da integralidade, por fim, traz consigo, segundo Matta, uma diversidade de significados. A integralidade diz respeito à prestação integral da saúde, no sentido de serem realizadas tanto ações de cunho preventivo, quanto ações assistenciais, ou seja, cunho curativo. Significa também que as políticas públicas prestadas pelo Estado devem prover todos os aspectos da saúde, considerada em sua dimensão ampliada, compreendendo questões que envolvem o afetivo, o biológico, o espiritual o sociocultural, entre outros. Em um terceiro sentido, denota atenção à integralidade das necessidades de grupos específicos, tais como portadores de doenças sexualmente transmissíveis.

As diretrizes, por sua vez, são definidas por Matta como “[...] os meios, normas para atingir os objetivos do SUS, que, em última instância, estariam articulados com seus princípios [...]”⁶⁴. São eles: a **descentralização**, a **regionalização**, **hierarquização** e a **participação da comunidade**, conforme redação constitucional, em seu art. 198.

A primeira diretriz do SUS, a descentralização das ações e serviços de saúde, cumpre salientar, constituiu em uma das palavras de ordem mais fortes quando da definição do novo arranjo institucional do SUS. A organização descentralizada visa proporcionar, em última instância, uma melhor prestação do serviço de saúde.

Segundo Matta, a diretriz da descentralização corresponde [...] à distribuição de poder político, de responsabilidades e de recursos entre os três níveis de governo. Ou seja, estamos falando de uma desconcentração do poder da União para os estados e municípios, tendo como objetivo a consolidação dos princípios e demais diretrizes do SUS [...]”⁶⁵.

Para Aguiar, essa descentralização busca superar “[...] a desarticulação entre os serviços e construir a coordenação das ações sob direção de um único gestor em cada espaço político-institucional – o secretário municipal no âmbito do município, o secretário estadual no âmbito do estado e o ministério da saúde no âmbito da união”⁶⁶.

⁶³ Vasconcelos e Pasche, por exemplo, afirmam que a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde traduz o debate relativo à igualdade, prevista no texto legal, e justifica **a prioridade na oferta de ações e serviços** aos seguimentos populacionais que enfrentam **maiores riscos** de adoecer e morrer em decorrência **da desigualdade na distribuição de renda, bens e serviços**. VASCONCELOS & PASCHE (2006, p.535).

⁶⁴ *Ibidem*, p.65.

⁶⁵ *Ibidem*, p.73.

⁶⁶ AGUIAR, op. cit. p.52.

A diretriz da regionalização, por seu turno, exige que a organização do sistema de saúde deva focar as particularidades de cada porção territorial, no que se refere às demandas por saúde, através, especialmente, da atuação municipal. Analisa-se, dessa forma, os perfis populacionais, os indicadores epidemiológicos, condições de vida e suporte social, de sorte a nortear as ações e serviços de saúde de uma região. A hierarquização, por outro lado, é definida como a organização da rede de serviços por nível de complexidade das demandas sociais por saúde.

Por fim, a diretriz da participação da comunidade conclama o envolvimento de toda a sociedade, através de suas entidades representativas, na política, no planejamento, na gestão, na execução e avaliação das ações de saúde ⁶⁷. Com efeito, a Lei 8.142/90 estabelece mecanismos de participação popular no SUS, merecendo destaque os conselhos de saúde e as conferências de saúde.

Em apertada síntese, os conselhos de saúde são órgãos colegiados de caráter permanente e deliberativo, com função de formular estratégias, controlar e fiscalizar a execução da política de saúde, devendo suas decisões serem homologadas pelo poder executivo, em cada esfera de governo ⁶⁸. Já as conferências de saúde, segundo a Lei 8.142/90, devem acontecer a cada 4 (quatro) anos, com participação dos vários seguimentos da sociedade, para avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para as políticas públicas de saúde.

2.1.2 Competências e atribuições do SUS.

De maneira geral, a Lei nº 8.080/90 elenca as atribuições específicas de cada um dos entes federativos no que concerne ao SUS. Sobre o tema, Noronha *et. al.*, assevera, em suma, que ao nível federal compete a normatização e coordenação geral do sistema no âmbito nacional a ser desenvolvida com a participação dos estados e municípios, para os quais o Ministério da Saúde deve oferecer cooperação técnica e financeira com os municípios. Em nível estadual, encontra-se o planejamento do sistema estadual regionalizado e o desenvolvimento de cooperação técnica e financeira com os municípios. Por fim, em nível

⁶⁷ BRASIL (1986, p.10)

⁶⁸ BRASIL (1990).

municipal, compete a gestão do sistema de saúde, com o planejamento, gerenciamento e a execução dos serviços públicos de saúde e a regulação dos prestadores privados de serviços ⁶⁹.

2.1.3 Financiamento.

O financiamento do SUS é regulado pela Constituição Federal, pela Lei Orgânica da Saúde e pelas Normas Operacionais Básicas (NOBs). Conquanto haja previsão de outras fontes, a Lei 8080/90 disciplina que os recursos necessários à operacionalização do SUS advirão principalmente do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O orçamento da seguridade social, conforme explica Aguiar, é elaborado com a participação dos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social e leva em consideração as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO ⁷⁰.

A Emenda Constitucional nº 29/2000 consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação, prevendo o valor mínimo que cada esfera de governo deverá reservar à promoção de ações e serviços de saúde. Assim, cada ente federativo deverá destinar um aporte mínimo de recursos à saúde, que, no caso dos estados, corresponde a 15% de suas receitas, no caso dos municípios, 12%, e no caso da União, o percentual é definido com base na variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

Os recursos financeiros em questão serão depositados em conta especial (os fundos de saúde), em cada esfera de atuação e deverão ser movimentados sob o controle e fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde, na forma do art. 33 da Lei 8.142/90.

Não obstante, é preciso salientar que, em decorrência da proposta de descentralização do SUS, com ênfase na municipalização da gestão do SUS, foi premente a necessidade de promover repasses de recursos federais aos estados e municípios, a fim de viabilizar o modelo proposto. Desta forma, a Lei 8.080/90 elaborou critérios para a transferência de recursos da esfera federal para a esfera estadual e municipal. O primeiro critério estabeleceu que 50% dos valores devem ser distribuídos aos municípios com base no número de habitantes, e o

⁶⁹ NORONHA (2008, p. 435).

⁷⁰ AGUIAR, op. cit. p.73.

segundo, que os outros 50% serão repassados de acordo com os requisitos elencados no art. 35 da LOS, quais sejam:

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

*VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.*⁷¹

Apesar da regulação da matéria pelos distintos diplomas mencionados, o financiamento do SUS, infelizmente, ainda se mantém como um grande desafio na atualidade. A origem do problema, segundo Levcovitz é plural, mas decorre especialmente da herança do modelo de seguro social (INPS/Inamps); do advento da política econômica neoliberal a partir do início dos anos 90; do endividamento público e os diversos planos econômico-financeiros voltados para o seu enfrentamento; e por fim, da crise financeira da previdência social; configurando o que foi chamado por Levcovitz de “Sistema em crise permanente”⁷².

Os problemas de financiamento da saúde, por decorrência, desencadeiam outras questões, que são objeto de denúncias diárias, como as filas de usuários por serviços de saúde, a falta de leitos hospitalares para atender às necessidades de saúde da população, ou a dificuldade de acesso aos medicamentos essenciais⁷³, entre outras consequências, que serão a seguir analisadas.

2.1.4 Os desafios do Sistema Único de Saúde.

Passados 27 (vinte e sete) anos de sua implementação, é inegável que o Sistema Único de Saúde está longe de constituir-se como uma estrutura democrática, universal, equânime e integral. Não obstante a deferência que deve ser creditada ao SUS, o qual teve sua estrutura

⁷¹ BRASIL (1990).

⁷² LEVCOVITZ (1997).

⁷³ SERRA e RODRIGUES (2007, p.195).

voltada para o atendimento das necessidades e anseios da sociedade brasileira, Gandini *et. al.* atribui, de maneira paradoxal, a causa de sua ineficiência justamente à própria extensão e complexidade do sistema ⁷⁴. Alexandre explica que:

“[...] em razão da abrangência dos objetivos propostos e pela existência de desequilíbrios socioeconômicos regionais, a implementação do SUS não tem sido uniforme em todos os estados e municípios brasileiros. Para que ocorra essa implementação uniforme, é necessária uma grande disponibilidade de recursos financeiros, de pessoal qualificado e de uma efetiva política em nível federal, estadual e municipal para viabilizar o sistema, fatos que vem sofrendo flutuações ao longo dos anos das gestões dos presidentes da república” ⁷⁵.

Soma-se a isto os obstáculos estruturais herdados do Brasil pré-constituição de 1988, em especial, a marcante desigualdade regional no âmbito socioeconômico, a proteção social fragmentada e o modelo médico-assistencial privatista a partir do qual o SUS foi construído.

Nesse panorama, o subfinanciamento do sistema, associado à má-gestão dos recursos já existentes, as dificuldades na regionalização e integração entre municípios, a carência de recursos humanos, as deficiências na estrutura física, com a baixa eficiência dos hospitais e serviços especializados, passam a ser características marcantes do SUS desde sua implementação.

Conforme destaca Madeiro, a sociedade brasileira observa atualmente a decadência da saúde pública em todos os estados brasileiros e o consequente sucateamento do SUS, assistido na mais completa inércia ao longo dos anos pelos sucessivos governos ⁷⁶.

Ante o quadro marcado pela absoluta precariedade, a sociedade brasileira busca formas de ver concretizado o seu direito constitucional. Foi justamente nessa perspectiva que o Poder Judiciário emergiu como a grande esperança para aqueles que necessitam do sistema público de saúde.

2.2 A atuação do Poder Judiciário na concretização do Direito à saúde.

⁷⁴ GANDINI (2007).

⁷⁵ ALEXANDRE (2011, p.138).

⁷⁶ MADEIRO (2013).

Desde a previsão do direito à saúde na Carta Cidadã de 1988, as demandas por saúde no judiciário experimentaram um aumento significativo. Apenas a título de ilustração, de acordo com balanço realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, tramitavam à época, no Judiciário brasileiro, 240.980 processos judiciais sobre saúde. Os dados de 2014, por outro lado, apontam que nos tribunais federais e estaduais, tramitavam cerca de 393 mil processos por razões sanitárias. Percebe-se, desta feita, um acréscimo de aproximadamente 60% nas demandas por saúde em apenas 3 (três) anos⁷⁷.

De fato, o crescimento dos pleitos no Brasil deveu-se a distintos fatores. Merece destaque, conforme afirmado outrora, o fato de que, embora a saúde tenha se firmado como direito fundamental e gozado de uma defesa especial, certo é que o sistema de saúde no Brasil está longe de atender adequadamente a todos que dele necessitam. Conforme explicado, em razão de circunstâncias diversas, tais como recursos escassos, interesses antagônicos presentes em uma sociedade, e até mesmo de falhas no processo decisório de políticas públicas sociais e econômicas, o sistema de saúde no Brasil revela-se, no mínimo, insuficiente.

Assim, em resumo, percebe-se que a deficiência na prestação da saúde, por um lado, aliada à garantia de acesso ao Judiciário, por outro, desembocou em um processo de incremento de demandas judiciais no Brasil por fornecimento de medicamentos, custeio de tratamentos de saúde e de procedimentos cirúrgicos, entre outros, e de cuja apreciação o Poder Judiciário não poderia se furtar.

Ocorre que, diante do aumento de ações no Judiciário, originou-se no cenário brasileiro um novo debate, dessa vez atinente à natureza jurídica da garantia à saúde. Muitos doutrinadores, e por vezes até mesmo a jurisprudência, divergiram acerca do próprio entendimento sobre o direito fundamental à saúde, ora classificando-a como uma mera orientação de ação ao Poder Público, e, portanto, destituída de imediata efetividade, ora classificando-a como um direito público subjetivo de todo e qualquer cidadão. Essa controvérsia que será melhor trabalhada a seguir.

2.2.1 A natureza jurídica do direito à saúde: de norma programática a direito público subjetivo.

⁷⁷ Dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números.

De pronto, o que se tem de mais notório é que o direito à saúde foi resguardado pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental da pessoa humana. Todavia, embora tal reconhecimento tenha se dado de maneira expressa em nossa Carta Constitucional, nos primeiros anos que se seguiram à sua promulgação, os direitos fundamentais nela previstos foram entendidos como **meras normas programáticas**, destinada apenas a orientar as ações do Estado, indicando, tão só, um fim a ser atingido por este ⁷⁸.

Nessa perspectiva, Barcellos ⁷⁹ destaca que a doutrina e a jurisprudência dominante inadmitiam a tutela jurisdicional do direito à saúde, sob o argumento de que, ante o caráter programático da norma constitucional que disciplina esse direito, não haveria um direito subjetivo a ser tutelado, sendo que a interferência do Poder Judiciário somente desequilibraria o orçamento público e violaria o princípio constitucional da separação dos poderes⁸⁰.

Nessa ótica, portanto, conforme explanado por Sarmento, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, decisões judiciais que implicassem em controle sobre políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais eram entendidas como intromissão indevida do Poder Judiciário⁸¹.

Esse quadro, salienta Barroso, somente foi alterado por ocasião do advento de um movimento jurídico acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*, a partir do qual, numa importantíssima mudança de paradigma, as normas constitucionais passaram a ser entendidas como possuidoras de força normativa e efetividade.

Segundo esclarece o citado jurista, o movimento em questão buscou elaborar categorias dogmáticas da normatividade constitucional, assim como superar algumas crônicas disfunções da formação nacional que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade foi, dessa forma, tornar as normas

⁷⁸ CRUZ (2012, p.119)

⁷⁹ BARCELLOS (2008, p.803)

⁸⁰ Exemplo típico do exposto é o julgamento do RMS 6564/RS, ocasião em que o Superior tribunal de Justiça entendeu que “[...] normas programáticas, como ensinam os doutrinadores, certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação: não delimitando seu objeto, nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização, antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com a legislação integrativa. No máximo, aí, se verifica um interesse simples, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através da legislação interpretativa ou de outra atividade do Poder Público” (RMS 6564/RS, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448).

⁸¹ SARMENTO (2010, p.1).

constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa⁸².

Conforme prossegue Barroso, o movimento pela efetividade promoveu, no Brasil, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, separando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.⁸³

A partir de então, o direito à saúde enfim passou a gozar da aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais, condição essa que, ressalta-se, foi prevista desde o início pelo art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, que assim dispõe:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A esse respeito, merece destaque o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, na Corte Suprema, em que o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, asseverou que “dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.”⁸⁴.

Isto posto, cumpre por fim destacar que, na medida em que foi reconhecida efetividade imediata às normas constitucionais pátrias, passaram a serem exigíveis do Estado as condutas e deveres nelas impostas. Isto é, de um lado, os poderes constituídos, a partir de então, estariam “[...] obrigados a colocar à disposição das pessoas prestações disciplinadas pela Carta Constitucional, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo

⁸² BARROSO (2007, p.48).

⁸³ BARROSO (2005, p. 76).

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 75/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010. Publicado em 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>.

que, a cada momento, estiver no poder [...]”⁸⁵, e de outro, cidadãos possuiriam o direito de obterem as referidas prestações constitucionais.

A partir dessa visão, portanto, os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, converteram-se em direitos públicos subjetivos em sentido pleno, comportando, desta feita, tutela judicial específica. É nesse sentido, portanto, que Barcellos, ao tratar da eficácia jurídica das normas constitucionais, especialmente no que se refere ao direito à saúde, afirma que “[...] há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição [...]”⁸⁶.

Esse, ressalta-se, é o entendimento que prevalece na contemporaneidade acerca do direito social à saúde, o qual se consolidou na doutrina e jurisprudência como um direito público subjetivo. Dessa forma, é plenamente possível recorrer-se ao Poder Judiciário toda vez que essa garantia fundamental for tolhida, ou tiver sua efetividade ameaçada.

Diante do quadro exposto, cumpre aqui salientar os dizeres de Sarlet, para o qual, não obstante as discussões apresentadas e os avanços obtidos, “[...] o debate em torno dos direitos fundamentais e da eficácia social (efetividade) que os mesmos alcançam no cotidiano das pessoas não perdeu, em atualidade, mas, pelo contrário, lamentavelmente (em se considerando aqui justamente problema da falta de efetividade!) segue ocupando a pauta dos grandes desafios para o Estado e a sociedade [...]”⁸⁷.

Discute-se, agora, os limites, se é que há algum, acerca do direito subjetivo apresentado, e mais precisamente, o alcance que a tutela jurisdicional pode dispor diante do crescente número de ações judiciais oferecidas diariamente buscando tratamentos, leitos médicos, medicamentos, e diversos outros pleitos, nos tribunais pátrios brasileiros. É sobre essa perspectiva que os capítulos seguintes passam a tratar.

2.2.2 As demandas judiciais por saúde: a questão da judicialização de políticas públicas

Conforme exposto anteriormente, a partir da Constituição Democrática, e com o transcurso do tempo, as normas constitucionais revestiram-se de efetividade e aplicabilidade. Consequência desse processo é que a exigência de concretização direta e imediata pelos entes

⁸⁵ BARCELLOS, op. cit. p.804.

⁸⁶ *Ibidem*, p.803.

⁸⁷ SARLET (2007, p. 127).

federativos das garantias tuteladas pela Constituição passou a ser plenamente possível junto aos juízes e Tribunais pátrios.

Assim, o direito constitucional de proteção à saúde passa, dessa forma, a ser entendido como um direito público subjetivo pleno de cada cidadão, de sorte que, caso o Estado não proveja as políticas públicas adequadas a sua realização, o Judiciário pode ser chamado a atuar e resguardar a garantia em questão.

Diante do protagonismo do Judiciário, que passou a desempenhar papel fundamental na concretização da Constituição, muitos doutrinadores reconheceram na ação jurisdicional brasileira o fenômeno conhecido como judicialização de políticas públicas, tema que será tratado a seguir.

Para Luís Barroso, a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, estão sendo decididas em caráter final por órgãos do Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo⁸⁸.

Vale dizer que esse protagonismo do Poder Judiciário não é algo recente. Conforme esclarece o referido jurista⁸⁹, trata-se de um fenômeno mundial, que no Brasil está ligado a causas múltiplas, as quais, resumidamente, se passa a demonstrar.

A *primeira causa* está relacionada à *redemocratização* do país, que teve seu ponto culminante com a promulgação da Constituição de 1988. Com a referida Carta, houve o fortalecimento do Poder Judiciário, ao qual foi atribuído o poder e o dever de zelar pela Constituição e pelas leis. Concomitantemente, a cidadania foi reavivada, e com ela houve a propagação do conhecimento acerca dos direitos assegurados aos cidadãos, de forma que estes passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A *segunda causa* está relacionada ao que Barroso denominou de *constitucionalização abrangente*. Trata-se de um fenômeno em que inúmeras matérias, anteriormente reguladas pelo processo político ou pela legislação ordinária, passaram a ser expressamente tuteladas pela Constituição, a exemplo do que aconteceu com a saúde. Ocorre que a consequência direta de disciplinar uma dada matéria em uma normal constitucional é transformar Política em Direito. Isto é, uma questão que até então era afeta à atuação do Poder

⁸⁸ BARROSO (2011, p.360-361).

⁸⁹ BARROSO (2009, p. 71-91).

Executivo ou Legislativo transforma-se, potencialmente, em uma pretensão jurídica que, nessa condição, pode ser deduzida em juízo ⁹⁰.

A *terceira causa*, por fim, refere-se ao *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, visto que, por se tratar de um dos modelos mais abrangentes do mundo, mesclando o sistema europeu e americano, a atuação do Poder Judiciário ganha relevante destaque, de sorte que qualquer questão política ou moralmente relevante poder ser alçada à Corte Suprema.

Todas essas causas, segundo Barroso, confluíram para aumentar a atuação do Poder Judiciário, especialmente a partir da Constituição democrática.

Cumpra salientar, entretanto que, conquanto a Judicialização deva ser vista como uma consequência natural da própria organização institucional brasileira, o **excesso da atuação do Judiciário, por outro lado, deve ser fator de preocupação**. Essa atuação exacerbada foi cunhada na literatura mundial como **ativismo judicial**.

Segundo Barroso,

*“[...] a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens (...) A **judicialização**, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o **ativismo judicial** é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance [...]”⁹¹.*

Tratam-se, portanto, de processos distintos. A judicialização, segundo Milton Augusto de Brito Nobre, é expressão usada para designar a notória prevalência que o Judiciário vem ganhando na solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive àqueles decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar a amplitude desses direitos. Já o ativismo resulta de atuação do Judiciário em questões de alta

⁹⁰ Nesse sentido, Barroso exemplifica afirmando que “[...] se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas [...]” BARROSO (2009, p.71-91).

⁹¹ *Idem.*

complexidade e cuja competência para decisão se situaria fora do alcance das atribuições judiciais⁹². Nas palavras de Barroso, a judicialização é fato, o ativismo é atitude.

Contrariamente à parte da doutrina que visualiza na atuação do Judiciário no campo sanitário um extrapolamento de sua competência, de forma a configurar indevido ativismo judicial, Nobre⁹³ entende que o que se sucede no Brasil com a saúde não configura ativismo, mas sim a inevitável judicialização de políticas públicas.

É, portanto, com intuito de melhor apreciar a discussão aqui apresentada que o próximo capítulo tratará de analisar mais detidamente a atuação do judiciário no campo sanitário. O foco, para tanto, será as ações por acesso à assistência em saúde no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, verificando-se ali as principais demandas dos litigantes, a argumentação que as embasa, e, principalmente, a tendência do comportamento decisório do referido Tribunal, analisando, para esse fim, os argumentos expostos para fundamentar o processo decisório.

3. AÇÕES JUDICIAIS POR SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL – Uma análise das argumentações lançadas pelas partes litigantes segundo a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A fim de traçar o perfil das decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos casos de saúde, bem como analisar os argumentos levados pelas partes a juízo, foi realizada uma pesquisa sobre o tema no portal eletrônico do TJDFT.

A pesquisa abrangeu os acórdãos prolatados por aquele Tribunal que tiveram sua publicação realizada no período de 1º de janeiro de 2015 a 30 de junho do mesmo ano. Objetivando abordar somente os casos que fossem relacionados à saúde pública, utilizou-se o seguinte indexador de pesquisa: direito à saúde não “plano de saúde”. Excluiu-se, dessa forma, demandas referentes à saúde suplementar.

Nessas condições, foram obtidos 502 acórdãos. Desses, 170 foram descartados, vez que, após análise, verificou-se tratar de matéria não afeta à pesquisa, tais como concurso público, aposentadoria, entre outros. Assim, foram analisadas, ao todo, 329 decisões.

⁹² NOBRE (2011, p.357).

⁹³ *Idem.*

A partir da leitura da ementa dessas decisões, identificou-se a demanda de saúde pleiteada, bem como o deferimento ou não do pleito do jurisdicionado pelo tribunal. Com efeito, o dado mais significativo foi a constatação de que, das 329 demandas analisadas, somente 14 tiveram seu pedido indeferido. **Ou seja, somente 4% das ações tiveram seus pedidos rejeitados pelo tribunal de justiça do DF.**

Quantitativamente, verificou-se que dos 329 acórdãos analisados, o principal pedido refere-se à disponibilização de leito em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), os quais, com 110 ações, corresponde a aproximadamente 33% das demandas. Em seguida, tem-se as demandas pela condenação do Distrito Federal a dispensação de medicamentos, que, com 101 ações, ocupam 30 % dos pedidos. O pleito por procedimentos cirúrgicos representam 18,5% das ações, com 61 ações. Pedidos por internação compulsória e concessão de equipamentos/aparelhos representam, cada um, aproximadamente 3% das demandas.

Ademais, observou-se também a realização de pleitos como custeio de transporte dos pacientes para tratamento, realização de exames e consultas médicas, fornecimento de fraldas e alimentos especiais, que agrupados sobre a categoria de “outros”, representam aproximadamente 7% das demandas.

Com o propósito de promover também uma análise qualitativa da atuação do TJDF, foram selecionados 50 acórdãos para proceder-se a leitura de seu inteiro teor, de sorte que fosse possível analisar os argumentos jurídicos utilizados pelas partes e pelos magistrados nas ações em questão. Passamos, a seguir, a expor os resultados dessa pesquisa.

3.1 Os principais argumentos daqueles que demandam por saúde.

Os que recorrem às vias judiciais para terem seu direito à saúde tutelado normalmente fundamentam suas pretensões em torno de três argumentos principais, quais sejam: seu inegável direito subjetivo à tutela pretendida, o dever do Estado de prover os meios necessários e suficientes à concretização do direito à saúde, e a supremacia desse direito frente a todos os demais que compõem a ordem jurídica brasileira.

Com efeito, o primeiro argumento, acerca da existência de direito subjetivo, funda-se no artigo 196 da Lei Maior, ao afirmar ser a saúde direito de todos. As petições de saúde, em geral, afastando a interpretação meramente programática do referido artigo, sustentam a existência de um direito pleno e efetivo à saúde, considerada em sua integralidade.

Assim, diante da insuficiente satisfação pelo Estado de suas necessidades sanitárias, os jurisdicionados defendem em suas petições **sua legitimidade em pleitear judicialmente a medida suficiente à concretização de seu direito**. Exemplo do exposto é o Mandado de Segurança com pedido liminar, impetrado por particular em julho de 2015 no egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que pleiteava disponibilização de vaga em Centro de Terapia Renal Substitutiva:

O Direito à saúde é direito subjetivo de todo cidadão e é dotado de eficácia plena; portanto, imediatamente oponível à Administração Pública.

(...)

*Há muito o direito à saúde deixou de ser encarado como mera norma programática e passou a ser reconhecido em todas as instâncias do Poder Judiciário como uma garantia efetiva e vinculante das ações da Administração.*⁹⁴

Sobre esse ponto, destaca-se ser pacificado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios o entendimento acerca do caráter público e subjetivo do direito à saúde, nos moldes do defendido pelo jurisdicionado. O Desembargador Hector Valverde Santana, da 6ª Turma Cível do TJDF, ao julgar agravo de instrumento interposto contra decisão que havia negado a antecipação de tutela para determinar ao Estado a realização de operação cirúrgica, expôs este entendimento:

*“[...] Considerando que a saúde constitui direito público subjetivo do indivíduo, encartado na CF (art. 6º e 196), bem como que a ineficiência do Poder Público no desempenho do seu dever de promovê-la pode dar azo ao prolongamento indesejável do sofrimento daquele que necessita do Sistema Único de Saúde, é viável a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a realização imediata de cirurgia premente e a aquisição dos materiais médicos necessários a tanto [...]”*⁹⁵.

Por outro lado, e concomitantemente à defesa do direito à saúde como um direito público subjetivo, os jurisdicionados creditam ao Estado, aqui incluídos todos os entes que compõem sua estrutura administrativa, o dever de, através de políticas sociais e econômicas, prover um sistema de saúde público eficiente para os seus cidadãos. Dessa forma, diante da omissão estatal, ou da prestação insuficiente por parte deste quanto às condições indispensáveis ao pleno exercício da saúde, os demandantes defendem a adequação da via judicial para **exigir do Estado** o provimento de determinadas prestação suficientes a salvaguardar seu direito à saúde plena.

⁹⁴ Mandado de Segurança com pedido liminar urgente. 2015 00 2 018518-60018751-44.2015.807.0000.

⁹⁵ Acórdão n.863213, 20140020332149AGI, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/04/2015, Publicado no DJE: 28/04/2015. Pág.: 737.

Nesse sentido, por exemplo, é a argumentação lançada pela Defensoria Pública do Distrito Federal em sede do processo 2014.01.1.025958-7, ocasião em que se pleiteava a condenação do Estado ao custeio de aparelho médico necessário ao tratamento do autor:

*A orientação seguida pelo egrégio TJDFT tem sido no sentido de determinar a **obrigatoriedade do Distrito Federal** fornecer medicamentos, materiais, cirurgias e exames necessários ao tratamento de pessoas desprovidas de condições financeiras que lhe permitam adquiri-los⁹⁶.*

Em regra, o TJDFT tem decidido, nesse aspecto, favoravelmente aos autores das demandas por saúde, conforme se observa do extrato da decisão do desembargador Teófilo Caetano, abaixo transcrito:

“[...] devendo o Estado implementar ações afirmativas de forma a universalizar os serviços de assistência à saúde aos cidadãos carentes, se incorre em falha quanto ao implemento das graves obrigações que lhe estão debitadas, enseja a germinação do direito subjetivo de o prejudicado pela carência dos serviços públicos, de forma tópica e individualizada, reclamar sua supressão mediante a interseção do órgão judicial, fazendo prevalecer à regra de que a saúde é direito de todos e dever do estado.

(...)

Atualmente já não sobeja nenhuma controvérsia acerca da plena eficácia da regra que está inserta no artigo 196 da Constituição da República e da legitimidade e viabilidade de o cidadão de baixa renda, de forma isolada, exigir o implemento da obrigação de fomento e custeio de assistência médica que está debitada ao Estado, reclamando, mediante a interseção do Judiciário, a cominação de obrigação ao ente público de lhe fornecer medicamentos ou custear o tratamento médico do qual necessita [...]”⁹⁷.

Por fim, salienta-se que não só o direito à saúde é defendido como um direito público subjetivo de cada cidadão brasileiro, como também é sustentada a supremacia do direito em questão no ordenamento jurídico pátrio, vez que, além de sua condição de direito fundamental social, este ainda guarda estreita ligação com o direito à vida, bem supremo do ordenamento jurídico brasileiro, e com a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio basilar da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido também é o posicionamento dominante do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conforma trecho da decisão da lavra do desembargador Teófilo Caetano:

⁹⁶ Processo 20140112014.01.1.025958-7. Grifo meu.

⁹⁷ Acórdão n.871059, 20110112102917APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2015, Publicado no DJE: 09/06/2015. Pág.: 156. *Grifo meu.*

*A transcendência do direito à saúde, como expressão mais eloqüente da evolução dos direitos básicos inerentes à pessoa humana e das liberdades e garantias individuais, impõe ao estado a implementação de ações positivas destinadas à materialização do almejado pelo constituinte, revestindo de eficácia plena a norma programática que está inserta no artigo 196 da Constituição Federal, que prescreve que o direito à saúde é direito de todos e dever do estado*⁹⁸.

Do exposto, pode-se concluir que o Poder Judiciário, em regra, posiciona-se favoravelmente aos principais argumentos utilizados pelos jurisdicionados quando da reivindicação, por vias judiciais, do seu direito à saúde.

Diante desse quadro, cumpre analisar similarmente o posicionamento daquela Corte quanto aos argumentos adotados pelo Estado, enquanto ocupante do polo passivo das ações por saúde.

3.2 Os principais argumentos dos entes políticos nas demandas judiciais por saúde.

As justificativas apresentadas pelos entes estatais para negarem o atendimento aos pleitos de saúde são muitas e variadas. Dessa forma, a partir das decisões estudadas, e sem pretensões de esgotar o tema, foram separados alguns argumentos que, em razão de sua recorrência, destacaram-se como principais teses defensivas lançadas especialmente pelo Distrito Federal quando demandado judicialmente, quais sejam: a reserva do possível e violação aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da igualdade.

3.2.1 A Reserva do Possível.

A alegação acerca das limitações materiais decorrentes da “reserva do possível” constitui, sem dúvida, o argumento mais frequente, e talvez até mesmo o principal argumento, utilizado pelos entes estatais que integram o polo passivo das demandas judiciais por saúde. Dada a sua proeminência no debate doutrinário e jurídico nacional, sua análise será realizada de forma mais pormenorizada a seguir.

⁹⁸ [Acórdão n.875085](#), 20140111674464RMO, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/06/2015, Publicado no DJE: 24/06/2015. Pág.: 107.

Apesar da ausência de consenso quanto ao seu real significado, a reserva do possível é assim definida por Barcellos:

“[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”⁹⁹.

Nessa perspectiva, e para melhor compreender o instituto em questão, far-se-á algumas observações prévias acerca dos direitos sociais, e do direito à saúde em especial, para só então promover propriamente a discussão a respeito da reserva do possível.

A primeira ponderação corresponde àquilo que Menezes denominou de “**precificação dos direitos sociais**”, ou, noutro dizer, à dimensão econômica do custo do direito, para a qual, segundo Holmes e Sustain, o Brasil não tem dispensado a devida atenção, tratando-a como se fosse irrelevante¹⁰⁰.

De maneira incontestável, a **concretização dos direitos sociais** esculpida no artigo 6º da Constituição Federal, na medida em **que demandam uma prestação positiva por parte do Estado, implicam um custo financeiro**. A doutrina considera que, ao contrário dos direitos individuais, cuja concretização se perfaz sem onerar significativamente os cofres públicos, a concretização de direitos sociais, tal como o direito à saúde, exige recursos materiais e humanos por parte do Estado, recursos tais, que, vale ressaltar, são caracterizados pela escassez.

Por certo, os recursos que estão à disposição do Estado para a realização dos direitos sociais são limitados, posto que obtidos, em grande parte, a partir da contribuição individual dos cidadãos. Assim sendo, e numa perspectiva fática, **a realização de direitos fundamentais pressupõe escolhas alocativas de recursos limitados** pelo Poder Público. Essa, portanto, é a segunda ponderação, cuja consideração é fundamental para o correto entendimento da problemática que envolve a reserva do possível.

Diante da finitude dos recursos disponíveis, “[...] não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo [...]”¹⁰¹. Assim, o Estado busca meios de otimizar os recursos disponíveis, realizando “escolhas trágicas” segundo critérios de justiça distributiva. O intuito, portanto, é atender da forma mais adequada e satisfatória possível as

⁹⁹ BARCELLOS (2002, p.236).

¹⁰⁰ HOLMES, SUSTEIN apud MENEZES, op. cit. p.196.

¹⁰¹ SARMENTO (2010, p.3).

várias demandas sociais que são apresentadas ao Estado, privilegiando os mais necessitados, tarefa essa que, constitucionalmente, é deixada à cargo do Poder Legislativo e Judiciário.

Consequência de todo o exposto, portanto, é a **influência da dimensão econômica sobre a teoria do direito fundamental**, isso porque, segundo bem esclarece Menezes, “[...] não existirão direitos se não houver meios econômicos para torná-los efetivos, deixando de ser um elemento externo ao direito para ser seu próprio âmago [...]”¹⁰². Isto é, uma vez que os direitos sociais acarretam um custo, a existência de recursos econômicos condiciona não apenas a efetividade de um direito social, mas também a própria existência do direito em questão. Nessa perspectiva, só haverá direito subjetivo a dada prestação de saúde no limite das possibilidades fáticas ao alcance do Estado, especialmente no que se refere à dimensão financeira.

Essa, portanto, é a terceira ponderação, chamada pela doutrina de **“fator custo”**¹⁰³, estabelecendo que os direitos fundamentais sociais somente poderão ser concretizados na medida dos recursos financeiros efetivamente disponíveis para este mister. “[...] Dai que, por questões de honestidade intelectual e integridade financeira, tratar a concessão dos direitos sociais como se nada custasse ao Estado e aos cofres públicos seria leviano e superficial [...]”¹⁰⁴.

O fator custo, por outro lado, relaciona-se diretamente àquilo que se convencionou chamar de **teoria do mínimo existencial**, constituindo a quarta consideração prévia a respeito da reserva do possível. Isso porque, se por um lado a existência do direito social está condicionada à disponibilidade financeira do Estado, por outro, a defesa dos direitos fundamentais, e dos direitos sociais em particular, na atualidade, está irremediavelmente associada à garantia de fornecimento pelo Estado de um mínimo capaz de proporcionar a cada um dos cidadãos uma existência digna, um mínimo existencial.

¹⁰² MENEZES, op. cit. p.197.

¹⁰³ É possível observar a aplicação do “fator custo” na decisão monocrática do Ministro Celso de Melo que extinguiu, por perda de objeto, a ADPF nº 45, na qual se questionava o veto presidencial a dispositivo de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano de 2004, que visava assegurar recursos mínimos à área da saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional nº 29/200: “[...]os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro (2) **a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas [...]**”.DJU de 04/05/2004.

¹⁰⁴ MENEZES, op. cit. p.191.

Nessa senda, o conceito de mínimo existencial é mais bem trabalhado por Clève, que assim o descreve:

*O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do Poder Público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.*¹⁰⁵

Consoante se observa, os direitos fundamentais incluem a garantia de um mínimo à existência, que para Barroso, corroborando o entendimento de Clève, “[...] corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público [...]”¹⁰⁶. Por certo, os Poder Públicos têm o dever de realizar, na maior extensão possível, os direitos fundamentais assegurados aos cidadãos até onde os recursos disponíveis possibilitem tutelar, mas sempre respeitando e preservando o **núcleo essencial** desses direito, em respeito à teoria do mínimo existencial.

É justamente com base nesse arcabouço teórico, formado por todo o exposto, que a discussão acerca da reserva do possível do possível é travada.

Conforme outrora afirmado, o argumento acerca da limitação fática representada pela reserva do possível sempre permeia as ações que versam sobre alguma demanda sanitária. Os diversos entes públicos, e em especial o Distrito Federal no caso do presente trabalho, com corrente frequência, sustentam a impossibilidade de deferimento das demandas de saúde pleiteadas, ante a incontestável insuficiência dos recursos financeiros de que o Estado dispõe para fazer frente a integralidade de todos os deveres que lhes são imputados pela Lei Maior.

Como figurativo do exposto, destaca-se a argumentação lançada pelo Distrito Federal em sede do processo 2012.01.1.024557-9, que tratava de pedido de internação por particular:

O Distrito Federal tem empreendido esforço hercúleo para adimplir com suas missões constitucionais e legais de fornecer a adequada assistência à saúde a sua população. No entanto, a sobrecarga decorrente do atendimento de populações de outras unidades da federação tem trazido severos entraves de ordem administrativa e financeira.

(...)

¹⁰⁵ CLÈVE (2003, 27).

¹⁰⁶ BARROSO (2007, p.10).

*Nota-se que o Estado, para consecução dos seus objetivos constitucionais está adstrito ao **princípio da reserva do possível**, não podendo individualizar caso a caso os tratamentos como o do autor¹⁰⁷.*

Com efeito, da análise das decisões judiciais proferidas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal no primeiro semestre desse ano, verificou-se que, segundo jurisprudência pacífica daquela Corte, o argumento acerca da reserva do possível, conquanto tenha sido até mesmo reconhecido quando de algumas decisões¹⁰⁸, é firmemente considerado insuficiente para afastar a tutela judicialmente pleiteada pelos demandantes de saúde.

Exemplo disto é o voto do Desembargador Souza e Ávila ao analisar a apelação oferecida pelo Distrito Federal diante da sentença que o condenou ao custeio de tratamento médico a particular. O magistrado, expressando o entendimento dominante daquela corte, afasta a aplicabilidade do argumento atinente à reserva do possível:

*“[...] pois os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados pelo ordenamento jurídico, **que, por serem direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna, não podem ter sua proteção postergada, não se sujeitando a quaisquer espécies de restrições legais, tal como a reserva do financeiramente possível [...]**”¹⁰⁹.*

Interessante também citar aqui trecho da decisão emanada pela desembargadora Fátima Rafael, a qual, diante de apelação do Distrito Federal em face de decisão que o havia condenado a dispensação de medicamento, sustentou, em relação ao argumento da reserva do possível que:

*“[...] Cumpre ressaltar que embora se reconheça que os recursos financeiros do Estado são limitados, os **interesses do Estado não podem sobrepor ao direito de proteção à saúde dos administrados.***

*Assim, a mera insuficiência de recursos para arcar com os medicamentos prescritos à Apelada em decorrência da violação do princípio do seguro prudente ou reserva do possível não se mostra suficiente para exonerar o Distrito Federal da obrigação que lhe foi imposta na decisão que antecipou a tutela, **pois sequer há prova pré-constituída do alegado.***

¹⁰⁷ 2012.01.1.024557-9. Grifos no original.

¹⁰⁸ À exemplo da decisão proferida pelo Desembargador João Egmont em Sessão do Conselho Especial, o qual afirma que: “[...] *Embora se reconheça que há limitação dos recursos públicos, tal questão não pode fundamentar a omissão estatal verificada no caso concreto [...]*”. (Acórdão n. 875609, 20140020024613MSG, Relator: JOÃO EGMONT, Conselho Especial, Data de Julgamento: 16/06/2015, Publicado no DJE: 25/06/2015).

¹⁰⁹ (Acórdão n.871390, 20120110831890APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Revisor: ALFEU MACHADO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/05/2015, Publicado no DJE: 05/06/2015. Pág.: 213)

Além disso, conforme já assentou este e. Tribunal de Justiça, "sendo público e notório que a deficiência do serviço deve-se à desídia da administração pública, resulta inaplicável o princípio da reserva do possível, o qual, segundo o Supremo Tribunal Federal, não se pode sobrepor à obrigatoriedade do Estado em garantir o mínimo existencial aos cidadãos." (APC 2006.01.1.0952787, reg. ac. nº 310773, Rel. NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Primeira Turma Cível, DJU 23/06/2008, p. 62) [...]”¹¹⁰.

Conquanto os argumentos elencados pelos desembargadores daquela Corte de Justiça para afastar a limitação orçamentária, quando da apreciação dos diversos pedidos que lhes são trazidos, sejam variados, eles serão, em linhas bem gerais, sintetizados a seguir.

Um primeiro argumento diz respeito à preservação ao mínimo existencial e sua prevalência frente à limitação de recursos estatais. Para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a garantia do mínimo existencial, onde a prestação da saúde esta inserta, deve se sobrepor ao interesse financeiro do Estado. Entende o Tribunal que, estando o Poder Público obrigado a promover medidas preventivas e de tratamento à população, de maneira a dar concretude à Constituição, compete a este materializar sua obrigação, ainda que com sacrifício orçamentário e restrição financeira, pois o interesse econômico é sobrepujado pelo direito inalienável à vida.

Noutra linha, observa-se que em algumas decisões, a exemplo da mencionada alhures, os desembargadores não apenas rejeitam o argumento acerca da insuficiência de recursos, mas, ao contrário, estabelecem que a não prestação dos serviços de saúde decorre da negligência da administração pública, e não propriamente da ausência de recursos.

Dessa forma, o Tribunal de Justiça exige, em alguns casos, e para fins de eventual conhecimento da reserva do possível, a prova pré-constituída nos autos da situação de escassez econômica alegada pelo Distrito Federal. Trata-se de uma exigência, salienta-se, de índole marcadamente processual, ou seja, que se faça prova do que é alegado em juízo.

Nesse sentido, cumpre aqui destacar que, se por um lado, das petições analisadas, realmente se verifica que as alegações de insuficiência de recursos por parte do ente federativo são realizadas de maneira genérica, aludindo sempre ao grande número de obrigações imputadas ao Estado e a finitude de recursos que este possui para lhes fazer frente, por outro, fazer prova de tais alegações definitivamente não se afigura como a mais simples

¹¹⁰ (Acórdão n.872814, 20140110515720APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: ANA CANTARINO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/06/2015, Publicado no DJE: 12/06/2015. Pág.: 145).

das tarefas, vez que implicaria na apresentação e explanação de todas as despesas estatais e na correlata indicação dos recursos comprometidos para tais fins.

Nesse contexto, salvo algumas raras exceções, o argumento acerca da reserva do possível é, via de regra, veementemente rechaçado pela jurisprudência do TJDF.

3.2.2 Violação ao princípio da separação dos poderes.

Um outro ponto recorrentemente aventado pelos entes federativos para negar os pleitos atinentes à saúde refere-se à suposta violação que uma decisão judicial dessa espécie representa à teoria da separação dos poderes, consagrada pela Constituição Federal de 1988.

A discussão ora apontada gira em torno da ideia de que a ordem constitucional democrática brasileira atribuiu precipuamente ao legislador ordinário a tarefa de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange as prioridades na esfera das políticas públicas¹¹¹. Por outro lado, coube, sobretudo, ao Poder Executivo dar realidade concreta a tais políticas previstas e pensadas pelo Poder Legislativo.

Nessa linha de pensamento, a decisão acerca da melhor alocação dos recursos que o Estado dispõe deveria ficar sempre a par de instâncias de decisão majoritária, democraticamente eleitas, e que, nessa condição, representam os anseios da maioria, quais sejam, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Dessa feita, toda e qualquer ingerência do Poder Judiciário, seja na definição ou mesmo na realização de políticas públicas, seria verdadeiramente defesa, posto que expressamente inconstitucional.

A valer, somente o Executivo e o Legislativo, por disporem de uma visão macro da realidade econômica, política e social brasileira, contraposta à visão micro, de casos individuais, característica do Judiciário, reuniriam condições para determinar a alocação justa e eficiente de recursos financeiros e a formulação e execução de políticas públicas.

É diante desse quadro, portanto, que emerge a argumentação do Distrito Federal acerca da qual o Judiciário brasileiro não teria o conhecimento necessário para tomar decisões sobre saúde, posto elas que dizem respeito, em última análise, à realização de políticas públicas.

¹¹¹ SARLET (2012, p.285-286).

Agrava a situação o fato de que o Poder Judiciário também não detém o conhecimento técnico necessário para apreciar de modo adequado as demandas de saúde, isto é, para precisar se o tratamento ou medicamento pleiteado é realmente eficaz no combate da doença do jurisdicionado, de sorte a justificar sua concessão ainda que não conste nas políticas públicas do SUS. Mais uma vez, somente os Poderes Executivos e Legislativos, por acharem-se devidamente aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na implementação de políticas públicas, são legitimados para tomar tais decisões¹¹².

Essa problemática, vale dizer, é ferozmente discutida pela doutrina brasileira. Os posicionamentos, de fato, são muitos e, por vezes, antagônicos. Menezes, por exemplo, ao apreciar a ideia central desse arcabouço argumentativo, posiciona-se contrariamente à intervenção judicial. Para ele, e corroborando entendimento acima delineado, nem o jurista nem os juízes tiram condições de avaliar corretamente a ação estatal como um todo, uma vez que, concentrando-se na solução dos casos concretos, denominado pela doutrina de microjustiça, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o entendimento de demandas ilimitadas¹¹³. Salienta, portanto, o referido jurista que:

“[...] A definição de quanto gastar e onde gastar os recursos públicos são decisões próprias da esfera de deliberação democrática e não do magistrado, vez que a própria Constituição reconhece, ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo, no que diz respeito à elaboração do orçamento, que sua execução e controle são exclusivos, e sua invasão pelo Judiciário poderia produzir um desequilíbrio equivocado que sufocaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia [...]”¹¹⁴.

Em posicionamento diverso, Barroso assim resume a problemática ora discutida: “[...] poderiam os juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? [...]”¹¹⁵.

A resposta para referido jurista é afirmativa sempre que o judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar

¹¹² GOUVÊA (2003, p.22-3).

¹¹³ MENEZES, op. cit.p.184.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ BARROSO (2007, p. 11).

cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer, a atuação será legítima sempre que embasada por prévia deliberação majoritária. Em resumo:

“[...] Onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo leis e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementado a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção [...]”¹¹⁶.

Esse é, destaca-se, o posicionamento que vigora no egrégio TJDFT, para o qual, diante da imperatividade das normas constitucionais, uma vez violado o bem jurídico nelas tutelado, surge para o particular a garantia de ver seu direito resguardado judicialmente.

Assim, ressalta-se, assevera o desembargador Teólifo Caetano:

“[...] Incorre violação ao princípio da separação dos poderes a cominação de obrigação ao poder público de fomentar tratamento médico-hospitalar a cidadão carente de recursos, pois ao Judiciário, estando municiado com competência para velar e ensejar o cumprimento das leis, tem o dever de controlar a atuação do Estado na aplicação das políticas públicas e agir quanto instado pela parte que teve seu direito à saúde menosprezado [...]”¹¹⁷.

Verifica-se, portanto, a insubsistência do argumento acerca da violação da separação dos poderes diante da atuação do Poder Judiciário nos pleitos concernentes à saúde.

3.2.3 Ofensa a princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.

Um terceiro argumento contumaz apresentado pelo Distrito Federal consiste na violação a mais dois princípios basilares da ordem jurídica brasileira, quais sejam, princípio da igualdade e princípio da legalidade.

Quanto ao princípio da igualdade, sustenta o Distrito Federal que, quando o Judiciário atua, resguardando o direito subjetivo do particular, inorexavelmente está sacrificando, por via transversa, o interesse maior da coletividade.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Acórdão n.869987, 20140110649992RMO, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2015, Publicado no DJE: 09/06/2015. Pág.: 148. *Grifo meu.*

Isso porque, de um lado, a decisão judicial emanada na tutela do interesse privado promoverá a alteração da destinação de recursos públicos que, em um primeiro momento, estavam reservados à implementação de políticas públicas. E de outro, porque o provimento judicial favorece necessariamente aquele que se utilizou das vias judiciais para tutelar o seu interesse, preterindo o outro que, talvez por não ter a mesma facilidade de acesso ao judiciário ou desconhecimento do seu direito, permanece à mercê da precariedade da assistência médica pública.

A ideia é bem delineada por Sarmiento, ao afirmar que a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. [...] Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora ...”¹¹⁸.

Em regra, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, quando de sua atuação em processos de saúde, afasta a ocorrência de uma suposta violação ao princípio da igualdade, justificando-se, ora pela urgência do procedimento, ora pelo fato de que a decisão prolatada funda-se diretamente na Lei Maior, razão pela qual não haveria qualquer violação ao princípio.

Por exemplo, cita-se a decisão da lavra do Desembargador James Eduardo Oliveira, em sede de reexame necessário de ação em que o Distrito Federal foi condenado à obrigação de fornecer leito de Unidade de Tratamento Intensivo:

“[...] Dada a latitude e gabarito constitucional do direito à saúde, decisão judicial que impõe a implementação do atendimento médico regularmente prescrito, por se apoiar diretamente na Lei Maior, não traduz qualquer tipo de vulneração à independência dos poderes ou aos primados da isonomia, da igualdade e impessoalidade [...]”¹¹⁹.

A discussão a respeito da violação ao princípio da legalidade, por seu turno, é mais proeminente nos pleitos referentes ao fornecimento de fármacos por parte do Estado. Conquanto a política de fornecimento de medicamento através do SUS não constitua objeto

¹¹⁸ SARMENTO. op. cit. p.6.

¹¹⁹ (Acórdão n.869187, 20140111003026RMO, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/04/2015, Publicado no DJE: 03/06/2015. Pág.: 178).

específico do presente trabalho, será apresentadas linhas gerais sobre o tema, de sorte a possibilitar o entendimento da problemática concernente ao princípio da legalidade.

Deveras, dentro da política de saúde que deve ser provida pelo Estado, está contida a assistência farmacêutica. Ante tal dever, o Poder Público, visando regular sua atuação elaborou, em outubro 1998, a Política Nacional de Medicamentos, que tem como um de seus objetivos garantir o acesso aos medicamentos considerados essenciais a todos os cidadãos, e cujo fornecimento será efetuado gratuitamente pelo SUS.

Esses medicamentos essenciais são listados pelo Ministério da Saúde no âmbito das 3 (três) esferas estatais, através da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (Resme) e Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remume), levando sempre em consideração as principais demandas farmacêuticas de cada esfera, de forma a respeitar as particularidades de cada região.

Assim, tendo o exposto como referência, o Distrito Federal, em suas petições, alega que a legislação em vigor veda expressamente a comercialização de medicamentos não incluídos nos protocolos de assistência à saúde. Desta feita, sustenta o ente distrital violação ao princípio da legalidade toda as vezes em que os demandantes pleiteiam o fornecimento de medicamentos não constantes nas listas de fármacos acima mencionadas, e portanto, não padronizados por lei, sustentando a submissão do jurisdicionado aos tratamentos já oferecidos pelo SUS.

Em regra, a argumentação lançada pelo Distrito Federal não é acatada pelo egrégio Tribunal de Justiça, o qual possui jurisprudência firmada no sentido de que o ente federativo não pode se eximir do dever de fornecer o medicamento pleiteado pelo jurisdicionado ao argumento de que este não é padronizado, ante o mandamento constitucional de provimento pelo Estado de saúde universal e integral ¹²⁰:

Em regra, devem ser fornecidos medicamentos previstos no protocolo terapêutico do ente responsável, na medida em que representam os tratamentos que foram precedidos de estudos e informações técnicas a serem observadas pela rede de saúde.

Todavia, se o fármaco apresenta peculiaridades que o revelam mais adequado e eficaz ao tratamento de determinado quadro clínico e se tal fato está corroborado por relatório médico, não há como ser afastada a sua prescrição ao paciente

¹²⁰ Vide ainda [Acórdão n.875883](#), 20140111201992APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 25/06/2015. Pág.: 178.

enfermo, em observância à garantia de sua saúde, direito subjetivo de índole constitucional.

Com efeito, o Estado possui o dever incondicional de garantir o direito de todos às ações e serviços de saúde, não devendo sofrer, por parte dos administradores, obstáculos que dificultem o acesso dos mais necessitados aos tratamentos necessários ao restabelecimento de suas condições de saúde.¹²¹

Assim, observa-se que mais uma vez o argumento içado pelo Distrito Federal não encontra amparo na jurisprudência do Tribunal De Justiça do Distrito Federal e Territórios.

4. OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO JUDICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS NO CAMPO SANITÁRIO.

Dos dados obtidos com a pesquisa realizada foi possível constatar que as ações judiciais que buscam a satisfação de alguma pretensão sanitária contra o Estado, em nome do direito à saúde, são, em sua esmagadora maioria, providas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território.

De certo, das 329 ações analisadas, somente 14 foram negadas, o que representa apenas 4% das tutelas requeridas. Concorre para o exposto o fato de que aquele Tribunal já possui posição firmada para grande parte dos argumentos suscitados pelas partes, posicionamento esse que é aplicado ao caso *sub judice* sem uma análise mais detida das particularidades do caso concreto.

Em regra, os pleitos reivindicados pelas partes são prontamente reconhecidos pelo judiciário, sempre acobertados pela proteção constitucional à saúde insculpida no artigo 196 da Constituição Federal. Esse direito, ademais, é quase que tutelado de forma absoluta, afastando quaisquer limitações, sejam elas econômicas, técnica ou normativas.

Em nome da integralidade do Sistema Único de Saúde, são concedidas quase que qualquer serviço de saúde pleiteado e impostas ao Distrito Federal as mais diversas prestações, que vão desde a determinação de realização de cirurgias médicas urgentes, passando pela condenação ao custeio de tratamentos de medicamentos de alto custo, até o

¹²¹ ([Acórdão n.874775](#), 20140111203772APO, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 23/06/2015. Pág.: 202).

fornecimento de transporte adequado a paciente portador de doença grave para tratamento de hemodiálise ¹²².

Por consequência, e conforme se observou no capítulo anterior, os argumentos lançados pela Administração Pública são veementemente rechaçados e afastados pelo Tribunal de Justiça. Argumentações como reserva do possível, violação ao princípio da separação dos poderes, da igualdade e da legalidade não encontram guarida naquela corte, que os considera secundários quando comparados ao premente direito do particular de ver seu direito subjetivo à saúde resguardado.

Não obstante, o risco reside no fato de que uma atuação nesses termos por parte do Tribunal de Justiça acaba por gerar impactos de diversas ordens na Administração Pública, que consoante ressalta Espinoza, enfrenta sérias dificuldades em se adequar a esse novo sistema de judicialização das políticas públicas ¹²³.

Os impactos gerados pela judicialização da saúde são, principalmente, de ordem econômica e institucional. É inegável que o aumento das condenações sofridas pelo ente federativo exige que este destine recursos ao cumprimento da ordem judicial, que, por certo, estavam originalmente alocados a outra finalidade. Por outro lado, o Poder Judiciário frequentemente toma decisões que desconsideram toda uma organização e estruturação pensada pela Administração Pública no tocando às políticas de saúde.

Resultado do exposto é o reiterado descumprimento das ordens judiciais, de sorte que os demandantes, mesmo com decisão favorável em mãos, não conseguem ver cumpridas as determinações ali contidas. Cada um desses impactos, ressalta-se, será melhor discutido a seguir

4.1. O reiterado descumprimento das determinações judiciais sobre saúde

Primeiramente, é preciso ter em conta que as decisões judiciais não funcionam como um passe de mágica. Ou seja, uma determinação judicial não é capaz de alterar uma realidade fática de inexistência de recursos, ou de leitos. Como resultado, as decisões judiciais são constantemente descumpridas.

¹²² Ver ([Acórdão n.876311](#), 20140110302466APC, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 29/06/2015. Pág.: 98).

¹²³ ESPINOZA (2015, p.3).

Da análise da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, observou-se que, não obstante o provimento judicial favorável, as imposições emanadas daquela Corte de Justiça encontram no sistemático descumprimento por parte da Administração Pública um grande obstáculo à efetividade do direito ali pleiteado e concedido. Com efeito, segundo esclarece Ramiro Sant'ana, 90% das decisões judiciais prolatadas no ano de 2013 em face do Distrito Federal não foram cumpridas dentro do prazo estabelecido ¹²⁴.

Diante disso, o TJDF, em sintonia com a jurisprudência pátria, buscando conferir eficácias as suas decisões, passou a prever e aplicar uma série de medidas coercitivas quando da análise dos pleitos de saúde de sorte a garantir a eficácia de suas determinações, quais sejam, a imposição de multa ou *astreintes* aos entes políticos, bem como aos gestores públicos, o bloqueio de contas da União e até mesmo a decretação da prisão dos agentes por crime de desobediência.

4.1.1. A aplicação de multa cominatória.

Em um grande número das decisões analisadas, verificou-se a fixação de multa diária ao Distrito Federal como forma que compeli-lo ao cumprimento das determinações impostas ¹²⁵.

O instituto da *astreintes* está regulado no Código de Processo Civil nos artigos 461 ¹²⁶ e 461-A ¹²⁷. Com efeito, a imposição de multa à Fazenda Pública é amplamente admitida pela

¹²⁴ SANT'ANA (2014).

¹²⁵ Os valores fixados a título de *astreintes* são bastante significativos, até mesmo como forma de cumprirem seu propósito. Em um dos casos analisados, por exemplo, foi afixado o valor diário de 10.000,00 (dez mil) reais, até o limite de 100.000,00 (cem mil).

¹²⁶ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹²⁷ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

doutrina e jurisprudência nacional. Nessa esteira, Bondioli afirma que “[...] a imposição de multa não fica prejudicada nas circunstâncias em que o destinatário do comando de fazer, ou não fazer ou entregar seja a Fazenda Pública, na medida em que nenhuma regra do ordenamento jurídico veda a imposição de multa nessa situação”¹²⁸.

Guerra, indo além, defende a aplicação da multa cominatória toda vez que ela se mostrar necessária, principalmente para salvaguardar os direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna. Daí que, “[...] revelando-se necessária a aplicação de multa diária, o juiz pode utilizá-la mesmo em situações não previstas em lei, mas não pode ignorar outros direitos fundamentais em jogo”¹²⁹.

Não obstante o intuito coercitivo da multa, imposta com fins de resguardar o direito fundamental violado, sua aplicação em face da Fazenda Pública é potencialmente problemática.

Primeiramente, é preciso ter em conta que, por vezes, o descumprimento da decisão judicial não decorre de simples desídia da Administração Pública, mas antes se dá em razão da própria estrutura burocrática que a reveste, de forma que a imposição da multa se apresenta como um sério gravame ao erário público¹³⁰.

Em muitos casos de condenação ao fornecimento de fármacos, por exemplo, o ente federativo não dispõe de imediato do produto cujo custeamento está sob seu encargo. Dessa forma, deverá providenciá-lo, em regra, através de licitação, processo esse que demanda tempo e implica em ainda mais custos aos cofres públicos. E, ainda que haja dispensa de licitação nesses casos diante da urgência no fornecimento, essa condição não é de todo desejável, vez que abre caminho para a ocorrência de eventuais fraudes.

Somando-se ao que foi dito, Gouvêa aponta como obstáculo à imposição de multa contra a Fazenda Pública a circunstância de que o impacto financeiro da *astreintes*, caso se entenda que sua exigibilidade fica condicionada ao trânsito em julgado da decisão que a proferiu, dificilmente será sentido pela administração faltosa, mas apenas por seu sucessor. E,

(...)

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

¹²⁸ BONDIOLI (2004).

¹²⁹ GUERRA (2003, p.77-8).

¹³⁰ Em muitos casos de condenação ao fornecimento de fármacos, por exemplo, o ente federativo não dispõe de imediato do produto cujo custeamento está sob seu encargo. Dessa forma, deverá providencia-lo, em regra, através de licitação, processo esse que demanda tempo e implica em ainda mais custos aos cofres públicos.

ainda que se considere a exigibilidade imediata da multa aplicada, as execuções contra a Fazenda Pública, vale lembrar se processam mediante precatórios, com inclusão no orçamento seguinte, mecanismo que se revela, portanto, bastante moroso. Como se conclui, essas condições somadas acabam por esvaziar o caráter coercitivo da medida aplicada ¹³¹.

Outrossim, a ineficiência da multa cominatória contra a Fazenda Pública é agravada, pelo fato de que esta incide sobre a pessoa jurídica de direito público, no caso em análise, o Distrito Federal, e não sobre o agente público que, em última análise, é responsável pelo cumprimento da obrigação. Sobre o tema, Guerra assim adverte:

“[...] Em se tratando de pessoa jurídica de direito público percebe-se logo que é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer uma efetiva pressão psicológica sobre a vontade do exato agente administrativo responsável pelo cumprimento da decisão judicial.(...) Isso porque, incidindo sobre a própria pessoa jurídica, é seu patrimônio que será imediatamente atingido pela medida, cabendo ao Poder Público propor ação regressiva contra o agente que deu causa à incidência concreta da multa para obter dele o ressarcimento [...]” ¹³².

É, portanto, diante de todo o quadro exposto, que Oliveira Neto conclui que “a aplicação de multa contra o Poder Público não tem a força necessária para impor o cumprimento da ordem judicial” ¹³³.

Visando contornar essa situação e garantir a coercitividade da multa cominatória, a doutrina e os Tribunais pátrios passaram a optar pela aplicação de multa particular ao próprio gestor público, *in casu*, o Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal ¹³⁴, ao argumento de que o agente público é responsável pela implementação de políticas hábeis à vida e à saúde.

Embora o tema seja controverso, o Superior Tribunal de Justiça assentou jurisprudência no sentido de ser possível a aplicação da sanção coercitiva ao agente público, desde que lhe seja garantido o direito à defesa e ao contraditório. Por conseguinte, a medida

¹³¹ GOUVÊA (2003, p. 44-5).

¹³² GUERRA, op. cit. p. 80.

¹³³ OLIVEIRA NETO (2007).

¹³⁴ Como exemplo, cita-se o Agravo de Instrumento interposto pelo Distrito Federal contra decisão que ratificou sentença que deferiu pedido de antecipação da tutela, para determinar o fornecimento do medicamento, consignando que o não cumprimento da ordem judicial implicaria em responsabilização pessoal do Secretário de Saúde, além de multa diária, prisão em flagrante e improbidade administrativa. (Acórdão n.862713, 20140020315034AGI, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/04/2015, Publicado no DJE: 27/04/2015. Pág.: 203).

será inadequada se o agente político não figurou como parte na relação processual em que foi imposta a cominação ¹³⁵.

4.1.2. O bloqueio e sequestro de verbas públicas.

Outro mecanismo utilizado para conferir efetividade às decisões judiciais, especialmente àquelas referentes ao fornecimento de medicamentos, consiste no bloqueio ou sequestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta-corrente do particular. A medida é adotada com fundamento na cláusula geral executiva prevista no artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil, outrora reproduzido, que garante ao magistrado a possibilidade de determinar a medida que, ao seu juízo, mostra-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada.

Segundo esclarece Facchini, o instituto do sequestro tem por propósito apreender verba suficiente à satisfação do crédito do litigante. Trata-se, portanto, de medida executiva, pois realiza a transferência forçada de soma pecuniária dos cofres públicos para o patrimônio do autor ¹³⁶. Assis, portanto, explica que o sequestro aplicado pelos tribunais não possui a função cautelar da medida prevista no Código de Processo Civil, mas sim natureza executória ¹³⁷.

Quanto ao tema, a doutrina diverge. Há quem defenda que tanto o sequestro quanto o bloqueio de verbas públicas são flagrantemente inconstitucionais. Isso se daria em razão de diversos motivos, mas especialmente porque as obrigações de pagar quantia da fazenda pública, ainda que decorram de conversão de obrigação de fazer ou de entrega de coisa, são submetidas ao rito do regime de precatórios previsto no art. 730 do diploma processual civil—o que está em sintonia com o disposto no art. 100 da Carta Maior.

De fato, dispõe a Constituição de 1988 que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. Sendo assim, e considerando

¹³⁵ Nesse sentido, *vide*: REsp 1433805/SE, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 16/06/2014, PRIMEIRA TURMA, Publicado no DJe 24/06/2014; AgRg no AREsp 196946/SE, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 02/05/2013 T2 - SEGUNDA TURMA, Publicado no DJe 16/05/2013).

¹³⁶ FACCHINI (2014)

¹³⁷ ASSIS (2006, p.940)

que a hipótese ora discutida não se enquadra em nenhuma das exceções previstas ao regime dos precatórios, não é possível o sequestro ou o bloqueio de verbas públicas.

Soma-se ao argumento supra a característica da impenhorabilidade de que são dotados todos os bens públicos, bem como a necessidade de que gastos públicos decorrentes de ordem judiciais devam ser submetidos à prévia indicação orçamentária.

Dado sua proeminência, o tema aqui tratado foi, em 05 de setembro de 2008, afetado à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do rito dos recursos repetitivos, pelo Ministro Luiz Fux, adotando o Resp nº 1069810/RS como representativo da controvérsia.

Naquela oportunidade, o STJ entendeu ser válida e legítima a medida adotada pelos tribunais. Para tanto, destacou que as medidas previstas no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil não são taxativas, mas sim meramente exemplificativas, de sorte a ser plenamente possível o bloqueio de verbas públicas em situações excepcionais, quando se vislumbrar a urgência e imprescindibilidade de sua prestação.

Cumpra aqui salientar o excerto do voto do então ministro relator, Napoleão Filho, o qual assinalou a preponderância indeclinável do direito à saúde asseverando que:

Tenho afirmado, em várias oportunidades, que a interpretação constitucional não pode ficar a mercê de provimentos ordinários (As Normas Escritas e os Princípios Jurídicos, Fortaleza, Curumin, 2005), tanto por causa da sua supremacia, como já proclamava o Professor RAUL MACHADO HORTA (Direito Constitucional, Belo Horizonte, DelRey, 1999), quanto por causa da manifesta insuficiência do quadro normativo para dar conta da complexa trama social das relações jurídicas, consoante magistralmente revelado pelo Professor LOURIVAL VILANOVA (As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo, São Paulo, Max Limonad, 1997)
138

Semelhantemente, discussão também foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o qual, em 14 de agosto de 2010, reconheceu repercussão geral a respeito da questão constitucional discutida, adotando o Recurso Extraordinário 607.584/RS como *leading case*, atribuindo a relatoria a Ministra Rosa Weber. A questão, contudo, ainda pende de julgamento naquela Suprema Corte.

¹³⁸ (REsp 1069810, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/10/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 06/11/2013).

4.2. O impacto financeiro das decisões judiciais.

Primeiramente, é preciso considerar que os gastos com saúde, no Brasil e no Distrito Federal, apresentaram uma crescente desde sua previsão pela Carta Constitucional de 1988. Dada a grande quantidade de serviços que foram postos sob tutela do Estado, este teve que direcionar um significativo volume de recursos para fazer frente a suas obrigações. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 2005, “[...] o Brasil vem se colocando, nos últimos cinco anos, entre os dez países do continente americano com maiores gastos com saúde em valores absolutos, o que é, sem dúvida, uma boa notícia [...]”¹³⁹.

Ocorre, contudo, que o acolhimento pelo poder Judiciário de ações judiciais individuais pleiteando medicamentos, exames, internações, cirurgias e tratamentos implicaram também em um aumento significativo dos gastos públicos para fazerem frente a tais mandamentos. “[...] A consequência direta disso é a afetação da programação orçamentária e financeira do Estado, que, por sua vez, prejudica a formulação de políticas e provimento de bens e serviços em outras áreas demandas pela sociedade [...]”¹⁴⁰.

Segundo dados do Ministério da Saúde, os valores desembolsados por aquele Ministério para atender decisões da justiça cresceram 500% entre 2010 e 2015. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões. Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões de reais¹⁴¹.

No caso do Distrito Federal, por sua vez, a situação é bastante semelhante. Conforme esclarece Sant’ana, a estrutura distrital ainda é uma referência em saúde no âmbito nacional, uma vez que o SUS realiza a maior parte do atendimento da rede de saúde. É um sistema primordialmente público, que possui uma razoável rede de hospitais, centros de saúde e farmácias públicas presentes em todo o território¹⁴². Tudo isso financiado por um considerável orçamento para saúde, que, no ano de 2015, correspondeu a aproximadamente 6 (seis) bilhões de reais. “[...] Esse quadro favorável, contudo, convive com uma gestão

¹³⁹ BARBOSA (2008, p. 283).

¹⁴⁰ FERRAZ (2010, p. 9).

¹⁴¹ BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE (2015).

¹⁴² SANT’ANA op. cit. p.59.

ineficiente, cujos reflexos na qualidade dos serviços de saúde ajudam um pouco a entender o crescimento da judicialização da saúde no Distrito Federal [...]”¹⁴³.

Segundo informações da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, os gastos com cumprimento de decisões judiciais em saúde, chegaram, em 2014, à aproximadamente 30 milhões de reais. Da leitura desses dados, portanto, a indagação que se emerge consiste em saber, precisamente, qual o real impacto que os valores direcionados ao cumprimento dessas decisões representam ao Poder Público, e à sociedade como um todo.

Sobre o tema, Romero relata que, em nosso País, existem claras evidências de que a judicialização da política de saúde tem sido, de fato, um fator desorganizador das finanças públicas e de desvio de recursos da execução de ações programadas, no âmbito da atenção coletiva¹⁴⁴.

De fato, é preciso ter em conta que os recursos utilizados para cumprir as emanações judiciais já possuíam, originalmente, destinação outra que não o atendimento das referidas decisões. Eram recursos voltados para a aquisição de outros aparatos, para o investimento na própria estrutura de saúde, ou para o implemento de programas sociais, mas que, em última instância, beneficiariam toda uma coletividade. Diante disso, o realocamento desses recursos significará, para aquele setor ao qual ele tinha sido originalmente destinado, um déficit financeiro.

O impacto financeiro, ademais, é potencializado quando se considera que, em razão do caráter de cumprimento imediatista das ordens judiciais, a aquisição de equipamentos não é alvo de planejamento ou de processo criterioso de compra, levando ao desperdício de dinheiro público e facilitando a ocorrência de fraudes em desfavor do SUS¹⁴⁵.

Como sabido, em regra, a compra de fármacos, equipamentos e do aparato em geral relacionado à saúde é realizada, conforme dito outrora, através de licitação. Busca-se com esse procedimento resguardar o interesse público por meio da contratação de serviços e aquisição de produtos que ofereçam as melhores condições segundo as necessidades da Administração Pública. Contudo, diante de urgência no atendimento de uma decisão judicial, muitas vezes o ente federativo acaba por adquirir o produto a qualquer custo, implicando em gastos ainda maiores ao poder público.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ ROMERO (2008, p.11)

¹⁴⁵ CASTRO (2015).

Exemplo do exposto é apresentado por Guimarães e Palheiro a respeito do quadro da Secretaria do Estado do Rio de Janeiro até o início de 2007, onde, diante da ausência de organização interna para lidar com o fenômeno da judicialização, as aquisições de produtos para satisfazer as ordens judiciais eram feitas basicamente por emergência, por meio de dispensa de licitação e para atender isoladamente o pedido formulado em cada uma das ações, o que impedia a economia de escala, gerava compras a preços elevados no mercado varejista e facilitava a ocorrência de fraudes ¹⁴⁶.

Contribui ainda para o incremento dos dispêndios público a já tratada questão da multa cominatória quando imposta aos entes federativos, as quais, fixadas em vultosos valores, são somadas ao custo da prestação exigida ao Estado.

Não obstante o exposto, diante do argumento de hipossuficiência financeira por parte do Distrito Federal, o TJDFR reitera, em suas decisões, o mesmo posicionamento segundo o qual o interesse financeiro do Estado não deve prevalecer diante de um direito fundamental, conforme visto anteriormente.

4.3. A desorganização institucional provocada pela judicialização da saúde.

As decisões judiciais trouxeram também como consequência uma inegável desorganização da estrutura da Administração Pública, no que se refere à saúde pública. Espinoza, de maneira incisiva, afirma que a busca da efetividade da tutela jurisdicional tem impactado de forma nefasta a Administração, a qual tem suportado danos que extrapolam os limites do caso concreto. Na visão da autora, sob justificativa de, casuisticamente, assegurar a efetividade de um único processo, o Poder Judiciário se autoinveste da função regulatória e cria uma desordem institucional dentro do Sistema Único de Saúde ¹⁴⁷.

Nas palavras de Espinoza:

“[...] o grande ativismo judicial evidenciado no direito público, caracterizado por fórmulas mágicas e princípios vagos, em verdade, desconsidera as razões do administrador de regular determinada matéria dessa ou daquela forma, ignorando todos os estudos prévios da matéria em que já foram consideradas outras alternativas regulatórias, que já anteviram os custos e impactos, que já sopesaram os interesses e possibilidades orçamentárias. Cria-se uma nova regulação e, em

¹⁴⁶ GUIMARÃES e PALHEIRO (2015, p.3).

¹⁴⁷ ESPINOZA op. cit. p.3.

última ratio, um novo Sistema de Saúde – paralelo ao já existente que é o único por definição, um sistema abstrato que só aos olhos do Poder Judiciário existe [...]”¹⁴⁸.

De fato, da pesquisa realizada ficou evidente que, não raras decisões, a despeito de anunciarem a necessária concretização do direito à saúde, acabam pondo em cheque o próprio funcionamento do Sistema Único de Saúde, comprometendo ainda mais o atendimento à saúde quando pensada no âmbito coletivo.

Foram várias as decisões que condenaram o Distrito Federal a arcar com medicamentos e tratamentos médicos não padronizados e, muitas vezes, sem a comprovação de sua eficácia e segurança, de forma que não eram acobertados pela rede pública de saúde.

Ocorre, contudo, que, tal postura dos tribunais significa impor ao ente público destinatário da obrigação a necessidade de renunciar todo um planejamento e organização outrora realizada com base em estudos prévios e buscando atender a maior gama de interesses possível.

Semelhantemente, houve decisões que impuseram a imediata disponibilização de leitos de UTI e realização de cirurgia para pleiteantes que tiveram seus pedidos reconhecidos pela justiça, o que, em último grau, pode gerar ainda mais injustiça, atropelando os direitos dos que aguardam pelo mesmo tipo de serviço em listas organizadas **segundo os critérios clínicos e não judiciais**. Algumas liminares, por exemplo, obrigaram o Estado a internar pacientes em situações discutíveis do ponto de vista médico, e, o que é mais sério, desfavorecendo outros que aguardam há mais tempo ou que estão em situações mais ou com expectativa de melhores resultados¹⁴⁹.

José Gomes Temporão, ex-ministro da saúde, por sua vez, corroborando Espinoza, afirma que transferir para o SUS a responsabilidade pelo atendimento realizado fora das suas normas operacionais pode gerar como consequência a desregulação do acesso assistencial, perda da integralidade e redução de controle e avaliação da atenção prestada¹⁵⁰.

Por fim, há ainda aqueles que enxergam na atribuição de responsabilidade solidária aos entes federativos na prestação dos serviços de saúde um fator agregador da desorganização institucional da saúde e dos SUS. Isso porque, segundo Menezes, embora o Supremo Tribunal Federal tenha assentado entendimento acerca da responsabilidade solidária

¹⁴⁸ Idem. *Grifo meu*.

¹⁴⁹ CASTRO (2015).

¹⁵⁰ TEMPORÃO (2009).

da União, dos Estados e do Distrito Federal no fornecimento de medicamentos, de sorte que a parte pleiteante pode escolher o que melhor lhe convier para dirigir sua pretensão, tal postura, ao invés de justiça, promove desarranjo da estrutura de funcionamento da Administração Pública e do SUS.

Segundo o jurista, a saúde possui algumas classificações, sendo dividida em atenção básica, média complexidade e alta complexidade. Para cada uma dessas especificidades, a legislação atribui determinada competência ao ente, não podendo, por exemplo, o Estado ser compelido a fornecer um determinado medicamento, cuja competência é do Município ¹⁵¹.

A situação aqui apresentada, vale pontuar, é bem sintetizada por Barroso, ao afirmar que:

*O sistema, no entanto, começa a apresentar **sintomas graves de que pode morrer da cura**, vítima do excesso de ambição, da falta de critério e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de **medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas**. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar **superposição de esforços e de defesas**, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional*
¹⁵².

4.4. A insustentabilidade da atual sistemática de tutela jurisdicional do direito à saúde – a necessidade de se pensar limites e alternativas.

Conforme demonstrado, a atuação desmedida dos tribunais pátrios, em que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal é espelho, tem gerado profundas consequências no âmbito da Administração Pública. Assim sendo, a pergunta que se levanta, portanto é: isso significa que o Poder Judiciário deve-se abster de tutelar o direito à saúde? A resposta, por óbvio, só pode ser negativa.

É preciso reconhecer a inegável importância da atuação jurisprudencial na salvaguarda desse direito fundamental. Interessante aqui destacar o posicionamento do

¹⁵¹ MENEZES op. cit. p.249.

¹⁵² BARROSO (2007, p.3).

Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, o qual afirma que “[...] como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, **não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente** [...]”¹⁵³.

Nessa esteira, também, é o entendimento de Sarmento:

*Na minha opinião, os questionamentos acima referidos não devem conduzir à rejeição da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais. Este seria um inadmissível retrocesso no Direito Constitucional brasileiro, que, em boa hora, passou a reconhecer a força normativa dos direitos prestacionais. Mas, se não quisermos que a garantia jurisdicional de tais direitos acabe comprometendo a possibilidade de que eles sejam efetivamente fruídos pelos mais necessitados, é essencial traçar critérios racionais para o Judiciário atuar neste domínio, que estejam em conformidade não só com a letra da Constituição, mas também com os valores morais que lhe dão suporte*¹⁵⁴.

A saída para o impasse aqui tratado é a mesma aventada para tantas outras questões com as quais o Direito se depara: o estabelecimento de parâmetros e limites. Faz-se imperativo estabelecer critérios de sorte a conformar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário na assistência da saúde.

A seguir, portanto, se observará os parâmetros de atuação que estão sendo estabelecidos com escopo orientar a atuação dos magistrados, bem como as medidas que estão sendo implementadas com intuito de atingir esses critérios.

4.4.1. A fixação de Parâmetros: a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

Atento às diversas implicações trazidas pela atuação do judiciário na tutela da saúde, o Supremo Tribunal Federal realizou, nos meses de abril e maio de 2009, a Audiência Pública nº 4, dando a palavra, a respeito do tema, a especialistas e doutrinadores.

Nesta ocasião, o então presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes, considerando os “diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada, os quais objetivavam suspender medidas cautelares que

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010.

¹⁵⁴ SARMENTO, op. cit. p.5. *Grifo meu.*

determinavam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde”, convocou a referida audiência pública “objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.¹⁵⁵

Indiscutível foi a importância da referida Audiência Pública, na medida em que promoveu o debate e abriu espaço ao diálogo das diversas entidades e organismos da sociedade civil. Contudo, foi somente em 2010, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada de número 175¹⁵⁶, que o STF, pela primeira vez, fixou parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.

A partir dos casos submetidos a sua análise, e levando em conta os dados obtidos na supracitada Audiência Pública, o então Ministro Relator, Sr. Gilmar Mendes, propôs, em síntese, a observância dos seguintes critérios quando da atuação do magistrado diante de ações que envolvam algum pleito relacionado à saúde.

O primeiro dado a ser considerado **é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.** Em suma, havendo política pública, resta indubitável o direito da parte de ver seu pleito atendido e sua garantia resguardada.

Por outro lado, caso a prestação pleiteada não esteja entre as políticas do SUS, deve-se perquirir se a não prestação decorre de uma vedação legal a sua dispensação; de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou de omissão legislativa ou administrativa.

Assim, segue o ministro esclarecendo que, em caso de vedação legal, o SUS não deve ser condenado a arcar com o tratamento. É a hipótese, por exemplo, de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nesses casos, salvo situações excepcionais¹⁵⁷, é vedada à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro nessa agência reguladora.

Isto posto, o **segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS**, isto porque, segundo o Ministro Gilmar Mendes, há casos em que o SUS decidiu não custear determinada prestação

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010.

¹⁵⁷ Como aquele previsto pela lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permitindo que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

de saúde por entender que inexistem evidências científicas¹⁵⁸ suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, na visão do ministro, podem ocorrer duas situações: a primeira consiste no oferecimento de tratamento alternativo pelo SUS, mas não adequado a determinado paciente. Nesse caso, Gilmar Mendes concluiu que, em regra, deve-se privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Todavia, caso reste comprovado que o tratamento oferecido é ineficaz a determinada pessoa por razões específicas de seu organismo, o Poder Judiciário pode decidir por medida diferente da custeada pelo SUS.

A segunda situação, por sua vez, emerge quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesse caso, ministro aponta para a necessidade de diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos de saúde ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Quanto aos tratamentos experimentais, dada a não comprovação de sua eficácia, não é possível obrigar o SUS a fornecê-los.

Já em relação aos novos tratamentos, Mendes ressalta o maior cuidado que deve ser dispensado a esses casos. Uma vez que o conhecimento médico não é estanque, mas ao contrário, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa, o Poder Judiciário deve ficar atento aos tratamentos de saúde que, embora há muito sejam prestados aos pacientes da iniciativa privada, ainda não foram incluídos aos SUS. Isso porque a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada, de sorte que a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.

Por fim, vale aqui salientar a fala do ministro quanto a importância, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, da devida instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as

¹⁵⁸ Conforme explica o Ministro Gilmar Mendes, o SUS “[...] filiou-se à corrente da **“Medicina com base em evidências”**. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente [...]”.

especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde ¹⁵⁹.

Por outro lado, e em decorrência da evidente repercussão que as questões atinentes à tutela judicial do direito à saúde possuem no âmbito da administração da justiça, o Conselho Nacional de Justiça também tem atuado no sentido de estabelecer parâmetros a subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, de modo a assegurar melhor qualidade e eficácia na solução das demandas judiciais que envolvam a assistência à saúde ¹⁶⁰.

A judicialização na saúde é acompanhada pelo CNJ desde 2009, quando após a realização da Audiência Pública nº 4 pelo Supremo Tribunal Federal, o CNJ, através da portaria n. 650, criou Grupo de Trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Desde então, o Conselho editou resoluções sobre o tema, criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde e passou a realizar as Jornadas de Direito da Saúde, em que são aprovados enunciados com informações técnicas para subsidiar os magistrados na tomada de decisões.

Da atuação do CNJ, destaca-se a Recomendação nº 31 de março de 2010, que, em síntese, indica aos Tribunais a adoção de medidas práticas em relação às demandas que envolvam o direito à saúde.

Em síntese, as recomendações, em relação aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, foram: 1) que 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; 2) orientem, por meio das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que: 2.a) procurem **instruir as ações**, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID; 2.b) **evitem** autorizar o fornecimento de medicamentos ainda **não registrados** pela **Anvisa**, ou em **fase experimental**, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; 2.c) **ouçam**, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, **os gestores**, antes da apreciação de medidas

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010.

¹⁶⁰ NOBRE, op. cit. p.354.

de urgência; 2.d) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; 2.6) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Ademais, a Recomendação aconselhou também aos Tribunais que incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura e promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde e afins.

Ainda, recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde.

Posteriormente à Recomendação 31/2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – **Fórum da Saúde**, a quem foram destinadas as seguintes atribuições:

I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional ¹⁶¹.

Atualmente o Fórum da Saúde é composto por um Comitê Executivo Nacional, pelos Comitês Estaduais e pelo Comitê Distrital (DF). O CNJ recomendou que a composição dos

¹⁶¹ CNJ. Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 28 out. 2014.

Comitês Estaduais contemple o sistema de justiça e o sistema de saúde, sendo formado, dessa forma, por juízes, membros do Ministério Público, defensores, além de gestores, médicos, farmacêuticos, entre outros. “[...] Estas composições ecléticas dos Comitês auxiliam, portanto, a materializar a teoria dos diálogos institucionais – constitucionais – que preconiza a contínua e permanente aproximação e conversa entre os diversos atores envolvidos e preocupados com a resolução dos conflitos de interesses [...]”¹⁶².

Segundo Schulze, o Fórum da Saúde do CNJ tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania. Busca-se prevenir a discussão judicial, mas, mostrando-se ela inevitável, que se proceda da forma menos agressiva e menos onerosa possível a todos os envolvidos¹⁶³.

Para concretizar esse objetivo, o Fórum adotou algumas iniciativas, dentre as quais destaca-se a elaboração, pelos Comitês componentes do Fórum, de **enunciados e cartilhas** com resumos de medidas de sucesso e sugestões para os diversos atores do sistema judicial e do sistema de saúde, realização de **multirões de conciliação** na área de saúde, criação **varas especializadas** em demandas de saúde e de **Núcleos de Apoio Técnico** (NATs).

De fato, as iniciativas propostas pelo Fórum estão sendo postas em prática em todo o país com obtenção de resultados significativos, merecendo destaque especial a criação das varas especializadas e dos Núcleos de Apoio Técnico, conforme se observará a seguir.

4.4.2. Experiências promissoras: da política de saúde do estado do Rio de Janeiro.

Desde 2007, a Secretaria de Saúde do Rio de Janeiro tem adotado medidas que contribuíram sobremaneira para o enfrentamento da judicialização da saúde naquele Estado. Guimarães e Palheiro¹⁶⁴ explicam que, ante a elevação da quantidade de ações demandando prestações de saúde, foram criadas quatro estruturas para lidar com a questão.

A primeira foi a realização de **uma parceria** entre a Secretaria de Estado de Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde com a **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**

¹⁶² SCHULZE (2015, p.4-5).

¹⁶³ SCHULZE, op. cit. p.5.

¹⁶⁴ Ocupou o cargo de Subsecretário Jurídico da Secretaria de Estado de Saúde no período de janeiro de 2007 até maio de 2014.

(DPGE-RJ). Segundo esse acordo, quando um paciente desejasse ingressar com ação pleiteando medicamento ou insumo de saúde de competência do estado ou do Município, a Defensoria Pública deveria exigir laudo médico do SUS e, antes de protocolizar a ação, enviaria um ofício aos entes federativos questionando se o item pleiteado estava disponível. Havendo o medicamento ou o insumo, a Secretaria entraria em contato com o paciente, comunicando o fato à Defensoria Pública¹⁶⁵. Tratou-se, portanto, de uma medida preventiva, que buscou evitar que o particular ingressasse com um pedido judicial.

Houve também a criação da **Central de Atendimento a Demandas Judiciais (CADJ)**, responsável por: receber as intimações referentes ao estado e município do Rio de Janeiro nas ações de saúde, dar cumprimento às decisões judiciais e organizar e controlar o estoque dos medicamentos e insumos destinados ao atendimento das ordens judiciais, a fim de evitar a utilização da dispensa de licitação por emergência para a aquisição desses itens.

O CADJ, dessa forma, conseguiu solucionar dois problemas que rondam a judicialização da saúde, quais sejam: evitar a compra de insumos sem licitação, vez que se passou a realizar pregões para registrar o preço de diversos produtos, bem como utilizar atas já registradas por outros entes federativos¹⁶⁶, além de promover o diálogo com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que frequentemente reclamava sobre a ausência de esclarecimentos da Secretaria após o recebimento das ordens judiciais¹⁶⁷.

Em 2009, foi criado o **Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT)** junto ao TJRJ para subsidiar os magistrados da Comarca da Capital nas ações judiciais que envolvessem fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, alimentos e tratamentos médicos, com finalidade de atribuir tecnicidade às decisões proferidas. Os NATs, na definição de Schulze “[...] são órgãos compostos por profissionais da área médica, farmacêutica, assistência social e por membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde que tem por

¹⁶⁵ GUIMARÃES e PALHEIRO op. cit. p.3.

¹⁶⁶ Segundo Guimarães e Palheiro, tal fato fez com que a Secretaria mudasse um cenário que era de praticamente todas as compras feitas por dispensa de licitação, para, em 2012, chegar a nenhuma compra emergencial por dispensa de licitação com a finalidade de atendimento de mandado judicial. GUIMARÃES e PALHEIRO, op. cit. p.4.

¹⁶⁷ “A CADJ passou a oficiar, assim que intimada, a todos os juízes e desembargadores informando sobre a entrega do item requerido, quando o estoque estava regular e, em caso de ausência deste, sobre a situação do processo de compra e previsão de prazo para satisfação da determinação judicial. Tal fato, apesar de simples, criou um canal de comunicação antes inexistente e contribuiu para recuperar a confiança do Judiciário na Secretaria de Estado de Saúde”. idem.

finalidade auxiliar os magistrados na deliberação sobre processos envolvendo temas de saúde [...]”¹⁶⁸.

O NAT funciona através da emissão de pareceres técnico, em prazo máximo de 48 (quarenta e oito), podendo ser reduzido em caso de urgência. No parecer constam informações sobre a patologia do paciente e o item pleiteado, tais como a existência de política pública para o tratamento daquela doença, se o uso é *off label*, se medicamento tem registro na Anvisa, se já foram utilizados os medicamentos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, se a medicação é adequada à patologia descrita, se o insumo está com o estoque disponível etc. Dessa forma, valorizam-se as políticas públicas existentes e coíbe-se a ocorrência de fraudes.

Segundo Guimarães e Palheiro, em 2009 foram proferidas um pouco mais de 900 manifestações, já em 2013 esse número passou para quase 2.800 pareceres. Em razão do seu sucesso, o NAT, que no início era adotado em apenas duas Varas de Fazenda Pública da Capital, foi ampliado para todas as Varas de Fazenda da Capital, para todas as Câmaras Cíveis e, para a Justiça Federal. Contribui para o sucesso da medida a independência técnica de seus membros, que apesar de serem cedidos da Secretaria de Estado de Saúde, possuem autonomia em seus pareceres.

Por fim, e com objetivo de aprofundar o diálogo entre o Poder Executivo e Judiciário, foi criada em 2012 a **Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)** após a assinatura do Termo de Convênio n. 003/0504/2012 celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro, pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), Secretaria de Estado de Saúde (SES), Defensoria Pública Geral do Estado (DPGE), o Tribunal de Justiça do Estado (TJRJ), o Município do Rio de Janeiro, pela Procuradoria Geral do Município (PGM) e Secretaria Municipal de Saúde (SMS), e a União Federal, pela Defensoria Pública da União (DPU).

Em síntese, a Câmara atua previamente ao ajuizamento da ação judicial. Ela promove atendimento daqueles que buscam a Defensoria Pública para ingressar ao judiciário, com intuito de inserir ou reinserir o assistido no SUS, oferecendo, quando possível, solução administrativa para a oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, exame médico, consultas ou internações.

¹⁶⁸ SCHULZE, op. cit. p. 6.

Com objetivo de organizar e gerenciar as demandas existentes na CRLS, a SES/RJ desenvolveu um sistema informatizado, o **Sistema Câmara de Saúde**, que serve de ferramenta de auxílio à gestão. Conforme Guimarães e Palheiro:

“[...] O sistema integra as diferentes áreas, acompanhando o fluxo de trabalho da CRLS, armazena todos os dados dos assistidos, mantendo estes dados arquivados, emite os pareceres realizados pela equipe de análise técnica, bem como gera o ofício de encaminhamento para as unidades de saúde. O sistema permite maior organização e efetividade da rotina de trabalho, além de possibilitar extrair relatórios gerenciais que auxiliam na análise do perfil das demandas.”¹⁶⁹

À semelhança das NATs, a CRLS é formada por uma equipe multiprofissional, constituída por médicos, enfermeiros, farmacêuticos, nutricionista e assistentes sociais. Nos pareceres emitidos, há indicações, por exemplo, a respeito de alternativas terapêuticas ao pedido do autor, existência de medicamentos genéricos e de similares, e outros insumos ofertados no SUS, com o encaminhamento aos responsáveis pelo fornecimento. Apontam, ainda, eventuais limitações do tratamento pedido e a necessidade de aprofundamento da análise, sobretudo, nos casos que identifica alternativas terapêuticas disponíveis no SUS. Havendo necessidade de consulta médica, o paciente já sai da CRLS com essa devidamente agendada¹⁷⁰.

Os resultados percebidos, sem dúvida, são promissores. Segundo dados trazidos por Guimarães e Palheiro, em um ano de funcionamento, foram atendidos 8.882 pacientes, totalizando 12.486 solicitações de produtos. Dessas solicitações, em 37,17% dos casos foram realizados encaminhamento administrativo, evitando, assim, que houvesse o ajuizamento de ações do pleito pretendido.

Ademais, visando potencializar a eficiência de sua atuação, a CRLS, diante de pleitos relacionados a medicamentos, muito dos quais não padronizados, passou a encaminhar ao médico assistente do paciente um formulário com questionamentos relacionados à doença do assistido, juntamente com um Parecer Técnico com as alternativas terapêuticas disponíveis no SUS. Com essa ação, cerca de 50% dos pacientes retornam a CRLS com a sua solicitação substituída pela alternativa terapêutica disponível, privilegiando a política do SUS e obtendo de forma rápida a sua pretensão.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

CONCLUSÃO

O direito à saúde, assim como o Sistema Único de Saúde são, sem dúvida, feitos a serem celebrados pela sociedade brasileira. A expressa consagração da saúde como um direito fundamental, acompanhada pela estruturação de um sistema sanitário que, rompendo com a organização excludente até então existente, creditou à integralidade, equidade e universalidade seus princípios básicos, representou uma das maiores conquistas assinaladas pela Carta Magna de 1988.

Todavia, ante a evidente precariedade na prestação da saúde pública, em que, com uma frequência inaceitável, falta-se o mais básico e essencial, a saúde volta a emergir como uma questão social premente que deve ser urgentemente enfrentada pelo Poder Público.

A solução aventada pela sociedade foi atribuir a concretização de sua garantia fundamental ao Poder Judiciário, o qual, sensível ao direito em questão, e ao quadro social como um todo, avocou para si a tarefa de salvaguardar a saúde, tutelando-a como um valor superior. Dessa maneira, conforme destaca Bisol ¹⁷¹, a proteção judiciária dos direitos sanitários acabou por fragmentar um direito que originalmente foi concebido para possuir natureza coletiva, em diversas solicitações de tutelas individuais.

Assim, dentro desse panorama, buscou-se justamente estudar e avaliar a atuação do Poder Judiciário quando de sua interpelação por demandas de saúde. Para tanto, e amparados na fórmula proposta por Boaventura de Sousa Santos, sobre o pensar global e agir local, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios funcionou como paradigma para o objetivo proposto.

Uma vez dissecados os resultados, chegou-se a conclusão de que a atuação do Poder Judiciário nas proporções observadas, configurando inegável ativismo, revela-se insustentável, especialmente a médio e longo prazo. Restou evidente que a jurisprudência daquela corte firmou um entendimento sobre o tema, onde o direito à saúde passa a ser tutelado praticamente de forma absoluta, sob qualquer circunstância e a qualquer custo.

Dessa forma, a conformação jurisprudencial estabelecida pelo tribunal não condiz com a complexidade do assunto tratado. Isso porque, sem embargo de existir um direito

¹⁷¹ BISOL (2008, p. 327-32).

público subjetivo à saúde, esse direito deve ser assegurado primordialmente mediante políticas sociais e econômicas. “[...] Isto é, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde [...]”¹⁷².

O que se verifica, contudo, é que os magistrados, imbuídos pela proteção do direito à saúde prevista no art. 196 da Constituição Federal, e repetidamente confrontados por situações comoventes, acabam por tomar decisões que, embora bem intencionadas, não se apresentam política e judicialmente como as mais acertadas, dado que comprometem a organização financeira dos entes de governo, prejudicam políticas públicas, e criam privilégios não universalizáveis.

O principal argumento, ademais, lançado pelos julgadores para fundamentar suas decisões, de que o direito fundamental à vida e à saúde do particular deve prevalecer diante dos interesses do Estado, em última análise, esvazia-se quando se considera que o interesse do Estado nada mais é do que interesse da sociedade em seu conjunto.

A colocação realizada por Barroso, nesse contexto, chama atenção pela sua perfeita pertinência, para o qual não se está, tão somente, diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação dos Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade é mais dramática e vai além. O que se está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros¹⁷³.

Nessa senda, a conclusão a que se chega é que os tribunais pátrios furtaram-se à consideração de questões primordiais relacionados ao tema, tal como o respeito às diretrizes constitucional e operacionais do Sistema Único de Saúde e às políticas públicas implementadas elaboradas segundo critérios de justiça distributiva, e, sobretudo, parece não terem atribuído o devido valor às consequências que suas decisões provocam no âmbito da Administração Pública.

O forte impacto financeiro e a desordem administrativa acabam revelando a indevida ingerência do Poder Judiciário em face da Administração pública, que não acarreta outra

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010.

¹⁷³ BARROSO (2007).

consequência, senão o reiterado descumprimento das emanções judiciais, e o comprometimento do sistema de saúde ao longo prazo.

A situação é agravada quando se considera que o acesso ao judiciário, no Brasil, está muito longe de ser igualitário. Grande parte das pessoas que se socorrem da justiça, em via de regra, não são os que mais necessitam de sua tutela. Conseqüentemente, a parcela menos favorecida da sociedade não tem suas necessidades reconhecidas e tuteladas.

Daí emerge um inegável paradoxo, posto que, conquanto alegue atuar sob a bandeira da promoção efetiva do direito à saúde e da realização da igualdade em seu aspecto material, o Poder Judiciário, quando age de maneira ativista, acaba, por via transversa, perpetuando a prestação excludente da saúde em nosso país, posto que, deslocando os recursos das políticas públicas gerais, que, em tese, beneficiariam os mais necessitados, acaba por favorecer aqueles que, tendo consciência de seus direitos e possuindo capacidade de organização, galgaram a tutela do Judiciário, contribuindo para agravar a concentração da riqueza.

Todavia, considerando que o panorama aqui exposto resulta, especialmente, da judicialização inapropriada, ou seja, da atuação desmedida e excessiva do Poder Judiciário, faz-se imperioso reconhecer, por questão de justiça, o fundamental papel desempenhado pelas cortes judiciais quando estas atuam dentro da alçada de sua competência.

Por certo, seria inaceitável retroceder quando finalmente os direitos sociais ganham tal força normativa capaz de possibilitar sua proteção pelo Poder Judiciário. Igualmente, não se pode abdicar da atuação do Poder Judiciário quando se está diante de uma situação de flagrante omissão administrativa.

Destarte, embora a solução para a problemática aqui tratada não seja, em absoluto, simples, ela perpassa, de um lado, pelo estabelecimento de parâmetros e limites à atuação jurisdicional, e por outro, pelo privilegiamento de mecanismos extrajudiciais de solução do conflito.

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça merecem congratulações no que refere à fixação de critérios de decisão. Conforme foi ressaltado, ambos têm concentrado esforços na tentativa de melhor conformar a tutela judicial da saúde no país, fornecendo, para tanto, orientações e parâmetros aos magistrados.

Bem assim, mecanismos como o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT) e, especialmente, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), ao atuarem preventivamente ao ajuizamento das ações, fornecerem substratos técnicos aos magistrados e

organizarem o atendimento das demandas judiciais, revelam-se como mecanismos extremamente promissores, e, porque não, indispensáveis.

Ante o exposto, esses fatores conjugados, se não constituírem a solução para grande parte dos aspectos aqui discutidos, ao menos, emergem-se como a base sobre a qual o direito à saúde no Brasil deve ser pensado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Zeneide Neto. **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011.
- ALEXANDRE, Lourdes Bernadete dos Santos Pinto. **Os Avanços e Desafios do SUS nas duas Décadas de Existência**. In: SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios. São Paulo: Martinari, 2011.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito, SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.) O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.111-144.
- ASENSI, Felipe Dutra. **O direito à saúde no Brasil**. In: DUTRA, Felipe Asensi; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 17.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 940.
- BARBOSA, Swendenberger. **Financiamento da saúde: ferramenta de concretização do direito à saúde**. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**. In: Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. **O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, v. III, 2005.
- _____. **Algumas notas sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional**. In: Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo : Quartier Latin, 2012, p. 671-677.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e para a atuação judicial**. In: Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, v.9, 2007.
- _____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

_____ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

BERTOLOZZI MR, CRECCO RM. As políticas de saúde no Brasil: reconstrução histórica e perspectivas atuais. Ver Esc Enf USP. 1996; 30(3).

BISOL, J. **Judicialização desestruturante: reverses de uma cultura jurídica obsoleta.** In: COSTA, AB. JÚNIOR, JGS. DELDUQUE, MC. OLIVEIRA MSC. DALLARI SG. O Direito Achado na Rua Introdução Crítica ao Direito à Saúde. Primeira Edição. Brasília, 2008. Unidade 5, Módulo 1, p 327-32.

BOBBIO, Norbert. **A era dos direitos.** 1. Ed. 12. Tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A multa atrelada à tutela específica no CPC (arts. 461 e afins). *Revista Jurídica*, n. 350, ano 54, dezembro de 2006, Porto Alegre: Notadez.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

_____. Nota Técnica nº 10/2011. Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, 2011.

BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil.** In. MOTTA, Ana Elizabete (orgs.) Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional. São Paulo: OPAS, OMS, Ministério da Saúde, 2006.

CASTRO, Marcelo. Pronunciamento no Diálogo Público de 2015, promovido pelo Tribunal de Contas da União em 15 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U6JzSEBXFH8>.

CLEVÈ. Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília: Esmpu, a. II, n. 8. Jul./set. 2003

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3d. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ, Luiz Antônio Ribeiro da. **Direito à saúde: de norma programática a direito individual exigível.** In: Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n.34, p. 119-132, ago. 2012.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde.** Rio de Janeiro: 2005.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos.** 2d. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. O debate hermenêutico acerca do sequestro de verbas públicas a partir de jurisprudência dos Tribunais Superiores. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 13 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50222&seo=1>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

FERRAZ, Octavio L. Motta, Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health - Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to

Health?, Harvard University Press, 2010.
 ESCOREL S, Teixeira LA. História das políticas de saúde no Brasil de 1922 a 1963: do império ao desenvolvimento populista. In: Giovanella L et al., organizador. Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro (RJ): FIOCRUZ; 2008.

ESPINOZA, Gisele Bechara. **O sequestro de verba pública e a imposição de multa cominatória como meio de efetivação do direito à saúde: uma análise sob a ótica da administração.** In: CONASS. Para entende a gestão do SUS.1 Ed. 2015. Disponível em: www.conass.org.br.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais.** 14.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, J. E. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. Brasília, DF: BDJur, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 25 agosto. 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional.** Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2015.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas. 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; Palheiro, Pedro Henrique Di mais. **Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde.** In: CONASS. Para entende a gestão do SUS.1 Ed. 2015. Disponível em: www.conass.org.br.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos; uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial.** Curitiba: Juruá, 2014.

LEVCOVITZ, E. Transição x Consolidação, O Dilema Estratégico do SUS um estudo sobre as reformas da política nacional de saúde, 1997. Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

MACHADO, R.; LOUREIRO, A.; LUZ, R.; MURICY, K. Danação da norma: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MADEIRO, Ricardo C. V. *Crise na Saúde Pública.* Fortaleza: Revista Jurídica Consulex, 2013.

MATTA, G.C. Princípio e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: Políticas de Saúde: Organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. 1ed. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007, v.3.

MENDES, Gilmar Ferreira; NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MILTON, Augusto de Brito. **Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA et al. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353-366.

NASCIMENTO, Rogério Bento. **A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde**. Juris Poiesis, ano 11, Jan.-Dez (2008). Rio de Janeiro: Universidade de Sá, Programa de Pós Graduação em Direito.

NORONHA JC, Lima LD, Machado CV. O Sistema Único de Saúde SUS. In: Giovanella L, Escorel S, Lobato LVC, Noronha JC, Carvalho AL, organizadores. Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro (RJ): FIOCRUZ; 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas. In: ASSIS, Araken; Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em:

PAIM. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. Publicado Online 9 de maio de 2011 DOI:10.1016/S0140- 6736(11)60054-8.

PENALVA, Janaína. **Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal**. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

POLIGNANO, M. V. História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão. Disponível em: http://internatorural.medicina.ufmg.br/saude_no_brasil.pdf#s. Acesso em: 23 setembro de 2015.

RAEFFRAY, Ana Paulo Oriola de. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier, 2005.

ROMERO, Luiz Carlos. Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: o caso do Distrito Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A SAÚDE AOS CUIDADOS DO JUDICIÁRIO: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF**. Abril de 2009. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília.

_____. Entrevista de março de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/03/saude-descumpre-prazo-de-90-das-acoes-judiciais-no-df-diz-defensoria.html>. Acessado em: 18 de outubro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde**. In: O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Coordenadores: Milton Augusto de Brito Nobre; Ricardo Augusto Dias da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ÉticoJurídicos. In. Por um Constitucionalismo Inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

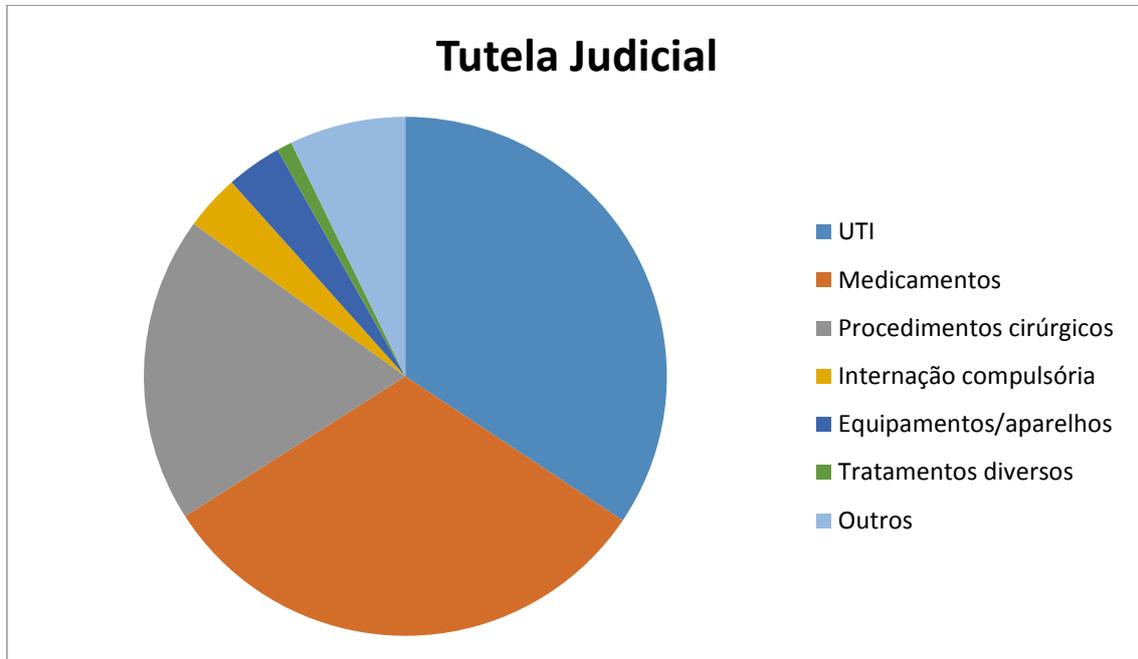
SCHULZE, Clenio Jair. **O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde.** In: CONASS. Para entende a gestão do SUS.1 Ed. 2015. Disponível em: www.conass.org.br. Acessado em: 18/10/2015.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRA, Carlos Gonçalves, RODRIGUES, Paulo Henrique. Princípio e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: Políticas de Saúde: Organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. 1ed. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007, v.3.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAGAZZI, José Luiz. **Direitos Fundamentais, da normatização à efetividade nos vinte anos de constituição Brasileira.** Editora Boreal, São Paulo, 1ª Ed., 2008.

VASCONCELOS, C. M. & PASCHE, D. F. **O Sistema Único de Saúde.** In: CAMPOS, G. W. S. et al. (Orgs.) Tratado de Saúde Coletiva. São Paulo, Rio de Janeiro: Hucitec, Editora Fiocruz, 2006.

ANEXO.

329 - CASOS ANALISADOS.

14 - PLEITOS INDEFERIDOS.

110 – UTI

101 – MEDICAMENTOS

61 – PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS

11 – INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

11 – EQUIPAMENTOS/APARELHOS

3 – TRATAMENTAMENTOS DIVERSOS

23 – OUTROS (Transporte para tratamento, próteses dentárias, realização de exames e consultas, fornecimento de fraldas e alimentos especiais, etc)