



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

VANESSA GOMES LEITE

**REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ACESSO IGUALITÁRIO A
POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS LEITOS DE UTI NO ESTADO DO
CEARÁ**

FORTALEZA

2016

VANESSA GOMES LEITE

REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ACESSO IGUALITÁRIO A
POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS LEITOS DE UTI NO ESTADO DO CEARÁ

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- L556r Leite, Vanessa Gomes Leite.
REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ACESSO IGUALITÁRIO A POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS LEITOS DE UTI NO ESTADO DO CEARÁ / Vanessa Gomes Leite Leite. – 2016.
156 f. : il. color.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque .
1. Judicialização da saúde. 2. Direito à saúde. 3. Políticas públicas. 4. Leitos de UTI. 5. Demandas individuais e coletivas. I. Título.

CDD 340

VANESSA GOMES LEITE

REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ACESSO IGUALITÁRIO A
POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS LEITOS DE UTI NO ESTADO DO CEARÁ

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^a Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^o Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (Unichristus)

In Memoriam, ao meu amigo Tonny Ítalo, que sempre irradiou entusiasmo, paixão, competência e bom humor em tudo o que fazia, especialmente nas atividades que o curso de Pós-graduação Stricto Sensu da UFC demandava.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que sempre cuida de mim e guia os meus passos para continuar crescendo como ser humano e como profissional. Foi Ele quem me deu toda a força e a garra fundamental para que eu persistisse e não desistisse de oferecer o meu melhor durante esses dois anos de pesquisa e de aprendizado.

À minha mãe, Carmem Glória Ferreira Gomes Feijão, minha maior inspiração em praticamente tudo o que me proponho a fazer. Ela quem tanto me incentivou, festejou cada aprovação nas fases do processo seletivo de ingresso no Programa de Mestrado da Universidade Federal do Ceará (UFC), cada artigo aprovado para publicação, cada apresentação de seminário e participação em congressos, também segurou firme na minha mão nos momentos de dúvidas e de angústias, que, por vezes, ocorreram durante a realização da pesquisa.

Ao meu tão querido e renomado mestre e “eterno orientador” Gustavo Tavares C. Liberato, de quem tive o privilégio de ser orientanda na Graduação e na Pós-graduação Lato Sensu da Universidade de Fortaleza (Unifor). Palavras não são suficientes para demonstrar a minha gratidão por todo o aprendizado e crescimento profissional e humano que adquiri ao seu lado. A paixão pela docência, pela leitura e pela pesquisa irradiam não só a mim, mas a todos que têm a sorte de serem seus alunos. Seu olhar crítico e perfeccionista poderia ser patenteado, tão único se revela.

Ao professor doutor Sidney Soares Filho, que, em um casual almoço, poucos dias antes de finalizar meu trabalho monográfico de conclusão da Graduação, me incentivou de tal maneira a não deixar o mestrado como segundo plano em minha carreira jurídica, que decidi seguir seus conselhos de imediato.

Ao professor doutor Felipe Braga Albuquerque, o qual desde a seleção escolhi para ser meu orientador, haja vista seu notório saber jurídico no conteúdo específico de minha pesquisa. Felizmente, aceitou com bastante cordialidade orientar-me, proferindo considerações essenciais e revelando-se sempre disponível para esclarecer minhas dúvidas.

Aos respeitosos doutores Juraci Mourão Lopes Filho e Raquel Ramos Machado, que gentilmente concordaram em compor a banca examinadora.

Aos colegas da turma de 2014, que sempre demonstraram apoio recíproco e fraternidade. Em especial ao Yrallyps Mota, por sempre me auxiliar a otimizar meus estudos e pesquisa, desde os momentos cruciantes de estudos para a seleção até a conclusão do mestrado. Cabe destacar que, ao me convidar para assistir às palestras do dia 16 de janeiro de

2015 na sede da Justiça Federal em Fortaleza, que almejavam analisar as demandas que envolviam internações de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), revelou-se peça-chave para a delimitação do tema da presente dissertação.

Às solidárias Marilene e Heloísa, que mais do que funcionárias da coordenação da Pós-graduação *Stricto Sensu*, revelaram-se verdadeiras amigas, demonstrando apoio e preocupação com as questões administrativas acadêmicas.

Por fim, à Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap), pelo incentivo financeiro, que se mostrou essencial no fomento à pesquisa realizada.

“Chega! Vida de gado, resignado. Chega! Vida de escravo de condenado. A corda no pescoço do patrão e do empregado. Quem trabalha honestamente tá sempre sendo roubado. Chega! Água que falta, mágoa que sobra. Chega! Bando de rato, ninho de cobra. Chega! Obras de milhões de reais e milhões de pacientes sem lugar nos hospitais.”.

Gabriel, o Pensador (2015)

RESUMO

Por meio da presente pesquisa, buscou-se analisar, de maneira crítica, os reflexos da judicialização da saúde no acesso igualitário a políticas públicas, verticalizando-se o estudo na análise da questão dos leitos de UTI no estado do Ceará. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, exploratória e indutiva dos seus resultados, objetivando aprimorar as ideias por meio do colhimento de informações acerca do tema em foco. Inicialmente, avaliaram-se os pressupostos e as características do direito à saúde, enquanto direito fundamental, bem como o dever do Estado como garantidor das prestações à saúde, no contexto dos princípios constitucionais que regem esse compromisso estatal. Para uma melhor definição do conteúdo do direito em comento, discutiram-se os elementos que o preenchem e o limitam, como os determinantes sociais, sua natureza jurídica, e a escassez de recursos financeiros. Ademais, analisaram-se a definição e os procedimentos inerentes à consecução das políticas públicas, ventilando-se, no estudo, os aspectos relativos às diretrizes de planejamento das políticas públicas da saúde. A partir disso, avaliaram-se as posturas do Judiciário na decisão referente a políticas públicas. Enfim, discutiram-se as consequências das concessões de liminares nos pedidos de leitos de UTI no estado do Ceará diante de uma fila de espera existente. Em face de uma judicialização excessiva combinada com o predomínio de uma litigância individual que fomenta a microjustiça, analisaram-se os benefícios que as demandas coletivas podem produzir para a solução desse problema que há tantos anos assola a população cearense. Conclui-se que a ação coletiva se revela um autêntico mecanismo dialógico, em que o juiz surge mais como um árbitro, como um indutor, a conduzir o processo para uma solução negociada. Acredita-se que o Judiciário pode contribuir quando amplia os canais para discussão da melhor maneira de se alocar recursos escassos, planejar a gestão de serviços e de tratamentos, inclusive a de leitos de terapia intensiva, e aumentar a troca de informações entre os órgãos entre si e entre esses e os pacientes.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas. Judicialização da saúde. Leitos de UTI. Demandas individuais e coletivas.

ABSTRACT

Through this research, it was done a critical analysis of judicialization health reflections on equal access to public policies, focusing the analysis of the issue of ICU beds in the state of Ceará. Adopted a bibliographical, exploratory and inductive of their results research, aimed at improving the thoughts by collecting information on the subject in focus. First evaluated the assumptions and characteristics of the right to health as a fundamental right and the duty of the State as guarantor of benefits to health in the context of the constitutional principles that govern this state commitment. In order to define better its contents, were discussed the elements that fill and limited it, as social determinants, legal nature, and the scarcity of financial resources. Moreover, analyzed the definition and procedures inherent to the achievement of public policy, discussing the aspects related to the planning guidelines of public health policies. After, Judiciary positions in the decision relating to public policy were evaluated. Anyway, were discussed the consequences of injunctions concessions requests to ICU beds in the state of Ceará in front of an existing queue. In front of an excessive judicialization combined with the predominance of a single litigation that encourages micro-justice, were analyzed the benefits that collective demands can produce to solve this problem that affects many years the Ceará population. In this way, it is concluded that the collective action reveals itself an authentic dialogic mechanism, in which the judge comes more as an arbitrator, as an inductor, to drive the process towards a negotiated settlement. It is believed that the Judiciary can contribute when expands the channels to discuss the best way to allocate scarce resources, plan management services and treatments, including intensive care beds, and increase the exchange of information between the organs themselves and between them and the patients.

Keywords: Right to health. Public policy. Judicialization of health. ICU beds. Individual and collective demands.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	17
2.1	A saúde como direito fundamental para a dignidade humana.....	17
2.2	Características da fundamentalidade do direito social à saúde.....	22
2.2.1	<i>A saúde como direito positivo: distinções (ir)relevantes para o Estado.....</i>	22
2.2.2	<i>Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais.....</i>	26
2.3	O dever do Estado diante dos princípios constitucionais que regem o direito fundamental à saúde.....	33
2.3.1	<i>Princípios organizativos.....</i>	37
2.3.2	<i>Princípios doutrinários.....</i>	39
3	O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE: ELEMENTOS QUE PREENCHEM E LIMITAM.....	47
3.1	A intercessão entre o conteúdo do direito à saúde e os determinantes sociais.....	48
3.2	Da natureza jurídica de princípio às condições de exigência.....	52
3.3	As peculiaridades do conteúdo de um direito fundamental social e as consequências para sua eficácia, efetividade e aplicabilidade.....	56
3.3.1	<i>Os reflexos da escassez na garantia do direito à saúde.....</i>	60
3.4	O postulado da proporcionalidade como proibição da insuficiência para a preservação do direito à saúde.....	68
4	A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SAÚDE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA POSTURA DO JUDICIÁRIO E SEUS REFLEXOS NA ESFERA POLÍTICA.....	73
4.1	Definição de políticas públicas na função estatal: existem conteúdos e procedimentos exclusivos para sua caracterização?.....	73
4.2	Políticas públicas em saúde: diretrizes e planejamento.....	79
4.3	A intervenção judicial nas políticas públicas da saúde: parâmetros legitimadores.....	84
4.3.1	<i>Argumentos contrários e favoráveis ao controle jurisdicional de políticas</i>	

	<i>públicas</i>	85
4.3.2	<i>Análise crítica do paradigma do ativismo judicial</i>	91
4.3.3	<i>Análise crítica do paradigma da autocontenção judicial</i>	94
5	OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ACESSO IGUALITÁRIO A POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS LEITOS DE UTI NO ESTADO DO CEARÁ	101
5.1	A judicialização faz bem à saúde? A posição dos Tribunais	102
5.2	O princípio da igualdade <i>versus</i> o furo judicial de fila: acesso igualitário para quem?	111
5.2.1	<i>O princípio da igualdade</i>	112
5.2.2	<i>As consequências de concessões judiciais de leitos de UTI em demandas individuais: problema do “fura fila” no estado do Ceará</i>	115
5.3	A priorização das demandas coletivas como contribuição para o acesso igualitário a internações em UTI no estado do Ceará	123
5.3.1	<i>Ação Civil Pública no combate à inércia estatal cearense na construção e disponibilização de leitos de UTI</i>	128
6	CONCLUSÃO	137
	REFERÊNCIAS	144

1 INTRODUÇÃO

Um grande marco na consagração internacional de direitos humanos, de caráter social, ocorreu com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU, 1966) que, em seu artigo 12, § 1º, prevê o dever do Estado de implementar progressivamente o mais elevado nível de saúde física e mental. O instrumento preceitua normas que propõem assegurar a dignidade da pessoa humana, que devem ser concretizadas de forma progressiva, em função de seu caráter eminentemente prestacional.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal vigente reconhece o direito à saúde como direito social (art. 6º, CF/88), reservando uma seção especial para tratar do referido direito fundamental prevista entre os artigos 196 a 200. Em seu primeiro dispositivo, traduz a saúde como direito de todos e dever do Estado, mas sua garantia ocorre por meio do acesso universal e igualitário a políticas sociais e econômicas que visem à sua proteção, promoção e recuperação.

A ampliação da legislação; a gradual complexidade da sociedade frente à evolução histórica, social e política; a extensão da titularidade dos direitos e dos efeitos das decisões (tendo em vista o surgimento de direitos de natureza coletiva); a estrutura principiológica e aberta das constituições; a universalização da jurisdição; bem como o controle de constitucionalidade e seus efeitos, fomentaram uma atitude dos magistrados bem mais ativa do que se exigia durante os séculos XVIII e XIX (COSTA, 2013).

Não apenas leis ou atos normativos inconstitucionais ou arbitrários demandam controle judicial, mas também a inércia estatal, configurando lesão ou ameaça a direito, provocando e exigindo uma reação do Judiciário. Some-se isso à crise de representatividade das instâncias políticas em meio a diversos escândalos de corrupção, fraudes e desvios de dinheiro público, o que estimula a sociedade a recorrer ao poder contramajoritário, com o fim de garantir seus direitos. Argumentos como reserva do possível e prejuízo ao erário público acabam não mais produzindo efeito para quem sustenta verdadeiramente o Estado.

Ocorre que a nova dimensão reconhecida à atividade interpretativa da jurisdição constitucional, a qual promoveu um rebalanceamento no sistema de freios e contrapesos das funções estatais, tornou-se alvo de diversas críticas, em especial quando se trata de controle judicial das políticas públicas. Registre-se a definição de Jorge Neto (2009), para política

pública, como toda e qualquer atuação do Estado, por meio da Administração Pública, que almeje efetivar direitos fundamentais sociais.

De início, logo após a promulgação da Constituição de 88, a postura do Judiciário no que tange à saúde mostrava-se neutra, quando invocava barreiras como a reserva do possível ou natureza programática dos direitos sociais ou a separação de poderes para negar a possibilidade de reconhecer direitos subjetivos com base no direito à saúde. Aos poucos, juízes e tribunais alteraram sua autocompreensão sobre seu papel institucional, observando-se como eminentes responsáveis pela eficácia das normas constitucionais que garantem a saúde¹. Hodiernamente, pode-se dizer que a questão atingiu um ponto de saturação. O fenômeno da judicialização da saúde alcançou um nível patológico. Afinal, quando os hospitais criam setores específicos para auxiliarem os pacientes a ingressarem com ações judiciais, é um claro sinal de anormalidade (MARMELSTEIN, 2016).

É certo que os indivíduos destituídos de recursos, que necessitam de tratamentos e medicamentos que não lhes são concedidos pelo Poder Público, podem recorrer ao Judiciário, sob o fulcro dos artigos 5º, XXXV, 6º, 196 e 197 da CF/88. O Poder contramajoritário, contudo, deve ser cauteloso ao deferir tais demandas, baseando-se em determinados parâmetros, bem como na noção das consequências de suas decisões.

O paradigma da decisão emanada da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45-9, de 4 de abril de 2004, resume certos requisitos necessários que devem ser observados por juízes e por tribunais no momento de decisões interventivas nas atividades da Administração Pública: o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (BRASIL, 2004).

Em 2009, ao despertar para a dimensão alcançada pelos efeitos das decisões judiciais que envolviam acesso a insumos ou serviços de saúde, foi convocada, pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, à época, Ministro Gilmar Mendes, Audiência Pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade em relação às carências do Sistema Único de Saúde (SUS). Dentre os motivos que instigaram esse evento, destacam-se os diversos pedidos de suspensão de segurança em trâmite na presidência da Corte, com vistas a suspender a eficácia de medidas judiciais emanadas de instâncias ordinárias que

¹ As primeiras decisões do STF sobre o assunto são do final dos anos 1990 e envolviam o fornecimento do coquetel de medicamentos para os portadores de HIV (MARMELSTEIN, 2016).

determinavam o custeio estatal da mais variada gama de medicamentos e tratamentos. Tais pedidos eram fundamentados tanto na grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas quanto no interesse público relevante dessas questões (BRASIL, 2009a).

Sob o cenário de um país em crise econômica, que repercutiu diretamente no orçamento financiador das políticas de saúde, não são raras as filas de espera para conseguir consultas, cirurgias e, sobretudo, leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTIs). Nesse contexto, os serviços de Terapia Intensiva e Emergência, por atenderem pacientes mais graves e complexos, costumam ser os mais atingidos, haja vista o risco de morte por deficiências no atendimento ser bastante elevado.

As demandas judiciais, em âmbito individual, pleiteando leitos de UTI, com o fim de não deparar com uma fila de espera, revelam-se recorrentes. Diante dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior, como dignidade da pessoa humana e direito universal e igualitário da saúde como dever do Estado, diante também de uma circunstância aparentemente emergencial de risco de vida somada à comprovação de um laudo médico, as concessões de liminares são recorrentes.

Cientes de que o descumprimento de uma ordem judicial acarreta prisão civil, profissionais da saúde não titubeiam em cumpri-las. Com efeito, o problema agrava-se pelo fato de que referidas demandas passam na frente de qualquer fila de espera de pessoas que não recorreram juridicamente, o que viola exatamente os mesmos direitos que o Judiciário buscou proteger para os demandantes em face de quem não os pleiteou.

Em 2014, a Defensoria Pública da União do Estado do Ceará impetrou uma ação civil pública determinando a construção de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), tendo em vista a omissão do Estado na devida implementação da política pública diante da crescente demanda, de uma persistente fila de espera (cerca de 150 pessoas), de péssimas condições de tratamento, de uma baixíssima ampliação desses leitos, da mora em aberturas de concurso público para profissionais da área, além da posição ocupada pelo estado do Ceará, inferior ao padrão estabelecido pelo Ministério da Saúde, no que tange ao número de leitos hospitalares de uma determinada região, dentre outros problemas. Os dados oferecidos pela Secretaria do Município de Fortaleza e pela Secretaria do Estado do Ceará revelaram-se divergentes, o que demonstrou sua desorganização administrativa, além da orçamentária.

Visto que a ação individual não transcende a pessoa do demandante, nem seu objeto contempla a finalidade de resolução do problema de maneira global, acaba não enfrentando o problema universalmente, apenas fornecendo resultados pontuais. Por outro lado, o manejo de ações coletivas para agilizar o fornecimento de procedimentos médicos

estruturados a partir de listas de espera permite a instrumentalização de um diálogo institucional, além de suas próprias características procedimentais estenderem isonomicamente os efeitos de suas decisões, evitando uma deturpação do sentido de igualdade e universalidade no acesso à saúde pública.

O estudo do tema aqui apresentado é relevante, tendo em vista tratar-se de problemática atual que envolve e exige o trabalho cooperativo, e não exclusivo, de órgãos que desempenham funções estatais nos três âmbitos: Legislativo, Executivo e Judiciário. A garantia e a eficácia da saúde pública como dever estatal necessita de um estudo e de uma análise mais detalhada para que se detectem os erros, as possibilidades de reparação e uma futura evolução.

Entende-se que o Estado Democrático de Direito oportuniza uma nova inserção do Judiciário na esfera das relações dos poderes estatais. A sua posição de garantidor das minorias representativas é legítima, contudo é imprescindível, para o equilíbrio político da sociedade, o estabelecimento de limites mais claros e objetivos para sua intervenção na seara política.

Assim, é importante o estudo desses limites, tanto traçados pela doutrina como fomentados pela prática jurisprudencial. Além disso, o crescente aumento de processos judiciais que pleiteiam prestações de saúde, e o conseqüente aumento das despesas públicas para o cumprimento dessas decisões, polemizam a atuação do Judiciário nesse âmbito.

O fenômeno da “judicialização da saúde” revela-se recorrente, necessitando que sobre ele se lance um olhar mais técnico e crítico, afastado da superficialidade de discussões abstratas acerca da separação dos poderes e da reserva do possível. Embora essas teses não devam ser desprezadas, busca-se trabalhar com um tema específico, a partir de dados concretos de problemas reais de pessoas que necessitam de um Estado competente na obediência à Lei Maior. A interpretação de uma constituição dirigente não deve transformar-se em processo constitucional ideal e não concretista.

O direito fundamental à saúde é um direito subjetivo público, de acesso universal e igualitário, que tem como fundamento formal o artigo 196 da Constituição Federal vigente, e como suporte material o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de todos os direitos fundamentais. Sua violação importa em agressão ao valor da pessoa humana. Por conta disso, o problema das excessivas demandas que envolvem os leitos de UTI, que exige uma decisão do Judiciário para resolvê-lo, é alarmante.

De acordo com a Resolução do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará (Cremec) nº 12, de 4 de agosto de 1997, a UTI constitui a dependência hospitalar

destinada ao atendimento de pacientes graves ou de risco, potencialmente recuperáveis, em sistemas de vigilância contínua, pessoal e/ou tecnológica. Nesse contexto, há regras e classificações de prioridades para pacientes de UTI, que a maior parte dos membros do Judiciário desconhece.

A judicialização da saúde revela-se um círculo vicioso, porquanto, ao invés de buscar diminuir a frequência das demandas, acaba por fomentar sua prática. Do escopo de oferecer fundamentos para pôr um fim nesse círculo emerge a relevância da presente pesquisa. O colhimento de dados da doutrina, da legislação, da Administração Pública e da jurisprudência, de maneira mais detalhada, possibilitará uma melhor visão da problemática apresentada, permitindo traçar hipóteses para sua real amenização.

Revela-se notório que as demandas concernentes a leitos de UTI ganham destaque, persistindo com veemência em chegar à mesa do Poder contramajoritário. Nesse sentido, a escolha pelo estado do Ceará revela-se adequada como campo de pesquisa pela possibilidade que oferece de um contato mais próximo com o problema e com os órgãos responsáveis envolvidos, como Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Secretaria de Saúde do Estado do Ceará e Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza.

Não obstante, a referida problemática não constitui novidade, embora hodierna, já que desde 2003 tem sido matéria de noticiários. No referido ano, o Ministério Público utilizou-se de igual instrumento processual quando uma crise gerada pela falta de leitos de UTI ocasionara a morte de 16 pessoas em menos de duas semanas. O problema, contudo, permanece.

A partir do cenário dessas notas introdutórias, buscou-se desenvolver pesquisa acerca dos reflexos da judicialização da saúde no acesso igualitário a políticas públicas, verticalizando-se o estudo na análise da questão dos leitos de UTI no estado do Ceará, tema tão polêmico e falado, mas pouco aprofundado em suas causas e consequências.

Sob a Ordem Jurídica Constitucional, desenvolveu-se uma pesquisa inserida na linha de Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais. Ademais, a metodologia utilizada caracterizou-se como um estudo descritivo-analítico, tendo por alicerce pesquisa bibliográfica e documental fundamentadas na literatura jurídica, como doutrinas, revistas, publicações, trabalhos monográficos, artigos científicos, publicações especializadas, e em dados oficiais publicados na Internet que exploraram o tema em análise.

A pesquisa documental também abrangeu a busca, em arquivos públicos, de documentos de fonte primária, no caso, leis e jurisprudências. Cumpre lembrar que as pesquisas elaboradas a partir de documentos são importantes, não porque respondem

definitivamente a um problema, mas porque possibilitam sua melhor visualização (RAMPAZZO, 2004).

Quanto à forma de estudo, a pesquisa se desenvolveu de maneira descritiva, na medida em que procurou pormenorizar, explicar, narrar, classificar, esclarecer, interpretar, bem como descobrir a frequência com que o fenômeno exposto ocorre, sem manipulá-lo, não havendo, portanto, a interferência do pesquisador.

Do ponto de vista da forma de abordagem do problema, optou-se pela investigação de natureza qualitativa, pois não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. Buscou-se a interpretação dos fenômenos e a análise indutiva de seus significados. Por fim, realizou-se uma pesquisa exploratória, objetivando o aprimoramento das ideias por meio do colhimento de informações acerca do tema em foco.

O segundo capítulo desta dissertação, que se segue a esta introdução, analisa os pressupostos e características do direito à saúde, enquanto direito fundamental, vislumbrando compreender o dever do Estado como garantidor das prestações à saúde, no contexto dos princípios constitucionais que regem o seu compromisso com esse direito.

O terceiro capítulo apresenta os elementos que preenchem e limitam o conteúdo do direito à saúde, a exemplo dos determinantes sociais, sua natureza jurídica e a escassez de recursos financeiros, almejando a sua compreensão.

Já o quarto capítulo analisa a definição e os procedimentos inerentes à consecução das políticas públicas, ventilando, no estudo, os aspectos relativos às diretrizes de planejamento das políticas públicas da saúde. A partir disso, avaliam-se de maneira crítica as posturas do Judiciário na decisão referente a políticas públicas.

Por fim, o capítulo quinto analisa a postura adotada pelo Judiciário nas demandas de leitos de UTI e suas consequências para o estado do Ceará diante de uma fila de espera existente buscando identificar, em face de uma judicialização excessiva combinada com o predomínio de uma litigância individual que fomenta a microjustiça, os benefícios que as demandas coletivas podem produzir para a solução desse problema que há tantos anos assola a população cearense.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde enquadra-se como direito fundamental de caráter social previsto expressamente pela Constituição Federal vigente, a primeira, dentre as demais brasileiras, a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos. Acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos na medida em que consagra o valor da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, além de parâmetro a orientar a interpretação do sistema constitucional. A saúde ganhou reconhecimento como conteúdo consubstanciador da dignidade humana, ao passo que dessa decorre seu fundamento e garantia como um limite a eventuais restrições.

A exigência de prestações estatais para sua garantia e manutenção não configura característica a diferenciá-la dos demais direitos fundamentais, na medida em que políticas públicas são imprescindíveis para todos, sem distinção. Para compreensão das diretrizes constitucionais em relação ao direito à saúde, torna-se relevante a análise de suas dimensões subjetivas e objetivas frente ao Estado, questionando-se até que ponto é possível a exigência da tutela estatal e em que circunstâncias.

Os fundamentos normativos que prescrevem o dever estatal de garantir o direito à saúde obedecem a princípios constitucionais estruturantes de todo o Sistema Único de Saúde (SUS), política pública inicial e elementar. Por conta disso, é preciso compreender esses princípios constitucionais, que embasam referido direito e todas as respectivas atividades estatais, como a igualdade, a universalidade e a integralidade dos serviços à saúde.

2.1 A saúde como direito fundamental para a dignidade humana

A saúde, a princípio, revela-se um direito humano previsto no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos firmada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Referido documento, fruto das ideias difundidas pelo Estado social, veio como resposta para os males causados pela guerra, bem como para os horrores cometidos pelo regime nazifascista. No que se refere à proteção dos direitos sociais, invocou duas progressões:

[...] (a) parifica em grau de relevância a categoria dos direitos civis e políticos e a categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais; (b) afirma a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de tais categorias, sustentando uma visão integral de direitos humanos (PIOVESAN; SUDBRACK, 2011, p. 344).

Luño (2007) explica que os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, a Declaração de 1948 é clara ao proclamar o direito a todo ser humano à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade, conforme artigo 22².

Por outro lado, os direitos humanos ganham roupagem de direitos fundamentais exatamente quando passam a ser garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, em regra, pela Lei Maior. Com efeito,

Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados especial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho. (LUÑO, 2007, p. 47).

Em busca de uma conceituação adequada e satisfatória dos direitos fundamentais, Sarlet (2011) chegou à conclusão de que isso somente seria possível diante de uma ordem constitucional concreta, tendo em vista a exigência tanto de uma determinação hermenêutica quanto de uma construção dogmática vinculada ao contexto constitucional vigente. Ora, a seleção do que seria fundamental para determinado Estado pode não ser a mesma para outro. Na perspectiva de Alexy (2008), os direitos fundamentais são aqueles direitos, do ponto de vista do Direito Constitucional, de posição tão relevante, que o seu reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário.

Segundo Comparato (2008), a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, justamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.

No Brasil, contudo, a saúde somente obteve seu reconhecimento como direito humano e, por isso, universal, a partir da Constituinte de 1988. Antes, as políticas de saúde eram centralizadas e garantidas apenas aos trabalhadores que contribuía para a Previdência

² “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

Social. A garantia de eficácia desse direito resumia-se apenas à ausência de doenças por meio de mera assistência médico-hospitalar. Nesse contexto pretérito, a preocupação do Estado brasileiro limitava-se à saúde do trabalhador, e não do indivíduo propriamente dito, demonstrando um interesse voltado à ordem econômica em detrimento da condição do ser humano.

Assim, a Constituição vigente, na prática, ofereceu uma maior dimensão valorativa ao direito à saúde quando o caracterizou como direito fundamental, tornando-o, assim, cláusula pétrea e baliza obrigatória para a conduta de todas as três funções estatais, as quais devem atuar de maneira a imprimir-lhe maior eficácia e efetividade possível. Faria (1984, p. 21) explica que o valor não deve ser entendido como algo abstrato ou lógico, mas como algo necessariamente vinculado à realidade concreta da experiência humana. Nas palavras do autor:

Vale dizer, pois, que não existe nem o fato puro nem o valor puro, mas que ambos, na realidade, se implicam e se complementam num processo dialético de polaridade. Em outras palavras, os valores não possuem uma experiência ontológica, mas existem nas coisas valiosas, revelando-se na experiência humana, através da História.

Assim, o grau de valor atribuído a um bem protegido juridicamente possui vinculação direta com as circunstâncias de equilíbrio e de conflito emanadas do seio social. Tendo a saúde uma estreita ligação com o direito à vida, sua exigência pela sociedade em face do Estado foi crescente, deixando de ser observada apenas como valor humano, mas também como um direito fundamental.

Enquanto conquista social, a saúde revela-se reconhecida internacionalmente como um direito humano fundamental indispensável para o exercício dos outros direitos humanos. Não poderia ser diferente, já que qualquer outro valor inerente à condição humana pressupõe que os indivíduos estejam aptos para gozar o próprio bem-estar corporal e mental. Quando não há saúde, os demais direitos se tornam inexecutáveis. A enfermidade tem o condão de prejudicar as possibilidades de liberdade e de igualdade do indivíduo, podendo ainda pôr em discussão a própria dignidade. Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, princípio responsável pela unidade axiológica de toda a Constituição. Com efeito, Sarlet (2010, p. 63) propõe o seguinte conceito:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma **vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (Grifo nosso).

Ainda que com intensidade variável, todos os direitos fundamentais revelam-se verdadeiras explicitações da dignidade, a qual os exige e os pressupõe para que haja o seu legítimo reconhecimento. Assim, pode-se afirmar que há uma relação de interdependência entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Enquanto a dignidade humana confere fundamento, unidade de sentido e legitimidade aos direitos fundamentais, estes consubstanciam parcialmente àquela, tendo que haver sua eficácia e efetividade para que a dignidade esteja assegurada (SARLET, 2010).

Frise-se que a Declaração Universal de 1948 representou a culminância de um processo ético que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade, ou seja, como fonte de todos os valores, independentemente das condições físicas e sociais, ou de qualquer outra, como preleciona o artigo 2º. Nesse diapasão, revela-se evidente a concepção ontológica kantiana como fundamento filosófico desses direitos, inclusive do conteúdo da dignidade humana.

O homem, tendo em vista ter racionalidade, diferenciando-se dos demais animais e coisas, deve ser denominado de pessoa e ser considerado como fim em si mesmo. Em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele próprio como nas que se dirigem a outros seres racionais, tem que ser considerado simultaneamente como um fim (KANT, 1960). Nesse sentido, o filósofo infere:

No reino dos fins, tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (p. 77, grifo original).

Por conta disso, o conteúdo da dignidade da pessoa humana constitui núcleo essencial dos direitos fundamentais, permanecendo imune a restrições. Uma eventual violação do núcleo essencial, em qualquer circunstância, será desproporcional, o que configura a dignidade humana como “limite dos limites” dos direitos fundamentais. Constitui um dos critérios materiais para aferição da incidência de uma proibição de retrocesso, em especial, nos direitos de caráter social de cunho prestacional, como o direito à saúde (SARLET, 2010).

Para tanto, cabe ao Estado garantir aos indivíduos o acesso aos bens e serviços indispensáveis à existência digna. O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas também constitui diretriz para suas atividades. Nas palavras de Sarmiento (2003, p. 71), “O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma de suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.”.

Partindo-se do pressuposto de que a noção de dignidade repousa na autonomia pessoal, isto é, na liberdade do ser humano de formatar sua própria existência, de modo que se torne sujeito de direitos, o pensamento de Amartya Sen (2010, p. 29) se faz relevante:

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.

O economista indiano explica a estreita relação entre liberdade e desenvolvimento, em que a primeira é o que o segundo pode promover: “O desenvolvimento consiste na remoção dos vários tipos de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.” (SEN, 2010, p. 10). Dessa maneira, a saúde revela-se requisito fundamental para a fruição de uma vida com liberdade e com dignidade, visto que uma enfermidade constitui verdadeira privação para a autonomia humana.

É nesse contexto que o papel do Estado na garantia e promoção dos direitos sociais se mostra relevante, na medida em que esses são os pressupostos para o gozo dos demais direitos individuais. A busca por meio do Estado à efetividade dos direitos fundamentais tornou-se pré-condição para que haja uma real liberdade. Nas palavras de Hesse (2009, p. 42), “O Estado já não aparece só como o inimigo potencial da liberdade, mas tem de ser também seu defensor e protetor”.

Assim, para uma solução à problemática da garantia jurídico-fundamental das condições de uma vida em liberdade, a dignidade humana exige uma expansão das liberdades fundamentais, até converterem-se em direitos de prestação, os quais fundamentam a pretensão de que se procurem e mantenham aquelas condições. Os direitos sociais, portanto, devem ser entendidos como garantia das bases em que se assenta uma existência individual digna.

2.2 Características da fundamentalidade do direito social à saúde

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida com dignidade e em liberdade. Para tanto, o sujeito responsável pela implementação dessas condições é o Estado, portanto não há direitos “negativos”, todos necessitam de prestações estatais, em maior ou menor grau. A saúde não difere dos direitos e liberdades civis nesse requisito.

De outro giro, a liberdade da vida em sociedade deve ser garantida em igual medida que a liberdade individual, haja vista ambas se encontrarem inseparavelmente relacionadas (HESSE, 2009). O gozo da plena liberdade pelo indivíduo, objetivo primordial da própria necessidade da existência do Direito e de um Estado soberano, somente é possível em uma comunidade livre.

Sob essa perspectiva, a estrutura e a função dos direitos fundamentais garantem não apenas os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos que norteiam o ordenamento constitucional democrático. Na esfera da saúde, a análise do alcance da dimensão subjetiva e objetiva enquanto direito fundamental social revela-se importante, na medida em que refletem diferentes significados que se condicionam e se complementam. O direito à saúde é complexo, havendo a necessidade de integração e organização de suas dimensões para uma adequada atuação estatal em suas três funções.

2.2.1 A saúde como direito positivo: distinções (ir)relevantes para o Estado

A Constituição Federal vigente enquadrou a saúde como direito social (art. 6º). Em que pese algumas discussões doutrinárias acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, corrobora-se o entendimento de que esses são autênticos direitos fundamentais. Marmelstein (2005, p. 58-59) enumera alguns argumentos favoráveis a esse posicionamento:

[...] (a) primeiro, um argumento formal: os direitos sociais estão topograficamente localizados no Título II da Constituição, que trata precisamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”; (b) segundo, um argumento finalístico: os direitos sociais são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana; (c) terceiro, outro argumento formal: os direitos sociais, além de estarem expressos ao longo do texto constitucional, também estão previstos em inúmeros tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a proteger, de modo que, mesmo que não estivessem expressos no texto constitucional, seriam direitos fundamentais por força do artigo 5º, §2º, da CF/88, que estabelece que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil; (d) quarto, um argumento material: [...] os direitos sociais são uma materialização dos direitos de igualdade e de solidariedade, [...] indiscutivelmente direitos fundamentais.

O reconhecimento desses direitos ocorreu no século XIX, em decorrência do impacto da industrialização acompanhada da crescente desigualdade social e das péssimas condições de trabalho e subsistência. Por conta disso, emanaram amplos movimentos reivindicatórios, que deram ensejo ao reconhecimento progressivo de direitos, exigindo do Estado uma conduta ativa na realização da justiça social (SARLET, 2011).

Em outras palavras, os direitos sociais surgiram durante o trânsito do Estado Liberal ao Estado Social, que assumiu a responsabilidade de proporcionar aos cidadãos as prestações e serviços públicos adequados para subsidiar suas necessidades vitais. O Estado passa a atuar de maneira preponderantemente positiva, assegurando a subsistência de seus integrantes por meio de subsídios, do implemento de uma política generalizada de um sistema de seguros, de serviços de saúde e de assistência social. A politização da desigualdade social desencadeou a intervenção direta do Estado na relação de trabalho e de consumo. Dessa maneira, não mais se busca evitar a intervenção do Estado na liberdade individual. Ao contrário, almeja-se o gozo da liberdade por intermédio daquele.

Dimoulis e Martins (2010) explicam a terminologia social como decorrente do objetivo prioritário da norma de aumentar a qualidade de vida das diversas categorias da população em face da desigualdade social, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Na mesma esteira de raciocínio, Sarlet (2011) considera os direitos sociais como uma densificação do princípio da justiça social, emergindo de maneira vinculada ao princípio da igualdade em seu sentido material. Desse modo, a finalidade de implementar o bem-estar a toda a sociedade não dá ensejo a uma exclusiva titularidade coletiva a esses direitos, podendo ser perfeitamente individualizáveis.

Tendo em vista a indivisibilidade e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, não se pretende enquadrar os direitos sociais como pertencentes à segunda geração³, nem à segunda dimensão⁴, nem mesmo a um *status positivus* conforme a teoria formal de Jellinek⁵.

A indivisibilidade decorre de uma afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, conforme já reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) em seu

³ De acordo com a teoria das gerações, elaborada por Karel Vasak, a segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade material. Referida teoria é bastante criticada por remeter a uma falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. Na verdade, o que ocorre é a cumulação, fortalecimento e expansão de direitos (SARLET, 2011).

⁴ Terminologia utilizada por boa parte da doutrina, como Sarlet (2011) e Bonavides (2010), para corrigir a imprecisão angariada pela teoria das gerações.

⁵ O *status positivus* assegura juridicamente ao indivíduo a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. É criticado tendo em vista seu caráter extremamente formal.

artigo 5^o⁶. Ao longo dos anos, o reconhecimento de novos direitos fundamentais evidencia a sua vinculação com as novas necessidades sociais emergentes, o que justifica essa interdependência. Nesses termos, o direito à saúde (2^a dimensão) e o direito à vida (1^a dimensão), por exemplo, são interdependentes, pois haverá prejuízo a este direito, caso aquele não seja devidamente protegido. Do mesmo modo, para que a saúde seja garantida é importante a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (3^a dimensão), o que também demonstra a complementação de conteúdo.

No que tange ao caráter multifuncional⁷ dos direitos fundamentais, todos eles podem ser analisados sob diversas perspectivas. Dependendo da ótica sob a qual o direito é analisado, pode revelar diferentes funções, como defensiva ou prestacional; subjetiva ou objetiva; material ou procedimental⁸. Essa constatação é comumente reconduzida à doutrina dos quatro *status* (ativo, passivo, negativo e positivo) de Jellinek. Entenda-se *status* como espécie de circunstância em que se encontra o indivíduo perante o Estado, seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. Em que pesem as diversas críticas tecidas a essa teoria no que tange ao formalismo e à abstração, ainda é bastante útil para análise funcional e classificatória dos direitos fundamentais.

Cabe destacar que a dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos também não deve prosperar, já que garantir a função limitadora do Estado, o dever de respeito oriundo de terceiros e exigir a prestação de políticas públicas mostra-se inerente a todos os direitos fundamentais.

Embora os direitos sociais tenham por precípua finalidade a proteção do indivíduo como membro da sociedade, prevalecendo o ideal de igualdade material, uma análise mais abrangente revela que desses direitos podem derivar todas as espécies de posições jurídicas.

O direito à saúde, por exemplo, estabelece tanto um direito negativo quanto positivo. O portador tem, em face do Estado, o direito a que esse não realize condutas que prejudiquem sua saúde, bem como o direito a que promova políticas públicas de cunho

6 “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar todos os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”.

7 Registre-se que a característica da multifuncionalidade muito se aproxima do conceito de “direito fundamental completo” apresentado por Alexy (2008) como sendo um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio de especificação, de relação meio-fim ou de sopesamento.

8 Bleckmann (apud SARLET, 2011) relaciona uma soma de doze funções típicas exercidas pelos direitos fundamentais: direito de defesa; direito de participação ou quota-parte; garantias institucionais; garantias procedimentais; direitos como ordem de valores; direitos como normas objetivas; direitos como normas impositivas e autorizações para ação; direitos como normas de conduta social; direitos como fundamento de deveres de proteção do Estado; direitos negativos ou deveres fundamentais; função legitimadora dos direitos fundamentais; função pacificadora e de parâmetro de justiça.

organizatório, procedimental e material para a garantia e promoção desse direito. No mesmo sentido, discorrem Sarlet e Figueiredo (2008, p. 136):

Outrossim, deve-se assinalar que o direito fundamental à saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental (v.g., organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc; bem como a regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde). Por sua vez, como direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde fundamenta as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc.).

Conforme Gustavo Amaral, a identificação dos direitos sociais como positivos é artificial, na medida em que há direitos sociais que são eminentemente negativos, como o direito de sindicalização e o direito de greve, que, na visão do autor, não demandam qualquer conduta estatal intrinsecamente relacionada⁹. Em suas palavras:

Feita a ressalva, cumpre ver que há “direitos” cuja eficácia não depende *necessariamente* de uma ação estatal. A liberdade de expressão e de credo são bons exemplos disso. De outro lado, há “direitos” cuja eficácia depende *intrinsecamente* de uma conduta estatal positiva, como os direitos ligados à assistência social. Para facilitar, chamaremos nos próximos parágrafos de “direitos parcialmente independentes” aqueles que não dependem necessariamente da ação estatal e de “direitos dependentes” aqueles cuja dependência é intrínseca. (AMARAL, 2001, p. 81, grifo original).

Galdino (2005, p. 222-223), contudo, critica a posição do jurista e doutrinador carioca, sob o fulcro de que a expressão “direitos parcialmente independentes” encontra-se em clara contradição com a tese de que “a eficácia dos direitos não depende necessariamente de uma ação estatal”. Ora, ou os direitos dependem ou não dependem. O caráter parcial abriu espaço para que haja uma dose de positividade.

Some-se isso ao fato de que todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o financiamento, pelo contribuinte, de uma estrutura de fiscalização para implementá-los (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). Mesmo os direitos que aparentemente emanam posições

⁹No mesmo sentido, Sarlet (2011) denomina tais tipos de direitos sociais de cunho negativo como “liberdades sociais”, especialmente no que tange aos direitos trabalhistas, como o direito de sindicalização, de greve, de férias, de repouso semanal, bem como à garantia de um salário mínimo e de limitação da jornada de trabalho.

negativas do Estado precisam de recursos para uma eficaz fiscalização de seu cumprimento. Caso contrário, não seriam necessários os serviços dos auditores fiscais e trabalhistas, muito menos os dos representantes da Vigilância Sanitária.

Na verdade, embora haja circunstâncias que exigem a atuação absenteísta do Estado, sua conduta positiva sempre existirá. Mesmo na edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho, por exemplo, que determinam a implementação de tais medidas, em princípio, às empresas privadas, essas necessitam das instituições públicas para sua manutenção, ainda que de maneira indireta.

Desse modo, concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado. Esse revela-se, todavia, o principal responsável pela garantia, preservação e promoção dos direitos inerentes à condição humana constitucionalmente estabelecidos.

2.2.2 Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais

A liberdade pressupõe seres humanos com capacidade e vontade tanto para decidir, de maneira autônoma, sobre seus próprios assuntos, quanto para colaborar, com responsabilidade, na vida em sociedade publicamente constituída como comunidade. Nesse contexto, Konrad Hesse (2009) fundamenta o que ele denomina de condição polifacética dos direitos fundamentais, já que além de garantirem os direitos subjetivos dos indivíduos, asseguram os princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito.

Em seu duplo caráter, mostram diferentes níveis de significação que criam e mantêm consenso, de modo que se condicionam respectivamente. São importantes para orientar os processos democráticos de Estado de Direito, influenciando em todo o alcance do ordenamento jurídico, bem como satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Lei Maior (HESSE, 2009).

No que tange à dimensão subjetiva, consistente na função centrada em prevenir intervenções do Estado na esfera de existência individual, Nawiasky (2002, p. 169) conceitua o direito subjetivo como um poder sobre a função estatal:

El derecho subjetivo es, pues, una norma jurídica establecida em favor de una persona, cuya tutela depende de la voluntad individual de ésta; o bien el poder de disposición sobre la tutela jurídica estatal puesto em favor de um interés individual. Si el derecho subjetivo consiste en la pretensión de tutela jurídica estatal, significa poder sobre una función estatal, poder sobre el Estado.

O referido doutrinador austríaco destaca que o ponto de partida para o estabelecimento de direitos subjetivos é a ideia finalística de assegurar a satisfação de necessidades individuais. Em sua essência, reside a faculdade de pôr em funcionamento a norma secundária sancionadora. São partes constitutivas do direito subjetivo, portanto, o caráter coativo e o dever de conduta. Embora haja deveres jurídicos sem direito subjetivo, não há direitos subjetivos sem deveres jurídicos (NAWIASKY, 2002). Assim, ao titular de um direito fundamental é possibilitado impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário.

Partindo do pressuposto de que, como direitos subjetivos, os direitos fundamentais¹⁰ são direitos básicos jurídico-constitucionais do homem e de cidadão, Hesse (1998) acrescenta que tais direitos tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais. A relevância dessa autoridade desses direitos reside no fato de que também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, estando sujeita às tentações de abuso de poder, conseqüentemente, à injustiça.

Para o constitucionalista alemão, em princípio, os direitos fundamentais sociais não podem assumir o caráter de direitos subjetivos individuais, tendo em vista requererem, em qualquer caso mais do que os direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa neles contido. Exigem tanto uma atuação do legislador como da Administração, o que poderia afetar os direitos de liberdade alheios. Por conta disso, sobretudo na esfera da seguridade social, Hesse (2009) defende que somente poderiam justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente, surtindo efeitos de garantia constitucional amparadora de direitos adquiridos, a partir de normas do legislador. Assim, normas de eficácia limitada só poderiam ser tuteladas judicialmente a partir de sua regulamentação, conforme classificação de José Afonso da Silva (2003).

Não se corrobora, contudo, esse entendimento. Sob o fulcro da eficácia vertical dos direitos fundamentais, sustentada por Sarlet (2011), que prevê que qualquer ato do Poder Público deve tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Sob um sentido

¹⁰Tendo natureza de princípio, Ávila (2014) explica que, no plano da eficácia externa subjetiva, os princípios jurídicos funcionam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, dando ensejo à função de defesa ou de resistência.

negativo, tais direitos não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, e, em uma acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizá-los.

Assim, a dimensão subjetiva surge também nos direitos fundamentais de caráter primordialmente prestacional¹¹, que exigem necessariamente uma conduta positiva do Estado para a realização das pretensões jurídicas. Segundo Canotilho (2011), independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas, os direitos sociais detêm a mesma dignidade subjetiva dos direitos civis e políticos, não podendo o Estado ou terceiros agredirem posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção desses direitos.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que a diferenciação jurídica entre direitos fundamentais positivos e negativos é artificiosa, já que todos exigem custos, Galdino propõe um conceito pragmático de direito fundamental, em especial, no aspecto subjetivo. Ele buscou compreender as condicionantes desses direitos, para que eles existam não apenas *in abstracto*, mas também *in concreto*. Nas palavras do doutrinador:

Deste modo, só se reconhecerá um alegado direito subjetivo como sendo um direito subjetivo fundamental quando, dentre outras condições, houver possibilidade real de torná-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento do direito em questão. (GALDINO, 2005, p. 343).

Galdino (2005) defende, portanto, a integração dos custos ao conceito de direito subjetivo. A tutela estatal de um direito fundamental requer uma prévia ponderação das consequências prospectivas da eficácia desse direito, bem como uma demonstração de que os benefícios justificam os respectivos gastos.

Adotando um conceito livre de qualquer referência semântica, Ross (2007) infere que o direito subjetivo deve ser utilizado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa a liberdade de poder se comportar de acordo com seus próprios interesses. Empós, conclui afirmando que o direito subjetivo indica autoafirmação autônoma do indivíduo.

Nessa mesma perspectiva, Hesse (2009) acrescenta que o conteúdo dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos não se esgota no sentido negativo ou de defesa. Deve-se somar a esse significado uma conotação positiva, de modo que o indivíduo possa, de fato, fazer uso da almejada liberdade. A autodeterminação do indivíduo deve estar

¹¹Diz-se “prioritariamente”, pois, na verdade, todos os direitos fundamentais emanam prestações estatais, conforme se verá no próximo tópico.

diretamente relacionada com a sua participação na vida política, social, econômica e cultural para a manutenção de uma sociedade constituída em liberdade.

Por conta disso, os direitos fundamentais também resultam de um acordo básico das diferentes forças sociais, que, por vezes, se tensionam e se cooperam, constituindo os pressupostos de consenso final sobre os quais se deve edificar uma sociedade democrática. Assim, representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, projetando-se em todo o ordenamento jurídico, apresentando um relevante papel legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito (LUÑO, 2007). Em outros termos:

[...] su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediência al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista (LUÑO, 2007, p. 21).

A função objetiva, para Luño (2007), assume uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados, o que dá ensejo à sua finalidade diretora da ação positiva dos poderes públicos. Dessa maneira, é outorgada a essas normas uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva. (SARLET, 2013).

Não há, contudo, uma substituição, mas uma complementação. Segundo Vieira de Andrade (1998), a dimensão objetiva trata-se de uma “mais valia” para os direitos fundamentais em relação à dimensão subjetiva. Em outros termos, pode-se afirmar que a nova perspectiva é uma outra forma de manifestação dos direitos fundamentais, que não prejudica ou substitui a função subjetiva clássica

Para Dimoulis e Martins (2010), a dimensão objetiva oferece critérios de controle da ação estatal, os quais devem ser aplicados independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinada pessoa e da sua consequente reclamação. Sob a ótica da competência negativa desses direitos, aquilo que está sendo outorgado ao indivíduo em termos de liberdade para a ação e em termos de livre arbítrio está sendo objetivamente retirado do Estado, independentemente da exigência do particular. Desse modo, o que aos cidadãos manifesta-se como direito subjetivo (dimensão subjetiva), impõe-se como competência negativa para o Estado (dimensão objetiva)¹².

¹²No mesmo sentido, Hesse (2009, p. 36): “Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado corresponde seu significado jurídico objetivo como preceitos negativos de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais

Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva emerge a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e a interpretação das normas infraconstitucionais. Isso implica uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais, importante dimensão do princípio da interpretação conforme a Constituição (SARLET, 2013).

Diante de uma pluralidade de interpretações, a escolha da que melhor se coaduna às prescrições dos direitos fundamentais deve ser realizada *ex officio*, ou seja, sem a necessidade de provocação por parte do titular do direito. Caso a autoridade pública, seja qual for a esfera estatal, ignorar esse princípio, sua conduta violará potencialmente a Lei Maior. Por conta disso, há um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais.

Nesse aspecto, os direitos fundamentais devem ser observados como um complexo objetivo de valores que vinculam as funções estatais, adequando e subordinando todo o ordenamento jurídico ao seu conteúdo axiológico. Esse foi o fundamento utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão ao julgar procedente a Reclamação Constitucional de Erich Lüth, reconhecendo a supremacia do direito à liberdade de expressão em face do §826 do Código Civil Alemão¹³.

Ocorre que, além de vincular as funções estatais à observação dos selecionados valores objetivos, a partir do caso Lüth, percebe-se outro desdobramento da dimensão objetiva que a doutrina alemã defende denominada de “dever estatal de tutela dos direitos fundamentais”, que faz referência ao dever de proteção do Estado contra ameaças ou violações provenientes de particulares. Nas palavras de Miranda (1998, p. 288): “Não basta, pois, limitar o poder político; é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas.”.

O autor acrescenta que ainda não se trata de um problema de equacionamento simples pelos seguintes motivos: as posições e modos de agir entre as entidades públicas e as entidades privadas diferem; a eficácia horizontal dos direitos fundamentais repercute no Direito privado, exigindo, para tanto, uma análise interdisciplinar; por fim, se importa garantir

encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção.”.

¹³ Acerca da referida sentença ditada em 1958, Hesse (2009, p. 37-38) esclarece: “De acordo com essa sentença, os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro lugar, a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente a intromissões do poder público. Ao mesmo tempo, a Lei Fundamental, que não quer ser de nenhum modo uma ordem neutra perante os valores, erigiu na seção correspondente aos direitos fundamentais uma ordem axiológico-objetiva, e nela se expressa, com valor de princípio, um robustecimento da força normativa dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, cuja medula radica na personalidade humana, atuando livremente no seio da sociedade constituída, bem como na dignidade da pessoa, deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional.”.

os direitos fundamentais das pessoas no interior de instituições e grupos privados, também importa preservar a autonomia dessas instituições perante o Estado (MIRANDA, 1998).

Parte da doutrina que sustenta uma eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas entende que esses direitos possuem a função clássica bem definida de proteger os indivíduos apenas das violações realizadas pelo Estado. Tendo como precursor o publicista alemão Dürig, propõe uma concepção dualista dos direitos fundamentais: de um lado garantem os direitos subjetivos contra o Estado e, de outro, garantem a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia do Direito privado (SARLET, 2011).

Para tanto, é aceita a concepção desses direitos como sistema de valores, os quais adentram no Direito privado por meio de um processo de interpretação e de aplicação das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados (materiais normativos de cunho aberto do Direito privado). Assim, conforme explica Miranda (1998), somente por meio de sua transformação em normas de Direito Civil podem os direitos fundamentais obrigar as pessoas em suas vidas jurídico-privadas, e apenas por meio de sua irradiação sobre tais cláusulas gerais podem tornar-se operantes.

Em contrapartida, a eficácia direta e os efeitos absolutos dos direitos fundamentais nas relações privadas são liderados originariamente por Nipperdey e Leisner, os quais explicam que a dificuldade de conciliar os direitos fundamentais com os princípios basilares do Direito privado deve ter como escopo a posição hierarquicamente inferior do Direito privado em relação à Constituição, logo, também inferior em relação aos direitos fundamentais (SARLET, 2011).

Por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico e por constituírem princípios constitucionais, aplicam-se relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive a privada. É o que se denomina de “tese da relevância imediata dos direitos fundamentais”, em que não há cisões na ordem jurídica e tudo se reconduz à dialética liberdade-poder. Com efeito, também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social ou econômico, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual e, em último nível, à dignidade humana (ANDRADE, 1998 MIRANDA, 1998).

Apesar de ser adepto à vinculação direta dos particulares, Sarlet (2011), assim como Miranda (1998), reconhece que deve haver uma análise tópico-sistemática para uma ponderação, de acordo com o caso concreto, entre os princípios colidentes (direitos fundamentais em face da autonomia privada), levando em consideração as circunstâncias relevantes de cada situação. Nesse diapasão, Barroso (2005) destaca alguns elementos

importantes no processo ponderativo, como a igualdade ou desigualdade material entre as partes, a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério, a preferência de valores existenciais sobre os patrimoniais e o risco para a dignidade da pessoa humana.

Em busca de romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, Virgílio Afonso da Silva (2011) procurou conciliá-los na mesma construção teórica, tendo como ponto de partida o modelo de três níveis de Alexy. Em suma, parte do pressuposto de que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares serão indiretos, por meio da mediação do legislador privado, porém, quando isso não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa), os efeitos poderão ser diretos. Para Virgílio, independentemente dos efeitos produzidos, esses não podem ser absolutos, caso contrário, a autonomia privada desapareceria por completo.

No que tange às normas constitucionais consagradoras de direitos socioeconômicos, Canotilho (2011) entende ser possível, mas a dimensão objetiva emergiria de forma indireta: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos (eficácia indireta), além de obrigar o intérprete a uma interpretação em conformidade com aqueles; (2) fornecimento de prestações aos cidadãos relativas a valores relevantes a serem protegidos independentemente da existência de uma tutela jurídica.

Por outro lado, o doutrinador brasileiro Sarlet (2007, p. 154) manifestou-se conclusivamente pela eficácia direta dos direitos sociais nas relações entre particulares:

Na medida em que se poderá questionar quais as normas de direitos fundamentais relevantes para efeitos de uma vinculação dos particulares, notadamente no que diz com os direitos sociais, importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais.

Sob o fulcro do princípio e objetivo fundamental da solidariedade, Sarmiento (2003) sustenta que construir uma sociedade justa e solidária é um dever do Estado, mas também uma obrigação que pesa sobre cada integrante da sociedade. Em princípio, trata-se de uma tarefa do legislador, o qual já impôs deveres sociais aos particulares, como gratuidade dos transportes de massa para idosos e regras para reajustes em planos de saúde em favor da pessoa idosa. Uma interpretação contrária revela-se incompatível com os valores sobre os quais assenta a Lei Maior.

No que tange à saúde, não são raras as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhecendo como abusivas as cláusulas dos planos de saúde que estabelecem limites para o tratamento capazes de colocar em risco a vida do paciente. Cite-se, a título de exemplo, decisão da quarta turma (REsp nº 361.415) que declarou nula cláusula contratual dos planos de saúde limitativas do tempo de internação em leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTI), alegando fundamento legal:

[...] notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum [...]. (BRASIL. STJ. REsp nº 361.415. Rel(a): Min. Luís Felipe Salomão. DP: 27/3/2009b).

Referido entendimento rendeu ensejo à Súmula nº 302, segundo a qual "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado". No caso, os princípios contratuais (obrigatoriedade da convenção e autonomia da vontade), bem como a cláusula geral implícita *rebus sic stantibus*, não prevaleceram sobre os princípios e valores constitucionais (saúde e vida).

Diante disso, independentemente de ser de forma direta ou indireta, defende-se que tanto Estado como particulares se encontram vinculados por um dever de respeito aos direitos fundamentais. Tendo em vista que as relações privadas podem variar quanto ao grau de equilíbrio entre as partes, a análise tópico-sistemática, em conjunto com a técnica da ponderação, são os instrumentos adequados para a aplicação desses direitos nas relações privadas, o que justifica a relativização dos efeitos de acordo com cada caso concreto.

2.3 O dever do Estado diante dos princípios constitucionais que regem o direito fundamental à saúde

A Constituição Federal vigente, além de reconhecer o direito à saúde como direito social (art. 6º, CF/88), previu uma seção especial para tratar do referido direito fundamental, expressa entre os artigos 196 a 200. A saúde é posta como direito de todos e dever do Estado, mas sua garantia ocorre por meio do acesso universal e igualitário a políticas sociais e econômicas que visem à sua proteção, promoção e recuperação.

Assim, como bem esclarece a Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde (LOS) -, que regulamentou o SUS, política pública criada pela Constituição Federal, o dever do Estado

não equivale a resolver 100% de todos os problemas de saúde de toda a população brasileira, mas se traduz em promover políticas públicas que agenciem a maior eficácia, efetividade e eficiência do direito fundamental à saúde, nos termos do artigo 2º, §§1º e 2º, da LOS:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Sendo dever do Estado, há uma divisão de competências entre os entes das três esferas da federação para a efetivação das ações e serviços públicos de saúde, de modo que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (SUS), que atua conforme os princípios da universalidade, igualdade, integralidade de atendimento, descentralização, regionalização e participação da comunidade.

De acordo com o artigo 9º da Lei nº 8.080/90¹⁴, embora haja uma direção única, essa deve ser exercida, em cada esfera de governo, pelos seguintes órgãos: Ministério da Saúde (âmbito federal), Secretarias de Saúde dos Estados ou órgãos equivalentes (âmbito estadual) e Secretarias do Município ou órgãos equivalentes (âmbito municipal).

No que tange à competência para cuidar da saúde, o artigo 23, II, da Lei Maior estabelece a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O artigo 24, XII, dispõe que tais entes possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ademais, os Municípios, segundo o artigo 30, I e II, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, bem como complementar a legislação federal e a estadual no que couber; afinal a execução dos serviços de saúde revela-se, em grande parte, municipalizada.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao realizar a interpretação conjunta do artigo 196 com as normas constitucionais sobre competências legislativas e executivas mencionadas, entende que há, na verdade, uma responsabilidade solidária entre eles. Dessa maneira, o demandante possui livre escolha para optar contra qual ou quais entes irá ingressar em juízo, o que afasta a possibilidade de chamamento ao processo (art. 77, do CPC) de ente federativo

¹⁴Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

que não tivesse sido inicialmente incluído pela parte interessada. Confira-se a orientação do Supremo no AgR-RE nº 607.381/SC:

[...] O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (fls. 190/197). (BRASIL. STF. **Embargos de Declaração no AgR-RE n 607.381/SC**. 1ª. T. Rel: Min. Luiz Fux. DJ: 26/6/2012. DP: DJe 14/08/2012).

Por outro lado, interpretando-se como solidária a responsabilidade dos entes, quando há uma seleção não apenas de atribuições comuns, mas também específicas para cada esfera estatal, deturpa-se a aferição de um critério firme para a determinação de qual entidade (União, Estados e Municípios) deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento, ou de cirurgia, ou pela criação e gestão de leitos de terapia intensiva, dentre outros serviços. Em face disso, os processos terminam por promover a superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos. Evidentemente, tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional. Com efeito, acerca do significado das atribuições de competência constitucional comum entre os entes, Barroso (2008, p. 22) alerta:

A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Ainda no que tange ao elenco de atribuições comuns dos atores estatais para a satisfação do direito em baila, regulamentado pela LOS, o artigo 15 estabelece, no referido diploma legislativo, uma série de esforços dos entes federados para uma atuação coordenada, no cenário do federalismo cooperativo. Dentre tais atribuições, se destacam a definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização dos serviços e ações de saúde (art. 15, I); a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde (art. 15, II); a elaboração da proposta orçamentária do SUS, de conformidade com o plano de

saúde (art. 15, X); e a promoção da articulação da política e dos planos de saúde (art. 15, XVIII).

Cabe ressaltar que, por força da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inciso VII do artigo 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais (compreendida a proveniente de transferências) nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional modificou o inciso III do artigo 35, permitindo também a intervenção dos Estados nos Municípios na mesma hipótese elencada no artigo 34, VII.

Acerca das atribuições específicas no âmbito nacional do SUS, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.080/90, compete à União, por intermédio do Ministério da Saúde, basicamente o planejamento, a coordenação e a normatização do Sistema, bem como promover a descentralização dos serviços e ações de saúde, sem olvidar a cooperação técnica e financeira aos demais entes. Ademais, incumbe à União, excepcionalmente, a execução de atividades de vigilância sanitária e epidemiológica, quando escapar do controle estatal e municipal.

Por sua vez, à direção estadual, com fulcro no artigo 17 do mesmo compilado normativo, o dever de complementar o planejamento, a coordenação e a normatização da direção nacional do SUS, bem como garantir a gestão descentralizada da saúde no âmbito dos Municípios, aos quais cabe primordialmente, em conjunto com uma atuação supletiva dos Estados, a execução das ações e serviços de saúde, como, por exemplo, a execução dos serviços de vigilância epidemiológica, vigilância sanitária, alimentação e nutrição, saneamento básico e saúde do trabalhador (art. 18, V, da Lei nº 8.080/90).

Registre-se que tais regras que regulamentam o direito sanitário brasileiro estão assentadas em uma ordem principiológica específica. Na medida em que possuem um grau de generalidade e abstração maior do que o das regras, eles promovem as diretrizes para a interpretação delas, atuando como verdadeiros pilares do ordenamento jurídico.

Para facilitar a análise dos princípios constitucionais que regem o SUS, discute-se primeiramente o grupo de princípios organizativos (descentralização, regionalização e participação da comunidade) e, em pós, o grupo de princípios doutrinários (universalidade, igualdade e integralidade).

2.3.1 Princípios organizativos

O princípio da descentralização possui caráter político-administrativo e orienta a implementação das ações e serviços de saúde, tendo em vista a autonomia dos entes federados e a responsabilidade de todos em garantir o direito à saúde. Diante da heterogeneidade¹⁵ brasileira e partindo do pressuposto de uma política de cooperação entre os entes, abre espaço para revisão de práticas institucionalizadas na maneira de condução da política, com o fim de imprimir maior transparência ao processo decisório. Contudo, em um cenário de disputa de poder local, tal princípio revela-se um constante desafio de efetividade, eficácia e eficiência (BAPTISTA, 2007).

Almeja-se fortalecer os gestores estaduais e municipais, mantendo o seu compromisso na garantia do SUS, e a continuidade do governo federal como principal regulador da política capaz de suprir eventuais fragilidades dos estados e municípios, especialmente no que diz respeito ao suporte técnico e financeiro. Vale ressaltar que a descentralização¹⁶ não equivale a uma “receita de bolo” para todo o País. Torna-se necessário estabelecer estratégias diferenciadas, de modo a reforçar e auxiliar aqueles entes que precisam, e, concomitantemente, manter os recursos e meios para aqueles que já garantem o sustentáculo da estrutura do SUS.

Nesse sentido, preleciona o artigo 16, XIII, da LOS a competência da União para prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios visando ao aperfeiçoamento da sua atuação institucional. Por isso, há a necessidade de pactuações consensuais entre os entes para uma eficiente distribuição de responsabilidades, conforme as necessidades e diferenças geográficas e socioeconômicas locais e regionais. Com efeito:

Em diversas fases poderá haver questões operativas, financeiras, administrativas, que devem ser objeto de consensos no colegiado interfederativo, uma vez que as redes do SUS são móveis e não fixas, podendo ser alteradas constantemente, conforme se alterem as condições socioeconômicas, demográficas e epidemiológicas de uma localidade ou região. (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 112).

¹⁵No sentido de conviverem estados ricos e pobres, municípios de grande e de pequena extensão territorial. Não apenas isso, conforme a região, há secretários de saúde que assumem ministério, enquanto outros mal escrevem o próprio nome, ao passo que tem cidade com mais de 1.000 unidades de saúde, e outras sem sequer um médico (BAPTISTA, 2007).

¹⁶Importa fazer a seguinte distinção: o princípio constitucional da descentralização regulamentado pelo SUS busca fortalecer o federalismo preconizado pela Lei Maior vigente, o que não se confunde com a descentralização política proposta pelo ideário neoliberal, que prescreve a redução do papel do Estado, a terceirização dos serviços e atividades originalmente estatais para a iniciativa privada, bem como a desconcentração do poder regulatório do Estado a favor das leis de mercado (MATTA, 2007).

São alguns exemplos de ações conjuntas no âmbito dos governos locais e regionais: Consórcios Intermunicipais de Saúde; Conselhos Intermunicipais Regionais de Saúde; Comissões Bipartites (CIB) e Tripartites (CIT); Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional de Saúde; Associações de Secretários Municipais (Conasems) e Estaduais de Saúde (Conass).

Frise-se que as Comissões Intergestores¹⁷ emergem como uma inovação no próprio pacto federativo e no processo de descentralização das políticas de saúde. Trata-se de colegiados de negociação e deliberação sobre a implementação da política de saúde, ou melhor, são foros tecnoburocráticos com atribuição de decidir sobre os aspectos operacionais do SUS que surgem como mecanismo de interação entre os entes federativos (CANUT, 2011). Tais Comissões, juntamente com os Conselhos de Representação, constituem estratégias importantes de coordenação federativa no planejamento e gestão das políticas de saúde.

Acerca da diretriz da regionalização, refere-se a uma organização do sistema que deve focar a noção de território, em que se determinam perfis populacionais, indicadores epidemiológicos, condições de vida e suporte social, de modo a orientar as ações e serviços de saúde de uma dada região. Tal concepção aproxima a gestão municipal das carências e condições de vida de cada respectiva população, e “[...] quanto mais perto da população, maior será a capacidade de o sistema identificar as necessidades de saúde e melhor será a forma de gestão do acesso e dos serviços para a população” (MATTA, 2007, p. 75).

Trata-se da municipalização, estratégia adotada no Brasil que reconhece o município como principal responsável pela saúde de sua população. Segundo Bonavides (2010), com o Estatuto Fundamental de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes.

Municipalizar é transferir para as cidades a responsabilidade e os recursos necessários para exercerem plenamente as funções de coordenação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria da saúde local, controlando os recursos financeiros, as ações e os serviços de saúde prestados em seu território. Os municípios, portanto, constituem os entes da federação que em primeiro lugar respondem pelo

¹⁷Cabe pontuar que suas deliberações se baseiam no consenso, e não no voto, o que viabiliza a administração do conflito na esfera política institucionalizada. Esse fator, junto a sua composição paritária das comissões, representa um avanço por constituir novos “arranjos políticos” no espaço de representação formal. Ademais, seus processos decisórios são monitorados pelos Conselhos de Saúde. Para Alvim (1999, p. 54), essas Comissões constituem “[...] espaços privilegiados de harmonização e integração, e têm desempenhado um papel fundamental para assegurar ao SUS a tão necessária complementaridade das ações entre os diferentes níveis de governo”.

atendimento ao público.¹⁸ Em contrapartida, para que tenham condições financeiras de atender satisfatoriamente à competência que lhes foi delegada, é-lhes repassada a maior parte da receita arrecadada pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS)¹⁹.

Em suma, a diretriz da regionalização está diretamente relacionada à descentralização, a qual preconiza a autonomia dos municípios. Afinal, o Brasil apresenta grandes diversidades econômico-sociais, climáticas e culturais que tornam a descentralização administrativa fundamental: ela possibilita que os municípios assumam a gestão da saúde em seus territórios de acordo com as necessidades e características de suas populações. Por outro lado, servindo de orientação para a regionalização, a hierarquização se refere aos níveis de complexidade do tipo de atendimento requerido pelas necessidades das pessoas (MATTA, 2007).

No caso específico do município de Fortaleza, além de possuir, por lei, a competência para a gerência e execução dos serviços de saúde pública, sendo-lhe, portanto, repassada a maior parte da verba orçamentária classificada para atender à saúde, a Portaria PT/GM/NS nº 1.343, de 19 de abril de 1999, habilitou-o oficialmente para cumprir esse papel, atribuindo-lhe a responsabilidade pela Gestão Plena de Saúde na cidade.

No que se refere à participação da comunidade, esse princípio permite aos agentes públicos a criação de mecanismos de participação dos membros da sociedade na formulação, na gestão e na execução e, especialmente, na fiscalização das ações e dos serviços públicos, incluindo aí a normatização. São exemplos as Conferências e Conselhos de Saúde, que realizam o “controle social”.

Os Conselhos de Saúde estão presentes nos três níveis de governo, representados pelo Conselho Nacional, o Conselho Estadual e o Conselho Municipal de Saúde. Essas instâncias representativas são organizadas de forma paritária, composta por metade de representantes de usuários e o restante de representantes de gestão, trabalhadores da saúde e prestadores privados. Devem se reunir em caráter permanente e deliberativo, com o fim de influir nas respectivas políticas de suas áreas de atuação (MATTA, 2007).

Já as Conferências devem se reunir em cada nível de governo (nacional, estadual e municipal) a cada quatro anos, com representação dos diversos segmentos sociais, podendo ser convocadas pelo Executivo, ou extraordinariamente pelos Conselhos ou pela própria

¹⁸ Aos municípios cabe a gerência e a execução dos serviços públicos de saúde, conforme disposto expressamente no artigo 18, I, da Lei nº 8.080/90.

¹⁹ Nos termos dos artigos 2º, IV e 3º, § 2º da Lei nº 8142/90, ficou estabelecido que pelo menos 70% dos recursos do FNS, alocados como cobertura de ações e serviços de saúde, serão destinados aos municípios, afetando-se o restante aos estados.

Conferência, conforme artigo 1º, § 1ª, da Lei nº 8.142/90. Seu objetivo reside em avaliar a situação de saúde em cada uma de suas áreas de competência e propor as diretrizes para formulação de políticas públicas.

2.3.2 Princípios doutrinários

Os princípios da universalidade e da igualdade do direito fundamental à saúde, previstos expressamente no artigo 196 da CF/88, conjuntamente, pautam o reconhecimento desse direito a todas as pessoas, sem distinção, em todos os níveis de complexidade do sistema. Revela-se essencial a observância do dever fundamental de não discriminação no acesso aos bens e aos serviços de saúde, conforme definido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas no Comentário Geral nº 14.

Essa acessibilidade inclui quatro dimensões: a) não discriminação, ou seja, os serviços e bens de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas sem qualquer distinção; b) acessibilidade física, que assegura o alcance de toda a população a tais bens e serviços, inclusive acesso físico aos portadores de alguma necessidade especial; c) acessibilidade econômica, não se exigindo a gratuidade, mas eventual pagamento deve se dar mediante a equidade, de modo que todos possam custear, até mesmo os grupos sociais em desvantagem econômica; d) acessibilidade de informação, garantindo o direito de pesquisar, de fornecer e de receber informações a respeito de questões de saúde, não prejudicando a confidencialidade dos dados pessoais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Ao lado da universalidade, portanto, permanece sempre o princípio da igualdade de assistência à saúde, pois somente há lógica no acesso a todos quando não há discriminação, isto é, quando há o reconhecimento de que todos são iguais. Assim, a negação da universalidade reflete na negação da igualdade.

Não são raras as denúncias de agentes políticos que utilizam o cargo para “furar” filas de atendimento no sistema público de saúde de sua respectiva região. Pacientes procuram a ajuda desses políticos para terem prioridade no atendimento. Cite-se, a título de exemplo, o caso relatado por Tomazela (2012), de repercussão nacional, que ocorreu na cidade de Sorocaba-SP, em que os pacientes procuravam vereadores para antecipar o atendimento no sistema público de saúde em procedimentos como cirurgias oftalmológicas e ortopédicas.

Por respeito a esse princípio, em 2011, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) posicionou-se contra a Lei Complementar nº 1.131, de 27 de

dezembro de 2010, que autoriza os hospitais públicos administrados por Organizações Sociais de Saúde (OSS) a vender até 25% dos seus serviços a usuários de planos privados de saúde e particulares. A referida lei fora alcunhada pelos movimentos sociais de saúde de Lei da Dupla Porta (LEMES, 2011).

Vale ressaltar que a segurança no acesso universal e igualitário busca superar os modelos institucionais anteriores à Lei Maior vigente, quando era restrito apenas aos trabalhadores formais, na condição de segurados da Previdência Social, e respectivos dependentes. Sob o fulcro da Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado para ser utilizado de maneira universal e independente de contribuição à Previdência.

Essa conquista tornou-se uma das principais bandeiras do Movimento de Reforma Sanitária, prevalecendo como alicerce da estrutura de funcionamento e prestação de serviços do SUS, o qual se propõe a ser uma estrutura descentralizada, com direção única em cada esfera do governo, oferecendo atendimento integral e contando com a participação da comunidade (art. 198, CF). Esse progresso reflete o objetivo de inclusão social do País, elegendo a ideia de cidadania como elemento norteador da política de saúde.

Apesar de muitas discussões jurisprudenciais, revela-se sedimentado o entendimento de que o direito fundamental à saúde detém titularidade universal, isto é, simultaneamente individual e coletiva (bem como difusa). O problema surge quanto aos impactos sobre o sistema público de saúde decorrentes de concessões individualizadas de prestações estatais. Por outro lado, negar a tutela individual geraria uma dupla discriminação, conforme Sarlet (2011, p. 31):

[...] a primeira, na esfera da exclusão de um determinado número de pessoas do acesso às prestações já disponibilizadas, pois, em geral, aciona o Poder Judiciário quem não lograr obter o atendimento na rede pública da saúde. A segunda, em decorrência da negativa de acesso à justiça, sob o argumento de que se estará prejudicando quem não acionou o Poder Judiciário.

Nesse contexto, impera lembrar que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, logo, devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que essa deve respeitar e concretizar. Por conta disso Sarlet (2011, p. 171-172) defende a ideia de que direitos fundamentais são sempre direitos transindividuais, haja vista a responsabilidade comunitária dos indivíduos. Com efeito, o doutrinador explana:

[...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.

Assim, revela-se de extrema importância a atividade do intérprete e aplicador do Direito, no momento de julgamento das lides. A técnica de sopesamento dos valores e dos princípios constitucionais colidentes deve ser empregada de acordo com cada caso concreto.

Ademais, a universalidade e a igualdade do direito à saúde também podem ser observadas, embora de maneira implícita, no artigo 5º, *caput*, da Constituição, que estabelece serem titulares dos direitos e garantias fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no País. Com efeito, tem prevalecido, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a concepção de que os titulares dos direitos fundamentais, inclusive o da saúde, são todas as pessoas, estrangeiras ou não, residentes ou não no Brasil.

Cabe ressaltar que os estrangeiros que se encontrem provisoriamente no País são titulares desse direito apenas no que concerne aos casos de urgência, tendo como fundamento dessa interpretação a incidência conjunta das normas internacionais de proteção à saúde das quais o Brasil revela-se signatário, como a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (DUDH/ONU, art. 25.1) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc, art. 12.1).

Além disso, projetos como o Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras (SIS-Fronteiras, implementado pela Portaria GM nº 1.120, de 6 de julho de 2005 do Ministério da Saúde), que prevê o atendimento, por meio do SUS, à população brasileira e estrangeira que habita na longa zona de fronteira terrestre do País, respaldam a interpretação extensiva no que diz respeito ao caráter universal do direito à saúde.

Nessa toada, cabe pontuar que o princípio da igualdade decorrente da Constituição vigente não equivale ao princípio da equidade, que fundamenta o direito sanitário, mas a ele se vincula em busca de uma seleção e distribuição de políticas públicas justa. Do ponto de vista etimológico, aproximam-se, e, por isso, são frequentemente utilizadas como sinônimos.

Consoante Paim e Silva (2010), porém, a equidade implica a diminuição das diferenças evitáveis e injustas ao mínimo possível. No cenário da oferta de serviços de saúde, impera em função das necessidades e da capacidade de pagamento.

Em que pese ser um conceito aberto, a equidade em saúde, conforme Margaret Whitehead²⁰ (1992), tende a se referir a uma justiça distributiva, adotando como referência doutrinária o pensamento de John Rawls, que pode ser interpretada como o resultado de políticas que tratam indivíduos com necessidades diferentes de maneira diferente. Assim, depreende-se que a equidade equivale ao aspecto material do princípio da igualdade, assunto que ainda será discutido de maneira pormenorizada no último capítulo.

De outro giro, Granja et al. (2010) identificam os seguintes valores balizadores para a construção da equidade na saúde: a) a justiça social, que não se restringe à ideia de alocação de recursos por meio de exclusão seletiva de procedimentos, mas sim pela priorização dos mais vulneráveis e daqueles que mais necessitam de assistência à saúde; b) a igualdade, que representa a possibilidade de todos desenvolverem a capacidade de serem saudáveis e de viverem a vida com dignidade, e de fortalecer a população para gozar de autonomia e participar nas decisões; c) o acesso universal, que se relaciona à consolidação do SUS e da saúde como direito social de cidadania, pois significa distribuição igualitária e universal dos recursos disponíveis em saúde, sem discriminação; e d) e a priorização dos que mais precisam e a redução das iniquidades, em que a equidade assume uma dimensão ética e política, ao propor a diminuição de diferenças evitáveis e injustas por meio de uma assistência à saúde compatível com a dignidade humana.

Dessa maneira, assim como a igualdade, a equidade também possui relação direta com a universalidade para poder ter sua completa eficácia, embora nenhum dos três princípios se confundam. A busca pela promoção de um sistema de saúde de qualidade a todas as pessoas fomenta o afastamento das iniquidades, na medida em que o valor da vida imbricado ao da saúde não tem diferença entre os indivíduos.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à integralidade da assistência que o Estado deve fornecer à população. Como resolver, por exemplo, a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS, ou a necessidade de um tratamento vital a uma pessoa que exija custos exorbitantes, fora do planejamento estatal? O SUS tem o dever de fornecer todo e qualquer tipo de tratamento ou medicamento que o indivíduo necessitar?

²⁰Em 1990, Whitehead elaborou documento de consultoria para a Organização Mundial da Saúde (OMS), posteriormente publicado no *International Journal of Health Services*, no qual propunha distinguir diferenças ou disparidades em saúde de iniquidades em saúde.

Sob o fulcro do artigo 198, II, c/c 7º, II, da Lei nº 8.080/90, revela-se diretriz constitucional do SUS o atendimento integral, entendido como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Cabe mencionar também o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011²¹, que criou uma Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases), abrangendo todas as ações e serviços que o SUS oferece aos seus usuários. Almeja promover o atendimento da integralidade da assistência à saúde, que se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde. Os entes federativos pactuam suas responsabilidades em relação ao rol de ações e serviços constantes na Renases, inclusive sobre o financiamento.

A respeito da interpretação da assistência integral, Carvalho e Lenir Santos (1995) explicam que deve partir de uma combinação, de maneira harmônica e igualitária, entre as ações e os serviços de saúde preventivos com os assistenciais ou curativos. Registre-se que, no antigo sistema de saúde (Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975), havia uma dicotomia entre as ações e os serviços de cunho preventivo e os curativos. De um lado, o Ministério da Saúde (MS) detinha a atribuição de desenvolver atividades preventivas; de outro, o Ministério da Previdência e Assistência Social com as ações e os serviços assistenciais, ambos executados pelo antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps).

Esse princípio, contudo, não significa totalidade. Lenir Santos (2007) estabelece alguns limites de interpretação respondendo às perguntas “para quem? Com que recurso? Qual assistência? Quais os critérios de planejamento e elaboração de planos de saúde?”

A advogada especialista em direito sanitário e participante da criação do SUS explana que todos têm o direito de ingressar no SUS, porém, ao optarem pelo sistema público, não poderão ter vínculo com a rede particular²². O paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir pleitear serviços públicos, evitando-se, assim, que este se torne complementar àquele, em vez de o contrário, já que:

Isso rompe com o conceito da integralidade da assistência, uma vez que os profissionais de saúde do SUS não poderão ficar à mercê da terapêutica exigida pelos profissionais de saúde do setor privado, complementando-o. Ou se adentra ao SUS e submete-se aos seus parâmetros técnicos, científicos e administrativos; ou se opta pelos serviços privados.

²¹Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

²²No caso de determinadas ações preventivas, como a vacinação, se esgotar em apenas uma ação, isso não romperia com o conceito de integralidade, segundo Lenir Santos (2007).

Em que pese essa limitação defendida pela autora aparentar um tanto drástica, haja vista ser comum pessoas detentoras de planos de saúde se utilizarem também de consultas ou tratamentos disponibilizados pelo SUS, permite uma reflexão acerca dessa conduta social hodierna. Até que ponto essa atitude rotineira dos brasileiros, em regra de classe média, não prejudica a eficiência da organização e a estrutura do sistema público? O SUS emerge como uma política pública que busca diminuir as desigualdades sociais no âmbito do acesso a cuidados com a saúde, mas parece ser utópico²³ compreendê-lo como um conjunto de ações e serviços estatais infinitos para os milhões de indivíduos residentes no Brasil. Os critérios de delimitação dos princípios que regem essa política fazem-se fundamentais para que ela possa ser eficaz.

O segundo contorno da integralidade se refere à limitação das fontes de recursos. A Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, que alterou o artigo 198 da CF/88, impôs percentuais mínimos de aplicação das receitas dos entes federados em políticas públicas da saúde. Já o artigo 36 da Lei nº 8.080/90 prevê que o planejamento e a orçamentação da saúde deverão compatibilizar as necessidades da política de saúde com as disponibilidades de recursos em planos de saúde dos entes federados, o que demonstra um reconhecimento da finitude dos recursos ainda que haja infinitudes das indigências.

Outra delimitação pauta-se pela competência dos entes federados de impor regulamentos técnicos e científicos, protocolos de conduta, limites para a incorporação de tecnologias e protocolos farmacológicos. O conceito de integralidade da assistência não admite, portanto, toda e qualquer terapêutica existente ou demandada por um paciente ou profissional de saúde. O controle do Poder Público revela-se importante para balizar o valor de mercado dos medicamentos, bem como certificar-se da qualidade das inovações. Caso contrário, “se não houver prudência na adoção de tecnologias – crescentes e onerosas, voltadas muito mais para a garantia do capital do que para o bem-estar do cidadão – esta, por si só, porá fim aos recursos da saúde” (SANTOS, 2007, p. 925).

Por fim, Lenir Santos (2007), sob o fulcro dos artigos 7, VII, e 35, II, da Lei nº 8.080/90,²⁴ determina a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades,

²³Para o renomado doutrinador Ricardo Lobo Torres (2004, p. 287), “o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos”.

²⁴Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; [...]

alocação de recursos e orientação programática como quarta e última delimitação da interpretação do princípio da integralidade. Relembre-se que o dever do Estado em garantir o direito fundamental da saúde é realizado por meio de políticas sociais e econômicas previamente estabelecidas. Por conta disso, são realizados estudos para cada região do País, tendo em vista as enfermidades e as carências populacionais variarem por diversos fatores, como o climático, o financeiro, a densidade demográfica, e o nível de saneamento básico. A partir dessa análise, são planejadas as políticas públicas e suas respectivas receitas orçamentárias e valores de transferência. Assim, revela-se dificultoso garantir esse direito quando reclamado por meio de demandas judiciais com exigências sem previsão nos planos estatais de saúde.

A saúde não constitui área que pode ser demandada de maneira irrestrita pela população, com a garantia do Judiciário. Com efeito, Limberger e Saldanha (2010, p. 111) inferem:

Nenhum país do mundo, por mais rico que seja, tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos.

Embora haja uma evidente preocupação do poder constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área, é preciso a colaboração em conjunto do trabalho do legislador, do planejamento e da execução de políticas públicas, bem como da atuação do intérprete judicial diante das lides (individuais ou coletivas). O trabalho em equipe das três esferas de governo é essencial para se atingir o estado ideal de coisas proferido pelo direito fundamental à saúde sob a perspectiva universal, igualitária e integral.

3 O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE: ELEMENTOS QUE PREENCHEM E LIMITAM

Em verdade, para além de sua relevância, o direito à saúde merece uma análise aprofundada por deter um caráter eminentemente complexo, que perpassa inicialmente pela dificuldade na definição de seu conteúdo jurídico. Sob o fulcro de um conceito abrangente de

“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: [...] II - perfil epidemiológico da população a ser coberta; [...]”.

saúde, adotado pela Constituição vigente e regulamentado pela LOS, seguindo os ditames das diretrizes internacionais, a saúde não se confunde com mera “ausência de doença”, deve-se também analisar as condições e relações de meio e de desenvolvimento do indivíduo. Nessa toada, há vários determinantes sociais que promovem a realização do estado ideal de saúde, a qual não pode ser analisada e planejada apenas sob a esfera biológica.

Sua natureza normativa de princípio traduz-se em diversas consequências para sua interpretação e aplicabilidade pelo intérprete, trazendo reflexos para a delimitação de seu conteúdo e, por fim, de sua eficácia; embora haja também regras que contribuem para alcançar o estado ideal de saúde. Para tanto, a distinção entre regras e princípios revela-se a base para a fundamentação e para a solução da dogmática dos direitos fundamentais. Ela contribui para explicar a função desses direitos no sistema jurídico, bem como suas eventuais restrições e colisões.

O caráter prestacional do direito à saúde não o diferencia dos direitos civis e políticos, haja vista todos os direitos demandarem recursos do Estado, o que os distingue consiste no nível dos custos exigidos em consonância com o quadro fático apresentado pela realidade, ou seja, as condições existentes para a eficácia e aplicabilidade da norma.

Dessa maneira, a exequibilidade dos direitos fundamentais encontra-se vinculada ao orçamento público, que, evidentemente, é limitado. Ao passo que as necessidades sociais não são integralmente previsíveis, tampouco perfeitamente mensuráveis. Assim, a seleção e gestão de políticas públicas em face da escassez de recursos revela-se uma problemática real e hodierna que o Estado precisa enfrentar, buscando maior eficiência e eficácia aos direitos fundamentais, em especial o da saúde. O foco das discussões, no que tange à exigência desse direito, deixa de ser filosófico e passa a ser político e jurídico, já que não há dúvidas quanto ao seu fundamento, mas quanto às maneiras de como garanti-lo.

Por fim, em circunstâncias de omissão por parte do Estado frente à garantia do direito à saúde, discute-se acerca da possibilidade de utilização do postulado da proporcionalidade no contexto da proibição da insuficiência. Haja vista sua origem decorrer da conjuntura das relações entre os direitos fundamentais e o Direito privado, busca-se compreender a validade de seu uso sob a égide de conflitos inerentes à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

3.1 A intercessão entre o conteúdo do direito à saúde e os determinantes sociais

Quanto ao conteúdo do direito fundamental à saúde, equivale ao fim prático pretendido pela norma principiológica. Como o fim é a ideia que exprime uma orientação prática, seu elemento constitutivo consiste na fixação de um conteúdo como pretendido. Ávila (2014) cita como exemplos de conteúdos desejados o alcance de uma situação terminal; a realização de uma situação ou estado; a perseguição de uma situação contínua; ou a persecução de um processo demorado. Trazendo isso para o tema da saúde, o conteúdo desejado por esse direito é justamente a perseguição de uma situação contínua, qual seja, manter-se saudável em todas as esferas (física, psicológica e de bem-estar social).

Nesse sentido, não se pode olvidar o caráter social do direito fundamental à saúde, haja vista seu objeto e conteúdo estarem diretamente vinculados às prestações de determinados bens e serviços pelo Estado. Para alcançar a almejada justiça social, torna-se necessária a compensação das desigualdades fáticas recaídas sobre boa parte da população socialmente vulnerável.

O problema da escassez de recursos reflete a complexa tarefa de definir o conteúdo do direito constitucional à saúde. Ferraz e Vieira (2009, p. 235) resumem três fatores principais que integram o contexto fundamental do referido direito:

Em primeiro lugar, deve-se compreender que a saúde não se resume à mera ausência de doença, mas se trata de um conceito multidimensional que engloba determinantes de natureza ambiental, social, econômica e cultural importantes. Em segundo lugar, essa multidimensionalidade do conceito de saúde implica necessariamente complexidades na elaboração e na implementação das medidas que visam à sua proteção, promoção e recuperação, isto é, na chamada política de saúde, ou, mais propriamente, nas chamadas políticas de saúde. Por fim, deve-se lembrar que as necessidades de saúde da população vão sempre muito além dos recursos disponíveis para atendê-las, obrigando-nos a realizar escolhas difíceis sobre como e onde aplicar esses recursos.

Dessa maneira, a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais com os quais apresenta zonas de convergência. Essa noção de intersectorialidade está prevista na Declaração de Alma-Ata de 1978, o que ratifica o entendimento de que a efetivação do direito à saúde não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas depende da consecução de políticas públicas mais amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, sem olvidar o compromisso com as futuras gerações (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). A saúde, portanto, não necessita apenas de fatores biológicos para seu alcance, mas também de determinantes sociais favoráveis.

Os determinantes sociais da saúde são um conceito utilizado pela própria Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁵, inclusive como assunto de discussão dos programas e políticas de equidade e melhoria do acesso aos serviços e às ações de saúde em nível mundial. Nesse sentido, com o fim de regulamentar os ditames constitucionais que deram seguimento às diretrizes da OMS, a LOS versou sobre o tema em seu artigo 3º:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como **determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.**

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade **condições de bem-estar físico, mental e social.** (Grifo nosso).

Assim, a moradia, a alimentação, a educação, o lazer, a renda, e até mesmo a atividade física²⁶ consistem em determinantes para a eficácia do pleno direito à saúde. Os medicamentos, contudo, estão excluídos desse rol. Reconhece-se, portanto, a fundamental importância do comprometimento e da ação de diversos setores e atores, ou seja, o Estado e a sociedade, o público e o privado se complementando e atuando em conjunto.

O direito à saúde, em sua dimensão primordial principiológica, exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado por um ambiente ecologicamente sustentável, uma alimentação regular e completa, acesso à água potável, além dos cuidados de recuperação da saúde. Para a realização desse estado de coisas são necessários determinados comportamentos: saneamento básico, coleta do lixo, campanhas de vacinação, consultas médicas, dispensação de medicamentos genéricos, procedimentos cirúrgicos, dentre outros. Assim, há a necessidade do implemento dos determinantes sociais, que promovem a saúde e previnem doenças, e das ações de recuperação, que tratam o estado debilitado do indivíduo, como medicamentos e cirurgias.

Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio. Assim conclui Ávila (2014, p. 103):

²⁵Para a Constituição da OMS, a saúde equivale a um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”, sendo reconhecida como um dos “direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político e condição econômica ou social” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1946).

²⁶ Com a alteração introduzida pela Lei nº 12.864, de 24 de setembro de 2013, a atividade física também passou a constar no rol do art. 3º da Lei nº 8.080/90 como fator determinante e condicionante da saúde.

O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. Como afirma Weinberger, a relação meio/fim leva à transferência da intencionalidade dos fins para os dois meios. Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), realizado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê o dever do Estado de implementar progressivamente o mais elevado nível de saúde física e mental. O instrumento preceitua normas que propõem assegurar a dignidade da pessoa humana, que devem ser concretizadas de forma progressiva, em função de seu caráter essencialmente prestacional.

Com o fim de estabelecer sintonia entre o Texto Constitucional brasileiro e o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem como seu maior nível de garantia, a CF/88 adotou a concepção mais abrangente do direito à saúde, incluindo uma noção não apenas eminentemente curativa, mas também preventiva e promocional na tutela jusfundamental. Dessa maneira, o termo promoção está ligado à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivam melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas.

Ademais, por ser direito social, a prestação em sentido estrito, conforme classificação de Alexy (2008), já detém uma vagueza de conteúdo, funcionando, na verdade, como um direito à implementação e gozo de políticas públicas globais destinadas à melhoria da saúde da população, e não necessariamente a determinado serviço ou bem específico.

Tendo em vista sua generalidade acentuada, surge a necessidade de se delimitar e especificar ao máximo os fins do princípio, sempre observando sua correlação com as demais normas constitucionais. No caso da promoção da saúde pública diretamente ligada à atividade da Administração Pública, é preciso delimitar o seu significado em cada contexto em análise e de acordo com determinados dispositivos da CF/88. O objetivo é substituir o fim vago pelo fim específico em prol de sua eficácia e efetividade.

O direito à saúde pertence à conjuntura socioeconômica, a qual apresenta natureza essencialmente dinâmica. A realidade financeira, tecnológica, científica e gerencial de um país sofre variações. Assim, se a norma constitucional dispusesse de forma precisa o conteúdo das prestações materiais, haveria grande risco de tornar-se defasada, o que prejudicaria a estabilidade da ordem constitucional.

Nesse sentido, o conteúdo do direito fundamental à saúde permanece sujeito à ponderação, em circunstâncias de eventuais colisões. Ao se definirem deveres *prima facie*, é possível uma variação de grau de substância na autoridade da norma, já que não se pode olvidar a unidade axiológica da Constituição, imperativo que permite a sobreposição de determinados direitos fundamentais em face de outros a partir das exigências e condições contextuais da realidade pautada, sem a exclusão da vigência de nenhum princípio; todos participam do corpo estrutural da Lei Maior. Trata-se da teoria externa dos direitos fundamentais proposta por Alexy (2008).

Conforme a teoria externa, não há nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrições. Tal relação surge apenas a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos²⁷. O filósofo alemão entende que quando se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é apenas um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. Portanto, ao se trabalhar com princípios, revela-se admissível falar em restrição a direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

Restrição não se confunde com violação a direitos fundamentais. A partir da definição de Virgílio Afonso da Silva (2011b, p. 205) acerca do suporte fático dos direitos sociais²⁸, qualquer omissão ou insuficiência por parte do Estado só é legítima quando devidamente justificada. Defende-se um conteúdo mínimo essencial inviolável, o qual se revela intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não realizações desse direito social.

Ainda que as necessidades da população se encontrem, muitas vezes, além dos recursos para supri-las, as “escolhas trágicas” pela política pública adequada ou onde e como aplicar recursos devem ser sempre justificadas. Assim, independentemente de ser direito social, a saúde deve ser realizada na maior medida possível, visto que restrições não fundamentadas, por menores que sejam, violam seu conteúdo essencial.

3.2 Da natureza jurídica de princípio às condições de exigência

²⁷Por outro lado, a teoria interna sustenta que não há restrições ao direito, mas um direito com conteúdo já previamente limitado. Não há dúvidas quanto ao grau de restrições, mas quanto ao seu conteúdo. Pressupõe que os direitos fundamentais são posições definitivas, não podendo, portanto, serem restringidas, mas os bens constitucionalmente protegidos podem (ALEXY, 2008). Não se corrobora essa teoria no presente trabalho.

²⁸“Em resumo: se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS x) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (\neg FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (O x)” (SILVA, 2011b, p. 78, grifo original).

As normas de direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde, podem ser princípios ou regras²⁹, dependendo da maneira como se encontram dispostas. Partindo do pressuposto de que normas se diferenciam dos textos normativos na medida em que as primeiras consistem no sentido construído a partir da interpretação sistemática dos segundos, Neves (2013, p. 178) infere que “o relevante para o direito não é a textualização em si, mas as normas que se atribuem ao texto”.

Não se pode olvidar, contudo, que a interpretação adequada consiste na que consegue concretizar, de maneira excelente, o sentido da proposição normativa nas condições reais dominantes em uma determinada situação (HESSE, 2009). Nesse contexto, Müller (2009) entende que a norma (campo normativo, isto é, dados apreendidos da realidade) revela-se muito mais ampla do que o texto normativo (programa normativo: linguagem e texto escrito), uma vez que sua determinação será uma conexão de elementos estruturais, configurados no programa normativo, determinados a partir da realidade social. Assim, em uma dada circunstância da realidade, o texto normativo pode apresentar um sentido evidente e unívoco, mas em outra, o sentido (norma) pode emergir de maneira pouco clara.

Ávila (2014) afirma que a interpretação se revela um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto. O significado depende necessariamente de seu uso e de sua interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual sentido mais adequado se deve atribuir a um texto legal. Portanto, a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída (GRAU, 2009). Assim, a atividade do intérprete não consiste em mera prática de subsunção entre conceitos prontos anteriores ao processo de aplicação. Como o dispositivo é o ponto de partida da interpretação, interpretar significa reconstruir o sentido.

Uma mudança das relações fáticas pode provocar mudanças na interpretação das normas constitucionais. Concomitantemente, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação, logo, o perímetro de qualquer mutação. Com efeito, “A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade” (HESSE, 2009, p. 136).

O papel do intérprete se revela essencial para a distinção das normas de direitos fundamentais em princípios e regras. Referida distinção serve como base para a fundamentação da dogmática, das restrições e da racionalidade dos direitos fundamentais. No que tange aos princípios, Alexy (2008) esclarece que enunciam de maneira genérica um valor

²⁹Trata-se do caráter duplo das normas de direitos fundamentais, segundo Alexy (2008).

a ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo é definido por meio de sopesamento com demais princípios colidentes. Trata-se de mandamentos de otimização. Por conta disso, o direito à saúde pode ser interpretado como um princípio, já que consagra valores gradualmente realizáveis.

Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 615), contudo, percebe esse conceito como axiologicamente neutro, não expressando nenhuma escolha por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de constituição. Cada Estado seleciona os direitos relevantes para sua respectiva sociedade.

Diferentemente das regras, que equivalem a determinações, ou são integralmente satisfeitas ou não, os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação depende tanto das possibilidades jurídicas como das fáticas. Alexy (2008, p. 104) explica essa divergência:

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Assim como Alexy, Dworkin (2002) parte de uma distinção qualitativa entre regras e princípios, e não de grau. Segundo o autor americano, as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”. Em caso de conflito, uma delas não pode ser válida. Para isso adotam-se critérios, como o cronológico, o hierárquico e o específico. Alexy ainda adverte acerca da possibilidade da introdução de uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de uma circunstância, o que corrói o seu caráter definitivo. Sobre o critério de distinção utilizado por Dworkin, Bonavides (2010, p. 292) esclarece:

A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância. Das reflexões de Dworkin, infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso.

Contudo, corrobora-se o entendimento de Ávila, o qual, diferentemente da distinção qualitativa adotada por Alexy e por Dworkin, sustenta que a diferença³⁰ entre princípios e regras é meramente de grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. O autor parte do pressuposto de que a estrutura da norma difere da sua aplicação. No ato da aplicação, regras e princípios se aproximam, já que ambos podem envolver a consideração de aspectos específicos abstratamente desconsiderados.

No caso das regras, essas podem conter expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado, como os conceitos jurídicos indeterminados. Elas são, na verdade, preliminarmente decisivas, pois há casos em que não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas (configurada a hipótese de incidência): quando a razão justificadora da regra é superada no caso concreto. Por fim, há também casos em que as regras podem ser aplicadas sem a ocorrência da hipótese de incidência, como no caso das analogias (casos não regulados que se assemelham a casos regulados).

Assim, a vagueza não é traço peculiar dos princípios, mas elemento comum de qualquer texto normativo. Estruturalmente são distintos, na medida em que os princípios possuem um grau de abstração maior em relação à norma de comportamento a ser aplicada, pois não se vinculam a uma situação específica. Quanto às regras, possuem consequências já determinadas. Registre-se que Ávila não ignora por completo as definições propostas pelos demais mencionados doutrinadores, mas as aperfeiçoa.

Tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais no momento de sua interpretação e de sua aplicação. Nesse sentido, Ávila (2014, p. 71) explica: “É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.”

Dessa maneira, o direito fundamental à saúde, ao deter estrutura de princípio, constitui norma finalística, apresentando considerável grau de abstração e necessitando de diversas condutas para a consecução de seu almejado fim. Para a realização de certas condutas, nada obsta a utilização de regras para um cumprimento mais específico e

³⁰ Ávila (2014, p. 102) apresenta o seguinte conceito de princípio: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Ao passo que, para as regras, apresenta este: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.

determinado de certos objetivos para alcançar o estado ideal de saúde. Citem-se as regras de divisão de competências entre os entes federativos observadas na Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dentre outras providências.

Outrossim, o caráter principiológico dos direitos fundamentais justifica eventuais colisões que possam ocorrer entre eles, pois cada princípio constitucional limita a possibilidade jurídica do outro, havendo uma constante tensão. De modo que inexistente princípio absoluto, isto é, que em nenhum caso possa ser suplantado por outro. É o que Alexy (2008) denomina de relação de precedência condicionada entre princípios. Já que nenhum direito fundamental possui, por si só, precedência sobre outros, ou seja, em âmbito abstrato, estão no mesmo nível hierárquico, o sopesamento objetivo define qual princípio possui maior peso no caso concreto. A atividade do intérprete, portanto, revela-se essencial para o reconhecimento e para a aplicação do direito fundamental à saúde, aderindo à técnica hermenêutica da ponderação, sempre levando em consideração as condições fáticas, além das normativas.

Tendo em vista que os princípios instituem fins a realizar (caráter primariamente prospectivo) sem a pretensão de gerar uma solução específica, os comportamentos adequados à sua realização e à delimitação de seus contornos normativos dependem, muito mais do que as regras, da atuação não só do Judiciário, mas também do Legislativo e do Executivo, sem os quais essa espécie de norma não adquire normatividade (ÁVILA, 2014).

Se antes os princípios eram tratados como mera especulação metafísica e abstrata, detendo inerente e pejorativo caráter programático, a partir do final do século XX, passaram a ocupar um espaço que revela de maneira imediata a sua dimensão objetiva e concretizadora, ou seja, a sua força normativa direta (BONAVIDES, 2010). Com efeito, Paulo Bonavides (2010, p. 303) exalta:

Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa. Ocupam doravante, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar, como temos reiteradamente assinalado, em Estado *princípial*, nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito.

Os princípios, como normas-chaves do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2010), passaram a ocupar a centralidade da Constituição. De acordo com Brito (2003), firma-

se uma entrada de mão dupla, pois o reconhecimento da força normativa dos princípios coincide com o reconhecimento da força normativa da Constituição, em uma ascendente que chega à superforça de ambas as categorias.

Sendo um corpo normativo, a Constituição, por si só, não pode realizar nada, mas pode impor tarefas. Os princípios e regras que regem a Lei Maior transformam-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Nas palavras de Hesse (2009 p. 132):

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade do poder*, mas também a *vontade da Constituição* (grifo original).

O desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. Mesmo porque a Constituição jurídica almeja conferir forma e modificação à realidade (HESSE, 2009). Não por acaso o artigo 5º, § 1º, da CF/88 determina aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, de modo que impõe aos órgãos estatais a incumbência de oferecer-lhe maior eficácia e efetividade possível. Portanto, tendo natureza jurídica de regra ou de princípio, o direito à saúde deve ser objeto de máximo empenho do Estado para sua concretização.

3.3 As peculiaridades do conteúdo de um direito fundamental social e as consequências para sua eficácia, efetividade e aplicabilidade

Alexy (2008) diferencia os direitos fundamentais sociais entre aqueles expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação. No mesmo sentido, Arango (2005) explica que os direitos fundamentais atribuídos requerem, por definição, uma disposição de direito fundamental explícita, que pode servir de fundamento jurídico dos direitos sociais fundamentais. A condição necessária para a existência desses direitos sociais fundamentais é sua correta justificação constitucional, implicando que necessitam de argumentação jurídica.

Diferentemente da Constituição brasileira, a Constituição alemã, salvo poucas exceções, não possui direitos fundamentais sociais formulados expressamente, surgindo a dúvida sobre quais direitos fundamentais sociais ela garante. Diante disso, Alexy (2008)

sustenta que a resposta depende das razões jurídico-constitucionais que militam a favor ou contra essa vinculação.

O jurista alemão acrescenta que uma norma pode ser classificada como vinculante (se possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal) ou não vinculante, bem como pode também fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, regras ou princípios (ALEXY, 2008). Há uma variação em oito níveis de realização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais conforme classificação de Alexy, baseada na teoria dos princípios.

Nesse diapasão, o conteúdo é considerado minimalista quando tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimo. Já o conteúdo maximalista emerge quando há a realização completa dos direitos fundamentais. Arango (2005) ainda acrescenta um segundo tipo de conteúdo: o intermediário, o qual defende que somente alguns dos direitos sociais fundamentais devem ser considerados direitos subjetivos, ou seja, apenas alguns podem ser garantidos integralmente.

O principal argumento a favor de uma vinculação na garantia estatal dos direitos fundamentais sociais é a liberdade. Primeiro porque a liberdade jurídica, consistente na permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas). Em segundo lugar, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais depende sobretudo de atividades estatais, pois seu substrato material não é encontrado em um espaço vital por eles controlado (ALEXY, 2008).

Em contrapartida, o objeto da maioria dos direitos fundamentais sociais é indeterminado, o que abre espaço para a jurisprudência e para a ciência do Direito a sua definição. Ocorre que há, na verdade, uma impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do Direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente.

Outro problema reside no fato de que a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduz a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária, tendo em vista os grandes custos financeiros associados à sua realização. Sendo assim, a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos dos tribunais, o que não é compatível com a Constituição alemã, muito menos com a brasileira.

Por conta disso, corrobora-se o enquadramento de Alexy dos direitos fundamentais sociais como direitos *prima facie* vinculantes, o que significa que são restringíveis e não equivalem a simples enunciado programático. Conforme observado no

final do t3pico 3.2, a solu33o proposta pelo doutrinador alem33o 33 baseada no sopesamento entre princ33pios. “De acordo com o modelo proposto, o indiv33duo tem um direito definitivo 33 presta33o quando o princ33pio da liberdade f33tica tem um peso maior que os princ33pios colidentes, considerados em conjunto.” (ALEXY, 2008, p. 517).

Vale ressaltar que a caracter33stica de ser *prima facie* n33o se confunde em ser n33o vinculante:

A exist33ncia de uma diferen33a fundamental entre deveres *prima facie* e deveres jur33dicos n33o-vinculantes 33 percept33vel no fato de que deveres *prima facie* t33m que ser considerados no sopesamento, enquanto isso n33o ocorre no caso dos deveres jur33dicos n33o-vinculantes. Para a n33o-satisfa33o de um dever *prima facie*, 33 necess33rio que haja, do ponto de vista jur33dico, raz33es aceit33veis; para a n33o-satisfa33o de um dever jur33dico n33o vinculante, n33o. Caso n33o existam raz33es aceit33veis para sua n33o satisfa33o, um dever *prima facie* pode levar a um dever definitivo; um dever n33o-vinculante nunca poderia faz33-lo. (ALEXY, 2008, p. 518).

Outro ponto a ser analisado s33o as consequ33ncias negativas da afirma33o de boa parte da doutrina de denominar os direitos socioecon33micos como normas de car33ter program33tico, partindo do equivocado pressuposto de que apenas esses direitos possuem car33ter prestacional. Uma interpreta33o errada dessa caracter33stica acarreta graves reflexos para a an33lise e exig33ncia de sua efic33cia.

Jos33 Afonso da Silva (2003) vincula o estudo das normas program33ticas, como o direito fundamental 33 sa33de, 33 disciplina das rela33o33es econ33mico-sociais. Elas assumem a caracter33stica teleol33gica na medida em que atribuem fins ao Estado, instaurando um regime de democracia substancial ao determinarem a realiza33o de fins sociais para a garantia de uma vida digna, por meio de programas de interven33o na ordem econ33mica.

Sob o fulcro da cl33ssica distin33o das normas constitucionais propostas pelo jurista mineiro, no plano de efic33cia, os direitos sociais enquadram-se como normas de efic33cia limitada, ou seja, a plena produ33o de todos os seus efeitos depende de atua33o estatal. O conceito de efic33cia estaria vinculado 33 observ33ncia de sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade³¹.

Destaque-se que o autor 33 enf33tico ao defender que “[...] n33o h33 norma constitucional alguma destitu33da de efic33cia” (SILVA, J., 2003, p. 81). Assim, o que pode ocorrer 33 a efic33cia de algumas normas constitucionais n33o manifestarem todos os efeitos jur33dicos pretendidos pelo constituinte, necessitando da emiss33o de uma norma33o jur33dica

³¹ Para Jos33 Afonso da Silva (2003, p. 60), os conceitos de efic33cia e de aplicabilidade se confundem: “Uma norma s33o 33 aplic33vel na medida em que 33 eficaz. Por conseguinte, efic33cia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fen33menos conexos, aspectos talvez do mesmo fen33meno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.”.

ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. Por conta disso, a referida distinção pautada por José Afonso da Silva (2003) fundamenta-se no grau dos efeitos jurídicos da norma, assim considerado o nível de aptidão ou qualidade de produzir efeitos.

Conforme já fora mencionado, nenhum direito fundamental é bastante em si mesmo, todos dependem da ação estatal para produzir efeitos. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva³² (2011b) defende que a diferença básica entre direitos decorrentes de normas de eficácia plena e de eficácia limitada se revela no plano jurídico-empírico, tendo em vista que as condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica são parte do fenômeno jurídico, e não algo externo a ele.

Portanto, a classificação proposta por José Afonso da Silva apenas faria sentido sob o aspecto fático e temporal. No caso de norma de eficácia plena, as condições fáticas para sua produção de efeitos já existiriam, enquanto o mesmo não ocorreria nas de eficácia limitada, visto que as condições institucionais, legais e, sobretudo, financeiras não seriam ideais. A criação das condições de exercício dos direitos sociais revela-se mais cara:

Assim, enquanto boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas – legislação, organização judiciária, etc. -, cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização dos outros. Nesse sentido, a construção e a nomeação de hospitais, contratação de médicos, compra de caros materiais hospitalares, organização de programas de combate a epidemias, entre outras coisas, só são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde. (SILVA, V., 2011b, p. 241-242).

A diferença entre os direitos sociais e os individuais reside no nível de custo que acarretam, implicando que se distinguem quanto ao grau, e não quanto à natureza. Por conta disso, embora o artigo 5º, §1º, da Lei Maior atribua aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, sem distinção expressa, o direito à saúde não se revela autoaplicável, visto que não possui todos os meios e os elementos fundamentais à sua executoriedade. Assim, a aplicação do direito não pode, em nenhuma hipótese, desconsiderar a realidade social existente.

Com efeito, o fato de o direito fundamental à saúde apresentar cunho programático, isto é, baixa densidade normativa, não justifica ações governamentais inócuas ou mesmo omissas no que diz respeito ao cumprimento do programa finalístico da norma. Normas programáticas não se confundem com uma constitucionalização simbólica (NEVES,

³²Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva (2011a) chama atenção para uma sutil distinção entre aplicabilidade e eficácia. Para ele, uma norma aplicável estaria dotada de eficácia, isto é, capacidade de produzir efeitos, e, além disso, o seu suporte fático deve estar conectado com os fatos de um determinado caso concreto.

1994). A primeira estabelece orientação finalística dos órgãos estatais, implicando a realização das expectativas e comunicações no contexto social em que está inserida, podendo ou não haver êxito nessa meta. As relações de poder e real vontade política do Estado empenhar-se-iam, a partir dos ditames constitucionais, a alcançar os programas. Assim, os agentes estatais não podem propor ou executar outro programa, nem agir contra aquele estabelecido pela Constituição.

Já na circunstância da segunda, as disposições programáticas não respondem a tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional. Ao contrário, a realização do conteúdo finalístico dessas normas daria ensejo a uma transformação radical da estrutura social e política do respectivo Estado. As normas programáticas constituíram, por vezes, um alibi para os governantes quando questionados a respeito da pouca ou nenhuma eficácia dos programas constitucionais, os quais se revelariam como “letra morta”, mais um símbolo ideológico do que realidade.

As peculiaridades de seu objeto e a maneira pela qual costumam ser positivados, qual seja programática e exigente de uma legislação de maior ou menor concretude, dá ensejo a acirradas controvérsias no que tange a sua aplicabilidade, eficácia e efetividade, havendo o risco da deturpação de seu caráter prestacional a ser simbólico.

3.3.1 Os reflexos da escassez na garantia do direito à saúde

Visto que o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente das instituições públicas, de acordo com os juristas americanos Holmes e Sunstein (1999), o Estado revela-se indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos. Inexistem, portanto, direitos puramente privados ou puramente negativos, todos são positivos, necessitando da promoção e proteção estatal.

Por outro lado, considerando-se que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita (GALDINO, 2005). Dessa maneira, “Os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com o orçamento público.” (TORRES, 1995, p. 121).

Por conta disso, embora a Constituição Federal brasileira garanta uma vultosa lista de direitos fundamentais, no momento em que algum deles é violado, recorrer ao Judiciário não deveria significar a certeza do cumprimento, pois o cumprimento dos direitos, muitas vezes, não depende da ação isolada dos tribunais.

Segundo Holmes e Sunstein (1999), para remediar as violações dos direitos do passado e impedir novas violações no futuro, os tribunais devem contar com a cooperação dos órgãos governamentais, que, por sua vez, operam necessariamente dentro de restrições fiscais, dentre outros limites. Com o fim de lidar com problemas potencialmente ilimitados, os departamentos de serviços sociais, por exemplo, são dotados com recursos embaraçosamente demarcados, e logo precisam alocar os escassos meios à sua disposição, utilizando seu conhecimento específico da situação na região conforme julgam mais eficaz.

Duras restrições orçamentárias implicam a tendência de que potenciais vítimas se tornem vítimas reais de violações de direitos básicos. O Estado, porém, terá feito pouco ou nada a respeito. Nesse contexto, os doutrinadores arrematam: “*This is deplorable, but in an imperfect world of limited resources, it is also inevitable. Taking rights seriously means taking scarcity seriously.*”³³ (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94).

Cabe recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, especialmente contra os direitos sociais, não se revela a sua falta de fundamento, mas sua inexequibilidade. Ao constatar a ilusão de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais, Bobbio (2004) percebe que a demonstração de um valor não é condição necessária e suficiente para a sua realização. Com efeito, “O problema em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (p. 23, grifo original).

A busca dos fundamentos possíveis não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pela avaliação das condições dos meios e das circunstâncias nas quais determinado direito possa ser realizado. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 24) conclui:

O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.

A questão fática da escassez de recursos no contexto dos direitos sociais, por vezes, é observada com antipatia, haja vista a utilização do argumento econômico, principalmente na esfera da saúde, em face do possível alívio dos horrores da dor ou mesmo da salvação de uma vida. Em um país tão enraizado pela desigualdade como o Brasil, com seu histórico de serviços públicos negligenciados e de desvios de recursos por representantes políticos, falar em limites financeiros a programas de saúde promove a suspeita de se estar

³³ N.T. “Isso é deplorável, mas em um mundo imperfeito de recursos limitados, também é inevitável. Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério.” (Tradução livre).

apresentando um mero pretexto para justificar a carência de recursos em serviços que beneficiam prioritariamente os hipossuficientes.

Ocorre que simpatias ou antipatias à questão orçamentária como limite externo aos direitos fundamentais não resolvem o problema da eficácia desses direitos. Mesmo aqueles que são contrários à ideia da possibilidade de fatores econômicos influenciarem no grau de concretização de um direito, ao recorrerem ao Judiciário e, porventura, conseguirem uma liminar favorável, não há garantia de que mais vidas são salvas, sob uma ótica majoritária. O provimento judicial como critério de alocação de recursos de saúde não demonstra eficiência na garantia do referido direito para a sociedade, conforme opina Amaral (2013, p. 125):

Dizer que o Estado tem verbas nem sempre bem empregadas, muitas vezes consumidas com fraudes é constatação feita a partir do noticiário dos jornais que, *d.m.v.*, tem o mesmo valor jurídico do que dizer, também a partir de notícias de jornal, que há máfias por trás da “indústria de liminares de medicamentos”: nenhum valor. Isto pode ter emprego em discursos panfletários, em discurso de justificação de decisões cujo fundamento é outro, talvez não explicitado, numa linha de realismo jurídico pela qual o magistrado decide por sua convicção e cria um pálio de justificação. Tal como não se acaba com inflação por decreto, não é por liminar ou sentença que se consegue retirar do “desvão” a verba mal empregada ou desviada e se prestigia os fins públicos.

O discurso “da saúde universal e do atendimento integral como dever do Estado” em face de um quadro de falta de elementos objetivos e subjetivos para o atendimento de todas as mazelas da saúde pública deve ser direcionado à análise da origem dos meios e dos critérios de escolha.

A escassez, a divisibilidade e a homogeneidade dos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento universal. Tendo em vista que um dos meios mais efetivos para enfraquecer uma política social é amofinar suas fontes de recursos, os princípios do SUS parecem cada vez mais distantes da realidade.

Sob a conjuntura de que as necessidades são vorazes, e, por conta disso, devoram os recursos, surge a dúvida de que critérios e teorias devem ser utilizados para desenvolver uma justa distribuição de recursos a fim de atender o maior número de necessidades sociais. Há, na verdade, uma vasta gama de critérios e metodologias para a tomada das decisões alocativas, logo não existe um critério único, mas diversas ferramentas e possibilidades que se abrem a várias leituras (GALDINO, 2005).

A escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, que além da escassez de recursos financeiros, tem que conviver com a carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoas especializadas e

equipamentos, que são reduzidos em comparação com as necessidades. Segundo Amaral (2001) a alocação de recursos envolve decisões relativas a quanto disponibilizar, quem atender e às condutas dos potenciais beneficiados, não havendo um critério único que possa balizar todas as decisões. Na verdade, as decisões tendem a ser políticas e locais.

Por sua vez, Galdino (2005) observa os custos mais como pressupostos para tornar possível a realização dos direitos, do que como óbices para sua concreção. Para ele, os recursos econômicos teriam a função de identificar e precisar os obstáculos para a respectiva superação.

Haja vista que os recursos públicos são captados em caráter permanente, no sentido de que a captação é contínua, Galdino (2005, p. 234-235) rechaça o argumento da “exaustão orçamentária” como motivo de frustração da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito:

O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a **opção política** (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”. A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a “exaustão da capacidade orçamentária” que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental (embora isso também seja possível). O referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de “direito” fundamental. (GALDINO, 2005, p. 235, grifo nosso).

Em suma, o autor propõe uma nova visão em relação aos custos dos direitos. Visto que todos os direitos requerem recursos públicos e que esses não são suficientes para atender ao total da demanda social, a eficácia de um direito ocorre à custa da não eficácia de outro em um determinado momento e lugar.

A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem fazer danar. (AMARAL, 2001). As escolhas acerca das alocações dos recursos para tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelham os valores da sociedade em questão (GALDINO, 2005).

No contexto americano, Homes e Sunstein (1999) exemplificam a dinâmica dessas escolhas: os conservadores religiosos defendem o direito à vida e condenam a separação total entre Estado e Igreja; os liberais apoiam a liberdade de expressão e censuram o direito de oração na escola; liberais do Estado social são a favor de políticas de assistência social, em detrimento do direito de empresas de realizarem o que quiserem. A posição política

decorre da decisão de valorizar alguns direitos e censurar outros, de modo que o debate sobre direitos é alimentado por paixões partidárias e julgamentos morais conflitantes.

São os valores defendidos pela sociedade como fundamentais que determinam algumas escolhas como trágicas. Segundo Calabresi e Bobbitt (1982), é bastante comum que a escassez não decorra de qualquer absoluta falta de recursos, mas sim da decisão por parte da sociedade, que não está disposta a abrir mão de outros bens e benefícios em número suficiente para remover a carência. Em regra, a escassez continua a ser um fato da vida; contudo, em situação trágica particular, não se revela meramente imposta: a sociedade incorre nela por sua própria decisão ou, pelo menos, quer aceitá-la como propriamente pertencente à natureza das coisas, e não como oriunda de sua responsabilidade.

A tentativa depende, e pressupõe, pela plausibilidade, do fato de que por trás de praticamente todas as situações trágicas estão decisões que não são vistas como trágicas. Não é vista como trágica nos Estados Unidos a situação de deixar de fornecer diálise a pessoas em quem o tratamento seja improvável de funcionar. Tampouco é trágico capacitar jovens em tempo de guerra, enquanto os mais velhos são isentos, quando se acredita que um jovem seja muito melhor como soldado. Ambas as decisões determinam quem terá melhores chances de viver (CALABRESI; BOBBITT, 1982). Assim, nos exemplos dados, o valor da eficiência pareceu ser o fator que permitiu um movimento longe de um desfecho trágico.

Sob a ótica da escassez, conforme preleciona Galdino (2005), o objetivo central revela-se alcançar a maior eficiência possível nas alocações sociais, a qual pode ser medida de duas formas principais: por meio da maximização das utilidades individuais e da maximização da riqueza social.

O primeiro modelo se refere à denominada regra de Pareto (ou otimalidade ou superioridade de Pareto), segundo a qual, uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém. Pareto considerou esse princípio como solução para o problema clássico do utilitarismo prático: o de medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade.

Contudo Posner (2010, p. 105) alerta: “Como a medição direta da utilidade é impossível, normalmente a única maneira de demonstrar, segundo o critério de Pareto, a superioridade de uma alteração na alocação de recursos é mostrar que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas.”.

Ocorre que tanto o consentimento, sob a ótica de alocações e transações grandiosas, quanto a identificação de todas as pessoas afetadas por uma transformação de

mercado ou realocação de recursos, revelam-se inoperantes. Por conta disso, o critério da superioridade de Pareto não é aplicável à maioria das questões de políticas públicas.

Já no segundo modelo, a eficiência é medida pela capacidade que determinada escolha alocativa tem de gerar a maximização da riqueza social. Uma sociedade maximiza sua riqueza quando todos os seus recursos e direitos são distribuídos de tal maneira que a soma das valorizações individuais é tão elevada quanto possível. Galdino (2005) critica o modelo ao colocar em dúvida se a riqueza deveria ser procurada como objetivo central da sociedade.

Com efeito, adverte acerca do risco da economicização do Direito:

A caracterização economicista do homem como puramente maximizador de interesses pessoais revela uma visão distorcida da sociedade como uma série de ações individuais conscientes, que está longe de ser verdadeiro. Além disso, a teoria vislumbra um homem egoísta, interessado unicamente no máximo proveito de suas atividades. É uma visão limitada, extremamente reducionista da personalidade humana para ser admitida como prevalente em caráter absoluto em face de outros modos de pensamento. (p. 244-245).

Cite-se também a teoria do *maximin*, que tem como uma de suas implicações a prevalência de um benefício a um membro da sociedade prejudicado sobre qualquer perda sofrida por um indivíduo em melhores condições, desde que não rebaixe este a uma condição inferior à daquele. Essa teoria, portanto, abre espaço para que seja aceitável a existência de procedimentos médicos que mantenham vivos certos indivíduos, mas que sejam dispendiosos a ponto de reduzir à pobreza o resto da população (POSNER, 2010).

Cabe ressaltar que a busca por uma distribuição igualitária de recursos pode não pressupor uma distribuição justa se a sociedade fixar-se apenas em um único paradigma, pois nenhum se revela completo e adequado para todas as circunstâncias e problemas sociais. Por exemplo, o igualitarismo formal trata todos de maneira igual, sem distinções, não respeitando as peculiaridades de determinados grupos de indivíduos. Já o igualitarismo liberal requer oportunidades iguais para se mover dentro das categorias que podem ser corretamente a base da distinção; mas começa em um contexto de variados pontos de partida, como a distribuição de riquezas existentes.

Em que pese a igualdade deter paradigmas diversos, que determinam distintas visões do que seja esse princípio, para Calabresi e Bobbitt (1982), nenhuma sociedade deve se prender totalmente a um determinado padrão. Os conceitos de igualdade diferem de sociedade para sociedade, no sentido de uma concepção ser mais influente, já que a utilização de sempre uma só acaba deslizando em injustiças. Inferem os doutrinadores americanos: “*Thus notions*

of equality are not the structural values which ultimately prove decisive in fashioning methods to cope with tragic choices”³⁴ (CALABRESI; BOBBITT, 1982, p. 26).

Em que pese a dificuldade de se encontrar um critério exato para a alocação de recursos no âmbito brasileiro, ainda que o Estado encontrasse e apresentasse o plano perfeito das políticas públicas que garantissem o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementá-las todas. Em face da escassez, apesar de a saúde ser um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir.

Nesse contexto, Ferraz e Vieira (2009, p. 226-227) apontam uma relevante distinção: “escassez relativa” e “escassez absoluta”. A relativa diz respeito ao fato de que os recursos disponíveis ao Estado para investimento não se destinam apenas à saúde. A absoluta se refere ao que ocorre em menor ou maior escala em todos os países do mundo, até mesmo os desenvolvidos:

Por maiores que sejam os recursos destinados exclusivamente à saúde no processo de alocação em que entram as demais áreas, haverá sempre menos recursos disponíveis que os necessários para atender a todas as necessidades de saúde da população. Isso implica, evidentemente, a necessidade de fazer escolhas, muitas vezes difíceis, entre as diversas políticas de saúde possíveis.

As escolhas, na esfera brasileira, flutuam em uma probabilidade de dificuldade trágica cada vez maior. Em setembro de 2015, o governo federal já anunciou redução de cerca de 3,8 bilhões em gastos com a Saúde, afetando a manutenção de serviços gratuitos (como a farmácia popular) e a realização de cirurgias eletivas, internações, hemodiálises — em centros médicos conveniados ao SUS, hospitais universitários e unidades da Santa Casa. Além disso, a previsão é de que, no último trimestre do ano de 2016, não haverá mais dinheiro para fazer repasses a estados e a municípios (BRÊTAS, 2015).

Por outro lado, o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), autorizou, em fevereiro de 2015, aumento em todas as despesas com parlamentares, incluindo verba de gabinete – usada para pagar funcionários –, auxílio-moradia e cota parlamentar, que inclui gastos com passagens aéreas e conta telefônica. Não sendo o bastante tamanho absurdo, além do reajuste dos benefícios, esposas de deputados passarão a ter o direito de utilizar a cota de passagens aéreas daqueles, desde que seja exclusivamente entre Brasília e o estado de origem. O reajuste representou impacto de cerca de R\$ 110 milhões no

³⁴ N.T. Assim, noções de igualdade não são os valores estruturais que, em última análise, são decisivos para criar métodos com o fim de lidar com escolhas trágicas

orçamento. No entanto, a partir de 2016, a despesa extra será da ordem de R\$ 150 milhões por ano, os quais poderiam ter sido investidos para solucionar situações emergenciais de saúde (CALGARO, 2015). Diante disso, questiona-se: como tornar eficaz uma norma que prevê a garantia do direito à saúde? Como transformar uma norma geral abstrata em fato real?

O discurso das “escolhas trágicas” revela-se vinculado ao da insuficiência de recursos. Ocorre que, no Brasil, não é apenas a carência financeira que vai de encontro à eficácia do direito à saúde, mas também a má administração do dinheiro público, combinada com a frequente conduta de desvios e de corrupção. A crise de representatividade que vem se alastrando no espírito do povo traz consigo uma sensação de que o não retorno dos elevados tributos que são pagos para uma qualidade de saúde e de vida não decorre da escassez, mas da má gestão.

É nesse contexto que a proposta de Calabresi e Bobbitt (1982) emerge com maestria: a honestidade revela-se a melhor solução para lidar com a escassez e as escolhas trágicas. Além de ser instrumento para situações difíceis de alocações, a honestidade é também a luz que colore a percepção da sociedade das designações alcançadas por cada decisão. Com efeito,

We want to live, but we cannot. We want men to be equal, but they are not. We want suffering to end, but it will not. Honesty permits us to know what is to be accepted and, accepting, to reclaim our humanity and struggle against indignity³⁵.
(CALABRESI; BOBBITT, 1982, p. 26).

No âmbito brasileiro, a título de exemplo prático, no intervalo de 2003 a 2007, dados da Controladoria Geral da União (CGU) indicam um prejuízo de cerca de 513,2 milhões de reais em meio a problemas que vão de fraudes e desvios a falhas na aplicação de verbas. São vários os escândalos, como o superfaturamento na compra de hemoderivados (Operação Vampiro da Polícia Federal), contratos sem licitação, e até mesmo desvios de verbas destinadas ao atendimento de populações indígenas (FRAUDES..., 2007). Nos primeiros 1.341 municípios fiscalizados pela CGU, por sorteio, 426 milhões de reais (de 1 bilhão e 600 milhões repassados pela União) desapareceram, o que corresponde a mais de 25% de desvio sobre os valores repassados (NÓBREGA, 2015).

Tais fatos apenas constataam que a escassez é real, seja pelo subfinanciamento, seja pela inadequada utilização dos recursos existentes. Assim, resta lutar pela ampliação dos recursos da saúde, quer reivindicando o fim da corrupção, quer pela simples exigência de

³⁵N.T. “Nós queremos viver, mas nós não podemos. Nós queremos homens sendo iguais, mas eles não são. Nós queremos acabar com o sofrimento, mas ele não acaba. A honestidade nos permite conhecer o que é aceito e, aceitando, reclamar nossa humanidade e luta contra a indignidade.” (Tradução livre).

mais recursos que permitam que se aproxime progressivamente do estado ideal que garante o direito à saúde.

3.4 O postulado da proporcionalidade como proibição da insuficiência para a preservação do direito à saúde

É certo que os princípios abrigam direitos fundamentais, valores e finalidades, contudo, a Constituição Federal detém uma diversidade pluralista dessas normas que apontam em direções diversas. Assim, a realização completa de um princípio resulta normalmente na mitigação de outro, ocasionando a colisão entre eles, que deve ser resolvida por meio da técnica do sopesamento para que se possa chegar a um resultado ótimo, variando de acordo com o caso concreto.

O imperativo da proporcionalidade, também denominado de proibição do excesso, tem como objetivo primário a proteção dos direitos fundamentais, garantindo que nenhuma restrição a esses direitos tome dimensões desproporcionais, buscando, portanto, a sua preservação. Auxilia na interpretação e na aplicação dos direitos fundamentais, atuando como uma “restrição às restrições” desses direitos (SILVA, 2002, p. 25).

Revela-se comum a doutrina referir-se à proporcionalidade como norma princípio. Essa terminologia, porém, pretende conferir a importância devida ao conceito, à exigência da proporcionalidade, não tendo a mesma conotação de “princípio” decorrente da distinção entre regras e princípios.

Tendo como referência a classificação de Alexy (2008), a proporcionalidade enquadra-se, contudo, como regra, pois não produz efeitos em vários graus, não entra em conflito com outras normas princípios, tampouco é aplicada mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto. Seu método de aplicação consiste na subsunção. Essa classificação é também adotada por Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 27).

Já Ávila (2014) adota o termo dever de proporcionalidade, enquadrando-o como um postulado normativo aplicativo, tendo em vista atuar como uma estrutura formal de aplicação de outros princípios. Detém conteúdo normativo neutro, pois sua estrutura trifásica (adequação, necessidade e proporcionalidade em *stricto sensu*) consiste na única possibilidade de sua aplicação, o que independe do contexto fático e normativo que o circundar. Sua utilização depende apenas de um meio, de um fim e de uma relação de causalidade entre eles.

Por conta disso, o critério da proporcionalidade é tópico, na medida em que se enquadra de acordo com o caso concreto. Revela-se ainda um eficaz instrumento de apoio às

decisões judiciais, nas quais os julgadores analisam os aspectos positivos e negativos da questão, evitando excessos na relação entre meios e fins desejados, bem como oferecendo concretude à necessidade do ato decisório de correção.

Ocorre que, embora ainda seja predominantemente empregado como instrumento de controle contra excessos do Estado, tem sido bastante utilizado pela jurisprudência com finalidade oposta, como aparelho contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Por conta disso, ganhou a alcunha de “proibição da insuficiência”.

Vale ressaltar que a proporcionalidade, no contexto da proibição da insuficiência, foi desenvolvida com maestria pelo jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris sob o contexto da discussão em torno das relações entre os direitos fundamentais e o Direito privado na Alemanha. A jurisprudência brasileira, contudo, tem importado essa doutrina para a resolução de conflitos inerentes à eficácia vertical dos direitos fundamentais. Resta saber se essa conduta é válida, tendo em vista serem esferas completamente distintas.

Visto que o Estado deve oferecer um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção exigido constitucionalmente aos direitos fundamentais, a proibição da insuficiência fundamenta-se em um dever de proteção ou imperativo da tutela, configurando uma categoria autônoma, conforme defende Canaris (2003).

Em que pese uma possível equivalência no campo dos resultados, haja vista ambos recorrerem à ponderação, Canaris (2003) sustenta que não se deve impor ao Estado, no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação que no domínio das atuações interventivas. Por óbvio, estão em causa situações opostas: na esfera de uma proibição de intervenção, busca-se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que, no campo dos imperativos de tutela, cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar, mesmo de modo minimamente eficaz, referida proteção.

Além disso, há uma diferença na intensidade de vinculação do Poder Público aos respectivos parâmetros. No desempenho da função defensiva em face dos direitos fundamentais, o Estado desempenha o ônus da argumentação em relação a uma única medida (qual seja a tomada no eventual caso). Já no âmbito da função prestacional, teria de o satisfazer quanto a uma multiplicidade de medidas de proteção omitidas ou à total ausência de atuação.

No âmbito da proibição de insuficiência, é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem

incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas. Nas palavras de Canaris (2003, p. 66):

Acresce que a realização da função de imperativo de tutela só é, em regra, possível com os meios do direito ordinário, e que este, por sua vez, não é, de forma alguma, todo ele constitucionalmente pré-determinado, na medida em que tem como objeto a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Antes fica aqui, em regra, aberto ao legislador um **amplo espaço de livre conformação**. (grifo nosso).

Cabe, porém, a ressalva de Canotilho (2011) ao corroborar o entendimento de que, embora o legislador se beneficie de ampla liberdade de conformação, as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas “imposições legiferantes”, que exigem medidas concretas e determinadas e não promessas vagas e abstratas, cujo não cumprimento justificaria a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Assim, revela-se inegável que os direitos socioeconômicos, ao serem consagrados no texto constitucional, dispõem de “vinculatividade normativo-constitucional”.

A realização do dever de proteção dos direitos fundamentais verifica-se, em regra, com o auxílio do direito infraconstitucional. Nesse contexto, a proibição da insuficiência remete à verificação da maneira pela qual está sendo realizada a conformação entre o direito infraconstitucional e os direitos fundamentais. Exige-se uma proteção estatal desses últimos de maneira concreta, eficaz e efetiva ao máximo possível, não cabendo espaço para negligências. No que tange ao dever de proteção do Estado diante da fundamentalidade do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal explica:

[...] O sentido de fundamentalidade do direito à saúde que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393.175-RS, Relator: Min. Celso de Mello, 2006a).

Por outro lado, Sarlet (2005) destaca a existência de um elo comum inquestionável entre ambas as categorias da proporcionalidade: critério da necessidade da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao Poder Público. Desse modo, a proporcionalidade exige um equilíbrio entre excesso e insuficiência da conduta estatal na consecução de seus objetivos. Com efeito, Juarez Freitas (1997, p. 56-57) infere: “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.

A proporcionalidade como proibição de insuficiência ao Estado decorre de um sistema de deveres de proteção sob o prisma da omissão. O dever de proteção do Estado diz respeito à função do direito infraconstitucional, tendo como conteúdo o seu grau de eficácia de proteção. Observa-se, conforme Canaris (2003), se a proteção do direito infraconstitucional satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sendo superavaliados.

Revela-se necessário ressaltar que o postulado da proporcionalidade, corroborando a classificação de Ávila (2014), reflete em diversos resultados de acordo com cada caso concreto levado em consideração, além dos meios e fins correlacionados. Nesse sentido, o direito fundamental à saúde, quando colidir com outros direitos fundamentais, não detém eficácia absoluta, podendo ter prevalência ou não sobre outros.

Visto ter como suporte material o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, na maioria dos casos, o Judiciário atribua-lhe maior peso. Em outubro de 2014, o ministro do STF Celso de Mello negou seguimento ao Recurso Extraordinário com agravo (ARE) 727.864 (BRASIL, 2014), interposto pelo Estado do Paraná contra decisão do Tribunal de Justiça daquele estado (TJ-PR), determinando o custeio de serviços hospitalares prestados por instituições privadas aos pacientes do SUS atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu), no caso de inexistência de leitos na rede pública.

O ministro observou uma omissão estatal em “conferir significação real ao direito à saúde”, havendo a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Com efeito, destacou:

[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ARE 727.864-PR, Relator: Min. Celso de Mello, 2014).

Em contrapartida, o Supremo já afastou o direito fundamental à saúde diante de eminente lesão à ordem pública, conforme a Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91, julgada pela Ministra Ellen Grace, em fevereiro de 2007. No caso, a Ministra entendeu pela não concessão de medicamento pleiteado, sob o argumento de recursos insuficientes e da necessidade de racionalização dos gastos para não haver prejuízo à eficácia da universalidade

do próprio direito à saúde por conta de concessões de maneira individualizada. Veja-se parte dessa decisão:

[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91-AL, Relatora: Min. Ellen Grace, 2007).

Tendo uma visão extensiva das consequências de sua decisão jurídica na esfera da realidade, sem olvidar as diretrizes constitucionais à proteção e à promoção da saúde, a Ministra entendeu não ter o direito pleiteado peso suficiente para justificar a violação à reserva do possível. Nessa circunstância, não houve razões que justificassem o agravamento do problema da escassez de recursos em favor do direito de um único indivíduo.

Assim, a prevalência do direito fundamental à saúde (princípio) deve resultar em maiores benefícios do que a restrição proporcionada por ele. Além de perpassar pelo crivo da adequação dos meios para alcançar os fins, e da necessidade das restrições, a escolha desse direito tem que compensar a restrição de outro(s).

4 A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SAÚDE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA POSTURA DO JUDICIÁRIO E SEUS REFLEXOS NA ESFERA POLÍTICA

Com a finalidade de uma melhor compreensão acerca da intervenção do Judiciário na administração, em especial, na criação e na gestão de políticas públicas da saúde, torna-se de suma importância uma análise direcionada, abrangendo aspectos característicos da definição, dos objetivos e dos possíveis procedimentos envolvidos.

A intervenção judicial em matérias de políticas públicas é uma prática comum na jurisprudência brasileira. Sob o fulcro de estabelecer parâmetros legitimadores dessa ingerência, discutem-se os principais argumentos doutrinários favoráveis e contrários. A partir disso avaliam-se, de maneira crítica, os paradigmas do ativismo e da autocontenção referentes ao posicionamento do Judiciário diante dos atos dos demais órgãos estatais.

Afinal, se o Judiciário pode intervir em políticas da saúde, em especial no que tange aos leitos de UTI, é importante compreender a relação dialética entre Direito e Política, em última instância e prioritariamente, entre Judiciário e Administração.

4.1 Definição de políticas públicas na função estatal: existem conteúdos e procedimentos exclusivos para sua caracterização?

Os direitos sociais oportunizaram uma mudança de paradigma no Direito e no Estado ao modificarem a postura absentéista estatal para uma intervencionista. Em que pese a característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, Bucci (2006, p. 3) denomina os direitos sociais de direitos-meio, sob o fulcro de terem como principal função a garantia da plenitude do gozo dos direitos de liberdade.

Nesse contexto, as políticas públicas surgem para concretizar esses direitos, consistindo em toda e qualquer atuação do Estado, por meio da Administração Pública Direta ou Indireta, que almeje efetivá-los. Constituem, portanto, “[...] um meio de concretização dos direitos que estão codificados nas leis de um país” (DIAS; MATOS, 2012, p. 15).

Com efeito, Bercovici (2006, p. 144) infere: “O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais.”. Assim, a atuação estatal é essencial na elaboração,

planejamento, execução e financiamento das políticas públicas, embora haja a possibilidade de parceria com outros governos ou com a sociedade civil.

Segundo Aith (2006) é comum a participação de sociedades civis sem fins lucrativos no desenvolvimento de ações a partir de políticas públicas criadas e financiadas pelo Estado. Não obstante, é possível observar a clara participação social na política pública do SUS no que tange às atividades de fiscalização realizadas pelos Conselhos. Outro exemplo são as consultas públicas na Agência Nacional de Saúde (ANS), as quais equivalem a instrumentos de participação direta previstos no Regimento Interno da própria Agência (art. 64, Inciso V).

Quanto à participação financeira de particulares na execução de políticas públicas pode-se, mais uma vez, observar um exemplo prático no âmbito do SUS. É o que a legislação denomina de assistência complementar. Com efeito, a participação da iniciativa privada no SUS dá-se com o escopo de cumprir o princípio da universalidade, cabendo destacar ainda que a sua atuação se volta, principalmente, para a assistência de média e alta complexidade, que deve complementar a atenção básica para cumprir o atendimento integral previsto na Constituição.

Nesse sentido, a política pública revela-se como um programa ou quadro de ação governamental, pois consiste em um conjunto de medidas coordenadas com o fim de movimentar a máquina estatal, no sentido de realizar algum determinado objetivo de ordem pública, ou melhor, de concretizar direitos. Para tanto, prescreve reserva de meios, prioridades, metas ou resultados, além de marcos temporais. Além disso, possui um componente de ação estratégica, na medida em que incorpora elementos sobre a ação necessária e possível em um determinado momento, em um certo conjunto institucional, para projetá-los futuramente (BUCCI, 2006).

Dessa maneira, não existe um modelo de política pública “ideal” ou “correta”, na medida em que resultam de situações contingenciais de uma cidade, região ou país. O que pode funcionar em um determinado momento histórico e espaço, pode não produzir resultados eficientes em outros. Nessa toada, cabe destacar as seguintes características das políticas públicas elencadas por Dias e Matos (2012): 1) estabilidade, já que perduram no tempo, mas podem sofrer alterações; 2) adaptabilidade, sendo passíveis de reajustes, conforme as mudanças de resultados e das circunstâncias; 3) coerência e coordenação, pois devem ser compatíveis com outras políticas para que seus efeitos sejam maximizados; 4) qualidade da implementação e da aplicação efetiva, a qual deve estar associada à capacitação do corpo técnico (ou burocracia); 5) consideração do interesse público, isto é, busca pelo bem-estar

geral; e 6) eficiência, com o fim de alocar seus recursos escassos às atividades em que obtenham os maiores retornos.

Visto que as políticas públicas correspondem ao atendimento das necessidades dos cidadãos nas diversas esferas de atuação da Administração, torna-se possível classificá-las em diferentes tipos, a depender do seu conteúdo: a) social, referente a ações que envolvem saúde, educação, habitação, etc.; b) macroeconômica, quando trabalha na área fiscal, monetária, cambial ou industrial; c) administrativa, se focar em assuntos vinculados à democracia, descentralização e participação popular; d) específica ou setorial, quando relacionada a demais temas específicos, como meio ambiente, cultura e direitos humanos (DIAS; MATOS, 2012).

De outro giro, Aith (2006) distingue as políticas públicas em políticas de Estado e políticas de governo, tendo como parâmetros: os objetivos, o planejamento e a forma de financiamento. Será considerada política de Estado quando apresentar como objetivo a consolidação institucional da organização política do Estado, a garantia da soberania nacional e da ordem pública.

Ao trabalharem com as finalidades essenciais do Estado no que tange à sua estrutura e desenvolvimento, não estão sujeitas à supressão mediante a troca de governos. Ademais, são planejadas, executadas e financiadas exclusivamente pelo Estado. A participação da sociedade civil é possível na implementação dessas políticas, desde que de maneira complementar, subsidiária e subordinada ao Estado. Cite-se como exemplo a política de estruturação do SUS e a de segurança nacional.

Por outro lado, fala-se em política de governo se os objetivos forem os de promover ações específicas de proteção e de promoção dos direitos fundamentais constitucionais, em especial os sociais. São dotadas de maior especificidade e flexibilização, podendo ser interrompidas ou substituídas por outro tipo de política direcionada à realização do mesmo objetivo anterior.

Quanto ao financiamento, são majoritariamente custeadas por recursos públicos, embora admitam cofinanciamento privado, por meio de regras e controles fixados pelo Estado. Outrossim, admitem ter sua execução delegada ou terceirizada, ainda que integralmente. Tem-se como exemplo a política de saúde mental “Programa de Volta para Casa”, que oferece bolsas para egressos de longas internações em hospitais psiquiátricos, além da “Política Nacional de Medicamentos”. Dessa maneira, as políticas de Estado atuam como base para a implementação das políticas setoriais de governo.

Sendo uma política social, conforme sua finalidade, a saúde pode ser enquadrada como política preventiva (passiva), tendo em vista almejar a diminuição ou impedimento da ocorrência de problemas sociais graves, para o que contribui toda a sociedade, mediante financiamento indireto por meio do sistema tributário. Por outro lado, podem configurar políticas sociais compensatórias (ativas), quando visam à recuperação da saúde das pessoas, buscando solucionar problemas gerados pela ineficiência de políticas preventivas anteriores. Ademais, em regra, são universalistas, mas há políticas de saúde focalizadas (específicas), quando os respectivos destinatários são definidos pelo nível de necessidades ou risco, como as políticas de saúde ao idoso (DIAS; MATOS, 2012).

Nesse cenário, Bucci (2006) destaca a característica processual de uma política pública, entendendo-a como um arranjo complexo que realiza conexões de todos os devidos elementos necessários para sua realização. Partindo-se do pressuposto de que a política pública resulta da acomodação de diversos processos (eleitoral, legislativo, administrativo, orçamentário, judicial, dentre outros), revela-se fundamental a sua regulação jurídica.

A lei, em seu sentido amplo, aponta o interesse público primário, do qual se extraem os objetivos e metas, a alocação de recursos e a forma de sua distribuição para atingir o fim almejado. Assim, uma só ação governamental não constitui política pública, mas um conjunto articulado de programas, como partes de um todo que visa a um determinado objetivo: concretização de um direito fundamental.

Os conceitos de política e de política pública se aproximam, mas não se equivalem. Chauí (2007) considera a política como um espaço público em que são determinadas as formas de sociabilidade e definidas as formas de poder e o exercício do governo. Assim, a política está relacionada à busca pelo bem comum (Aristóteles, Rousseau) e ao exercício do poder estatal (Bobbio; Vittorio Hösle), ou seja, seu objeto concentra-se na coletividade. Já a política pública conota especificamente os programas governamentais. Trata-se das atividades do Estado para atingir os objetivos corroborados no âmbito da política e, por fim, regulamentados pelo Direito.

Por óbvio, não basta a promulgação da Constituição ou de lei editada pelo legislador ordinário, é necessário o cumprimento de várias etapas antes de uma política pública ser executada e, assim, o direito nela contido ser concretizado. De início, revela-se essencial definir qual o problema público a ser enfrentado. Todavia, importa esclarecer que “nem todos os problemas tornam-se públicos e nem todos os problemas públicos são combatidos mediante políticas públicas” (SALES, 2015, p. 174), ou seja, visto que o orçamento do Estado é limitado e que nem todos os problemas são de ordem pública e de

relevância social, a escolha do problema e a sua inclusão na agenda pública não podem ocorrer de maneira arbitrária pela Administração, é necessário o seu reconhecimento e legitimação pela sociedade.

Há, portanto, uma fundamental troca mútua de informações e condutas entre a sociedade e o Estado para alcançar a máxima eficácia dos direitos inseridos em normas, que vinculam políticas públicas planejadas e selecionadas pelas autoridades públicas competentes. Nesse contexto, Sales (2015) destaca a importância e a necessidade de participação da sociedade no processo de elaboração e implantação de políticas públicas³⁶ mediante audiências públicas e outros canais de comunicação e interação com o cidadão (por exemplo, por meio de sítios eletrônicos), afinal são eles os atingidos diretamente pelas medidas adotadas e é o interesse público, isto é, o bem comum e não o particular, a finalidade primordial de toda a atuação da Administração.

Cabe aqui a reflexão lógica de Amartya Sen (2010, p.199): “[...] a resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos pode realmente fazer a diferença”. A comunicação possibilita a compreensão, pelo Estado, do que a população almeja, do que falta para a promoção do seu bem-estar. Por certo,

Deve-se garantir a liberdade de participação dos cidadãos e fomentar a criação de espaços onde o povo possa interagir com o Estado a fim de que este compreenda as suas demandas e atenda às suas necessidades. Ademais, a participação, numa sociedade efetivamente democrática, possibilita a fiscalização do destino dos recursos públicos e a exigência de responsabilização em eventual caso de inadimplemento. (SALES, 2015, p. 170).

A própria Constituição de 88 definiu sistemas de gestão democrática em diversas áreas de atuação da Administração Pública, como os colegiados na área de previdência social, em que os trabalhadores podem discutir interesses profissionais e previdenciários (art. 10); a patuação de associações participativas no planejamento municipal (art. 29, XII), em especial na área da saúde, por meio do SUS, que tem como diretriz a participação da comunidade (art. 198, III), mediante os Conselhos e Conferências.

Por outro lado, toda política pública requer um planejamento que coordene, racionalize e ofereça unidade de fins à atuação do Estado essencialmente para o futuro,

³⁶Vale ressaltar que referida importância à participação popular nem sempre existiu no processo de planejamento e implementação de políticas públicas. No início do século XX, as intervenções urbanas na saúde pública, por exemplo, eram realizadas sem negociações. A política sanitária desenvolvida no Rio de Janeiro, sob o comando de Oswaldo Cruz e com o fim de erradicar a febre amarela, adotou medidas rigorosas de combate ao mosquito transmissor. De modo semelhante ocorreu a implementação da política sanitária de combate à varíola, a qual deu ensejo à Revolta da Vacina, que eclodiu em 1904 (DIAS; MATOS, 2012).

buscando a alteração da situação econômica e social hodierna. Não existe planejamento “neutro”, pois se trata de uma escolha, dentre várias possibilidades, orientada por valores políticos e ideológicos, consagrados na Lei Maior, além de sua vinculação ao orçamento. Frise-se que um plano sem planejamento é uma formulação racional de ideias, mas sem nenhuma efetividade prática.

O planejamento é uma possibilidade de controlar a atuação do Estado, tendo em vista definir a direção e o ritmo que essa deve obedecer. Desse modo, ele não deve ser reduzido exclusivamente à busca de um orçamento equilibrado, nos moldes liberais, em detrimento de investimentos na esfera social (BERCOVICI, 2006). Até porque o planejamento deve corresponder às expectativas da sociedade como um todo, mediante um processo dinâmico e permanente, que incorpore, ao máximo, a complexa realidade que pretende organizar: “[...] um planejamento estático, imutável e que deve ser levado a ‘ferro e fogo’, conforme o estabelecido, é irreal” (DIAS; MATOS, 2012, p. 132).

Sendo o orçamento autorizativo adotado em quase sua totalidade no País³⁷, o Poder Público possui a discricionariedade para avaliar a conveniência e a oportunidade do que deve ou não ser executado. Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, as reformas estruturais são o aspecto essencial da política econômica, sob o fulcro da distribuição e descentralização da renda, bem como da integração social e política de toda a população. Frise-se que os resultados das políticas econômicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas também de sua viabilidade política e das opções institucionais (BERCOVICI, 2006).

Por conta disso, na elaboração do orçamento estatal devem ser alocados recursos suficientes para atender às políticas públicas direcionadas às principais necessidades da sociedade, de acordo com os objetivos elencados em determinado período, a exemplo da implementação das políticas que asseguram o acesso ao direito à saúde. A seguir, explanam-se as principais diretrizes e características do planejamento das políticas públicas de saúde, com o fim de uma melhor compreensão e análise da intervenção judicial nessa esfera.

³⁷O orçamento impositivo foi incluído no sistema orçamentário brasileiro pela Emenda Constitucional nº 86, a qual prevê a liberação obrigatória de verbas orçamentárias resultantes de emendas parlamentares individuais, extraíndo-se que o Poder Executivo fica vinculado à execução da programação. Cumpre esclarecer que as emendas individuais são mecanismos de que se servem os parlamentares para dedicar parte da arrecadação da União para obras e ações em seus Estados de origem, observado o limite estabelecido de 1,2% da receita corrente líquida (RCL) do ano anterior. De acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2015 (Lei nº 13.080/2015), sancionada em 5 de janeiro de 2015, a quantia prevista corresponde a R\$ 9,7 bilhões, ou seja, cerca de R\$ 16 milhões por parlamentar.

4.2 Políticas públicas em saúde: diretrizes e planejamento

O SUS, como toda política pública, necessita de um prévio planejamento. Sendo um sistema descentralizado, embora detendo direção única, suas ações e serviços devem ser organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, conforme artigo 8º da Lei nº 8.080/90, sem olvidar a participação da comunidade, regulamentada pela Lei nº 8.142/90.

Tendo em vista que o Brasil se revela um país de grande diversidade demográfica, climática, vegetal e animal, não se pode determinar e distribuir uma política pública em proporções iguais em cada região. É preciso avaliar os respectivos quadros epidemiológicos, bem como conhecer, nas três esferas de gestão, as condições de infraestrutura física, tecnológica e de suprimento logístico disponível à atividade de planejamento, além de verificar o nível e a disponibilidade de recursos humanos.

Nos termos da Lei nº 8.080/90, o critério epidemiológico (art. 7º, VII), o organizacional de serviços e o populacional (arts. 35 e 37) devem pautar a política de saúde e a definição das prioridades, as quais devem estar consubstanciadas em planos de saúde – base de todas as atividades do SUS (art. 36, §1º) – financiados com a totalidade dos recursos previstos na EC nº 29/2000 e com as transferências obrigatórias de recursos entre os entes federados. Registre-se que o artigo 36, § 2º, da referida legislação veda expressamente a realização de qualquer despesa não prevista em plano de saúde, salvo em circunstâncias emergenciais.

O planejamento em saúde, portanto, pressupõe que cada ente realize seu processo considerando as especificidades do território, as necessidades, a definição das diretrizes, os objetivos e as metas a serem alcançadas, bem como as programações de ações e serviços e a conformação de redes de atenção à saúde, contribuindo para a melhoria da qualidade do SUS local e impactando na condição de saúde da população (PERNAMBUCO, 2013).

Em que pesem as peculiaridades do cenário da saúde, pode-se resumir as seguintes características do processo de planejamento: a) continuidade e permanência - o planejamento é realizado continuamente e não se esgota na simples montagem de um plano; b) temporalidade - previsão, relação entre o que se pretende realizar e o tempo disponível para tanto; c) racionalidade nas tomadas de decisões - o planejamento funcionando como um meio para orientar o processo decisório; d) caráter sistêmico - deve-se planejar pensando na unidade como um todo, sem omitir relações internas e externas; e) técnica de alocação eficiente de recursos - de forma antecipada e decidida (BRASIL, 2002).

Com a publicação do Decreto Presidencial GM/MS nº 7.508/2011³⁸ e da Lei Complementar nº 141/12³⁹, o planejamento em saúde é colocado na centralidade da Agenda⁴⁰, apontando como grandes desafios a necessidade de remodelagem e reordenamento dos instrumentos vigentes, bem como a consolidação de uma cultura de planejamento em saúde.

O planejamento é objeto de grande parte do arcabouço legal do SUS, quer indicando processos e métodos de formulação, quer como requisito para fins de repasse de recursos e de controle e auditoria. Nessa toada, impera mencionar a Portaria/GM nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga o Pacto pela Saúde com seus três componentes: Pactos Pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão, bem como homologa as respectivas Diretrizes Operacionais. Referido Pacto define que o processo de planejamento no SUS deve seguir as seguintes diretrizes:

I. O processo de planejamento no âmbito do SUS deve ser desenvolvido de forma articulada, integrada e solidária entre as três esferas de gestão. Essa forma de atuação representará o Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde baseado nas responsabilidades de cada esfera de gestão, com definição de objetivos e conferindo direcionalidade ao processo de gestão do SUS, compreendendo nesse sistema o monitoramento e avaliação; II. Este sistema de planejamento pressupõe que cada esfera de gestão realize o seu planejamento, articulando-se de forma a fortalecer e consolidar os objetivos e diretrizes do SUS, contemplando as peculiaridades, necessidades e realidades de saúde locais; III. Como parte integrante do ciclo de gestão, o sistema de planejamento buscará, de forma tripartite, a pactuação de bases funcionais do planejamento, monitoramento e avaliação do SUS, bem como promoverá a participação social e a integração intra e intersetorial, considerando os determinantes e condicionantes de saúde. III. No cumprimento da responsabilidade de coordenar o processo de planejamento se levará em conta as diversidades existentes nas três esferas de governo, de modo a contribuir para a consolidação do SUS e para a resolubilidade e qualidade, tanto da sua gestão, quanto das ações e serviços prestados à população brasileira. (BRASIL, 2006b).

A implementação do Pacto pela Saúde tem possibilitado relevante experiência aos gestores e profissionais do SUS, em especial no tocante aos instrumentos decorrentes dos processos de planejamento e de pactuação. O Plano de Saúde (PS), a Programação Anual de Saúde (PAS), o Relatório Quadrimestral Detalhado e o Relatório Anual de Gestão (RAG)

³⁸Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

³⁹Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

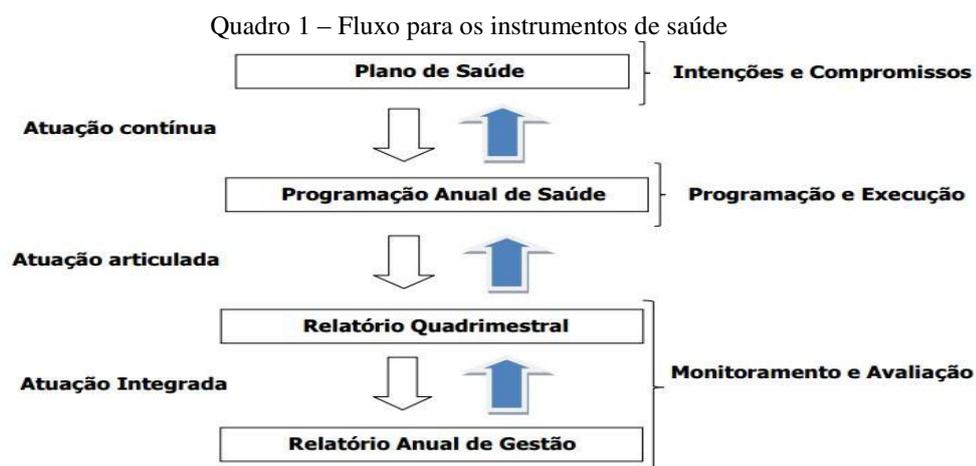
⁴⁰A Agenda de Saúde é um instrumento de gestão pelo qual os governos federal, estaduais e municipais estabelecem, justificam e detalham as prioridades da política de saúde. Assim, o gestor deve destacar e justificar os eixos prioritários de intervenção, os objetivos e os indicadores da política de saúde em cada esfera de governo e em cada exercício.

constituem instrumentos de gestão e expressam o Sistema de Planejamento do SUS, devendo cada um ser elaborado nos três níveis estatais: municipal, estadual e nacional. Dessa maneira, detêm cunho estratégico para o alcance da capacidade resolutiva e para a sua inserção efetiva no Pacto pela Saúde.

O PS equivale a um instrumento de gestão que consolida, em cada esfera de governo, o processo de planejamento na área da saúde para um período de quatro anos, contemplando também as prioridades estabelecidas nas Agendas de Saúde e os respectivos mecanismos necessários para a sua execução; o PAS, por sua vez, operacionaliza as intenções expressas no PS.

Registre-se que no PS há uma importante ferramenta denominada Quadro de Metas, base para a elaboração dos Relatórios de Gestão. Naquele são realizadas as previsões físicas e financeiras, neste se avalia o cumprimento dos objetivos e das metas constantes do Quadro de Metas.

De maneira simplificada, o Relatório Detalhado Quadrimestral apresenta o montante e a fonte de recursos aplicados, bem como as auditorias realizadas ou em fase de execução, tornando públicos os resultados alcançados durante o quadrimestre. Esse relatório deve compor, ao final de cada ano, o RAG - instrumento que apresenta os resultados alcançados com a execução da PAS. Visando descrever a maneira como esses instrumentos se inter-relacionam para uma maior eficiência no planejamento das políticas públicas da saúde, apresenta-se o Quadro 1:



Fonte: Brasil (2013, adaptado pela autora)

Além das Agendas, Planos e Relatórios de Gestão, são importantes instrumentos de gestão ligados ao planejamento em saúde o Plano Diretor de Regionalização⁴¹ (PDR) e o Plano Diretor de Investimentos⁴² (PDI).

A elaboração do PDR deve ser coerente com os conteúdos do Plano Estadual de Saúde, ou seja, este orienta a produção daquele. Esse instrumento deve prever a organização dos estados em módulos e microrregiões de saúde com níveis crescentes de complexidade dos serviços. Assim, determinados serviços de saúde passam a ser pensados em uma lógica regional, o que permite ganhos de escala e sustentabilidade do custeio dos serviços de saúde mais complexos e mais caros. Ademais, o PDR servirá como subsídio para a elaboração da Programação Pactuada e Integrada (PPI), que dará efetividade ao que foi pactuado.

Outra importante função do Plano Diretor de Regionalização, que integra o Plano de Saúde Estadual, é servir como subsídio para os Planos de Saúde Municipais, uma vez que para planejar as ações de assistência à saúde o gestor municipal tem que considerar a regionalização dos serviços de saúde no seu respectivo estado.

Pretende-se com isso abrir a oportunidade de resgatar o real sentido desses instrumentos, que é o de orientar a ação e a decisão dos gestores no que tange ao processo de gestão descentralizada e de alocação dos recursos de investimentos, voltados para a adequação da oferta das ações e serviços, numa perspectiva de regionalização. Cabe registrar as dificuldades enfrentadas na elaboração desses instrumentos pelos gestores, visto que requerem estrita vinculação com o Plano Estadual de Saúde e, ao mesmo tempo, com os processos de pactuação.

Por fim, no PPI se traduzem as responsabilidades de cada gestor do sistema, de forma a garantir o acesso da população aos serviços de saúde, seja pela oferta existente na circunferência de um determinado município, seja pelo encaminhamento a outro município de referência, sempre por meio de negociações entre gestores municipais, mediadas pelo gestor estadual (BRASIL, 2002).

Cada município deve ter a programação das ações que irá executar para então negociar com os outros gestores a programação das ações que serão referenciadas, conforme o PDR. Para tanto, o gestor municipal deve conhecer as necessidades dos habitantes de seu município, a quantidade de usuários que serão atendidos no município, a quantidade de

⁴¹O PDR, estabelecido pela Noas/01, é parte integrante do Plano de Saúde estadual e tem como função organizar, de forma regionalizada e hierarquizada, a assistência à saúde, de modo a garantir o acesso da população a todos os níveis de complexidade dos serviços de saúde. O processo para a aprovação do PDR é baseado no pacto entre os gestores, em que a iniciativa cabe às secretarias estaduais de saúde (BRASIL, 2002).

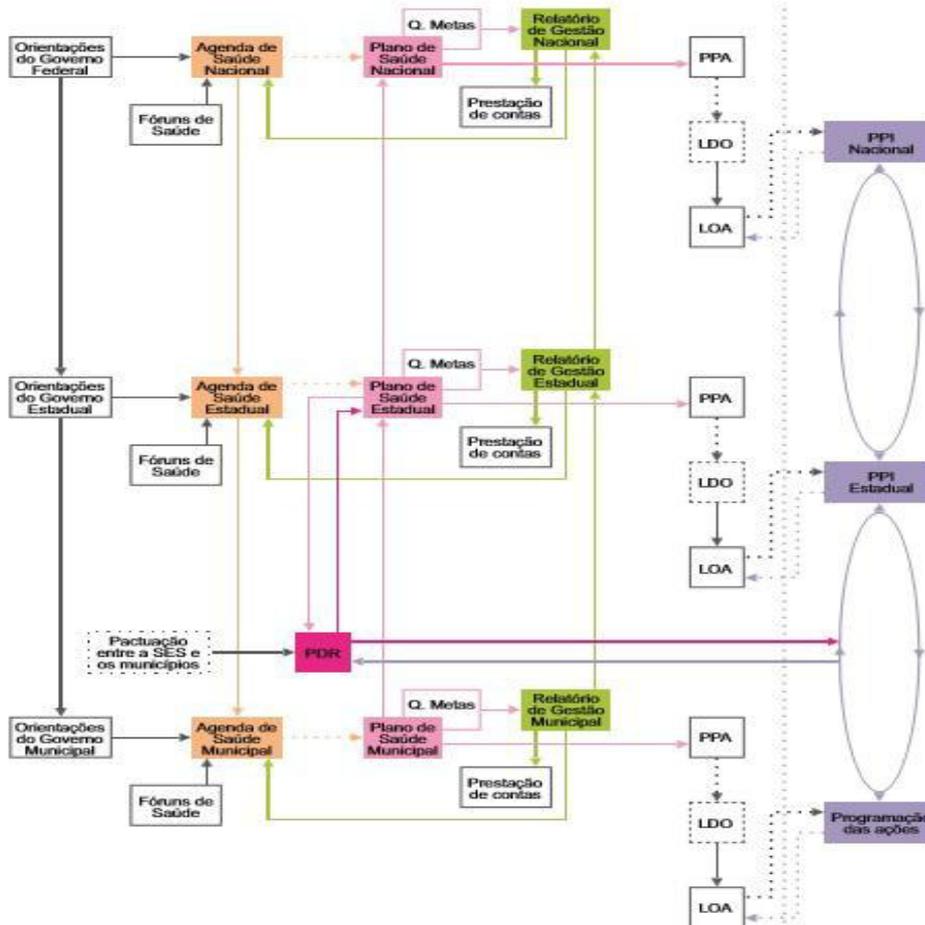
⁴²O PDR deve contar com um PDI, que servirá como orientação para a elaboração dos respectivos planos plurianuais, bem como das propostas orçamentárias (BRASIL, 2002).

usuários encaminhados para o atendimento de referência em outros municípios, bem como conhecer as especialidades profissionais (médicas ou outras) e os recursos tecnológicos demandados. Qualquer tratamento fora do domicílio deverá ser programado e pactuado por meio da PPI e terá reflexo direto nos limites financeiros do que cada gestor do SUS disporá.

Por conta disso, a Programação Pactuada e Integrada não pretende responder a todas as necessidades de programação das Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde. Restringe-se a alguns aspectos e questões de interesse ou de responsabilidade compartilhada, que envolvem a fixação de critérios de alocação de recursos do SUS.

Para uma melhor compreensão do fluxo de interação entre Agendas de Saúde, Planos de Saúde, Relatórios de Gestão, Plano Diretor de Regionalização e Programação Pactuada e Integrada, analise-se o seguinte esquema (Quadro 2):

Quadro 2 – Fluxo de interação entre Agendas de Saúde, Planos de Saúde, Relatórios de Gestão, Plano Diretor de Regionalização e Programação Pactuada e Integrada



Fonte: Brasil (2002)

Após essas breves notas acerca do planejamento sistêmico das políticas de saúde, tornam-se evidentes as densas inter-relações entre os diversos órgãos executivos que trabalham no âmbito da saúde, em todas as esferas estatais. Diante disso, apesar de o Judiciário ser o intérprete final da Constituição Federal e ter que decidir de modo a garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais, os quais são concretizados por meios de políticas públicas, revela-se extremamente arriscado tal intervenção na execução das políticas estatais previamente planejadas tão meticulosamente. O trabalho em conjunto e de maneira articulada e integrada entre tantos órgãos administrativos não pode ser totalmente ignorado em face de argumentos morais e normativos. Afinal, o direito não é só valor e norma, mas é, e precisa ser, também fato, realidade. Do contrário, de que serviria ele à sociedade?

Nesse ponto, emerge a necessidade de se analisar a abertura que o Judiciário possui para intervir nas decisões de gestão de políticas públicas. Não são raros os acórdãos dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que tratam desse assunto, trazendo a alcunha, a depender da decisão (se contrária ou a favor do que os órgãos legislativos e executivos já determinaram), de ativistas ou autocontidos.

4.3 A intervenção judicial nas políticas públicas da saúde: parâmetros legitimadores

Independentemente do conteúdo ou classificação da política pública, não se pode olvidar que possuem um aparato normativo que possibilita seu reconhecimento, proteção e exigência pelo sistema jurídico. Detêm distintos suportes legais, podendo ser expressadas por intermédio de normas constitucionais, legais ou infralegais, inclusive em instrumentos de natureza jurídica privada, como contratos de concessão de serviço público.

Com propriedade, Bucci (2006, p. 37) afirma: “A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública”. É exatamente sob essa perspectiva que o Judiciário encontra espaço para que sua atuação seja legítima para influenciar o fluxo de políticas públicas.

Ao Judiciário brasileiro, consoante os reflexos da assunção das novas atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Maior vigente, como o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos de todos os órgãos estatais, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação e eficiência, na conformidade dos

mandamentos constitucionais. Dando seguimento ao raciocínio, Mancuso (2002, p. 730) infere que:

[...] a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada a consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Tendo em vista essa ingerência, explanam-se os principais argumentos contrários e a favor da intervenção judicial no controle de políticas públicas, permitindo uma reflexão sobre as causas e suas respectivas consequências para a eficácia e a aplicabilidade das normas que regem os direitos fundamentais constitucionais.

Por fim, seja para respeitar o sistema de freios e contrapesos, seja para garantir a proteção dos valores e princípios constitucionais, o Judiciário pode adotar uma postura “ativista” ou “autocontida” de acordo com o caso concreto que lhe é apresentado. Todavia, diante dos diversos significados que esses termos recebem da doutrina, faz-se necessário o seu esclarecimento, para finalmente se compreender a real relação entre a conduta do Judiciário e a política estatal, desmistificando definições pejorativas e de mera retórica. Independentemente da posição adotada, a sua distância ou aproximação com a política pode variar, mas jamais se anular.

4.3.1 Argumentos contrários e favoráveis ao controle jurisdicional de políticas públicas

Dentre os argumentos contrários à postura do Judiciário no controle de políticas públicas, destacam-se: o princípio da separação dos poderes, a ausência de legitimidade dos juízes, a intervenção no âmbito da discricionariedade própria aos poderes Legislativo e Executivo e, por fim, a questão orçamentária.

Ocorre que o Judiciário tutela políticas públicas, na medida em que elas expressam e buscam concretizar direitos, mais especificamente, os direitos fundamentais. Tal possibilidade pode ser fundamentada pela própria Lei Maior em seu art. 5º, XXXV, o qual prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo Cambi (2010), é importante frisar que tradicionalmente a categoria dos magistrados sempre demonstrou ser a menos revolucionária se comparada às demais. Ocorre que as transformações decorrentes do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica,

surgida a partir de meados do século XX, fomentaram a saída do terceiro poder da película protetora do formalismo.

Apesar da crise do *Welfare State*, que buscava promover a igualdade, sustentando seus integrantes com base em políticas públicas e de assistência social, os direitos sociais não desapareceram, o que determinou importantes implicações impostas aos juízes. A partir disso, o Judiciário assume seu papel principal como intermediador entre a vontade do povo e de seus legisladores, na medida em que afasta a aplicação da lei ou ato normativo que esteja dissociada dos anseios do real titular do Poder Constituinte Originário. A seu tempo, Madison, Hamilton e Jay (1993, p. 481) já haviam construído a seguinte reflexão:

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.

Partindo-se do pressuposto de que a jurisdição constitucional tem o dever de velar pela concretização dos valores da Constituição, mais do que declarar a nulidade das normas inconstitucionais, no sentido meramente negativo, revela-se igualmente de sua competência a orientação e o fornecimento das condições necessárias para a realização dos referidos valores.

Furtado e Cavalcante (2009) aduzem que não apenas a pluralidade desordenada das leis, mas também a inatividade do Legislativo, abrem espaços que tendem a ser supridos pelo Judiciário, que, não podendo se eximir de julgar, decide questões cada vez mais políticas, extrapolando o modelo de lide interindividual. Trata-se de uma inafastável consequência do gigantismo estatal, de natureza legislativa e executiva, em que o corpo dos magistrados ultrapassou a tradicional função de dirimir conflitos de natureza civil e penal, revelando-se um terceiro gigante, guardião e controlador dos poderes políticos do Estado contemporâneo.

Na verdade, o crescimento do Poder Judiciário mostra-se fundamental na manutenção das almeçadas liberdades, pois, caso contrário, o sistema de controles recíprocos restaria comprometido, prejudicando o equilíbrio e a garantia de um efetivo regime constitucional. Dessa maneira, o controle exercido pelo Judiciário não é incompatível com o desempenho eficaz das atividades do Legislativo e do Executivo.

Segundo Canotilho (2011), não existem questões constitucionais isentas de controle, não devendo o Tribunal Constitucional recusar a apreciação de uma matéria ou declinar de sua competência apenas por se tratar de questão política. O objetivo não é fazer política por meio de controle de constitucionalidade das leis, mas apreciar a

constitucionalidade da política, o que deve ser realizado por meio de parâmetros jurídico-materiais presentes na própria Constituição.

Segundo Agra, Castro e Tavares (2008), as garantias das condições democráticas de um Estado, incluindo a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, justificam a legitimidade de um Tribunal Constitucional, que passa a ser o guardião da coerência dos princípios constitucionais e da eficácia social da Constituição. Assim, o sistema democrático de direito legitima a justiça constitucional a impor-se imperativamente perante qualquer órgão do Poder Público que permaneça silente ou arbitrário em face das diretrizes constitucionais. Em outras palavras, nas sociedades contemporâneas, a criação e a manutenção das cortes constitucionais – acima das disputas políticas – garantem o equilíbrio do sistema político constitucional vigente e a universalidade da democracia e da separação dos poderes.

Vale ressaltar que o poder constituinte originário incumbiu expressamente à Suprema Corte de ser a defensora e a intérprete “privilegiada” das questões constitucionais, ou seja, o sentido final da interpretação constitucional é por ela outorgado (LIMA, 2015). Previu expressamente também o princípio fundamental da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea. A legitimidade democrática não se resume apenas ao sistema eletivo, abrangendo também a relação entre o Judiciário e a sociedade, e na medida em que o primeiro não age de ofício, a sociedade a ele recorre. Na visão de Madison, Hamilton e Jay (1993), é exatamente para cumprir com essa responsabilidade que os magistrados necessitam de uma parcela incomum de força.

Cappelletti (1999) argumenta que, diferentemente do Judiciário, ainda que o Legislativo e o Executivo sejam considerados tradicionalmente como legítimos responsáveis perante o povo, não constituem perfeito paradigma de democracia representativa, haja vista a complexa estrutura política nos quais grupos de interesse buscam vantagens entre diversos centros de poder. Na realidade, muitos frutos decorrentes do Congresso e da Presidência não constituem o reflexo de organismos democráticos e majoritários, mas da vontade de uma minoria com interesses conflitantes.

O próprio Judiciário não é de todo privado de representatividade. Primeiro porque os membros da Suprema Corte de muitos países são nomeados politicamente pelo Presidente da República com o consentimento do Senado. Segundo, porquanto contribuem para a completa representatividade geral do sistema, na medida em que possibilitam a todos os indivíduos ou grupos o acompanhamento do processo judicial, promovendo a sua efetiva participação na atividade pública. Nesse sentido, determinados grupos (raciais, religiosos,

econômicos, dentre outros) encontram justamente nos tribunais o acesso e o amparo sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.

Ademais, além da defesa de interesses nem sempre condizentes com os ideais de democracia, some-se o fato de que o Legislativo brasileiro passou por várias crises de legitimidade, situação que se estende ao Poder Executivo e pode ser assim sintetizada:

(a) A grande influência do poder econômico no sistema político elevou sobremaneira os custos das campanhas eleitorais fazendo com que a representação parlamentar se tornasse elitista e dependente dos grupos economicamente mais poderosos através dos *lobbys* e financiamentos de campanha; (b) a busca de dividendos eleitorais afastou o legislativo das questões polêmicas, inclusive aquelas mais ligadas aos direitos fundamentais, gerando um vazio legislativo nas matérias urgentes, como o aborto, a proteção dos homossexuais, por exemplo; (c) várias denúncias de corrupção envolvendo parlamentares [...] (d) A impunidade crônica de políticos envolvidos em escândalos de corrupção [...] (e) para agravar a situação, o cargo político tem sido utilizado para dificultar a punição, seja porque existe o foro privilegiado, seja porque o poder é capaz de influenciar o resultado de julgamentos envolvendo altas autoridades, gerando um círculo vicioso em que os mais inescrupulosos alcançam o poder e usam o mesmo poder para se manter impunemente (MARMELSTEIN, 2013, p. 30).

Para Tate (1995, p. 30), “*The politics of rights may become distinguishable from the politics of interests only in its relatively more legalistic discourse.*”² Assim, como os grupos cada vez mais descobrem a utilidade potencial dos tribunais no cumprimento de seus objetivos, utilizam-se disso para expandir a compreensão dos direitos, no intuito de incluir interesses que podem aparecer para alguns, mas são ligados apenas remotamente a qualquer fundamento constitucional em um projeto de lei formal de direitos.

No que tange à discricionariedade administrativa, segundo Mello (1998), abrange não apenas o mérito administrativo, mas também a utilização de conceitos vagos previstos em textos normativos. Ao se exercer o ato de intelecção da lei, deve-se levar em consideração o contexto em que essa se insere, já que o Direito não pode eximir-se da linguagem, bem como deve observar se a opção de conveniência e de oportunidade se realizou sem desvio de poder, ou seja, longe das finalidades da lei.

Revela-se ultrapassado o entendimento de que o Judiciário deve autoconter-se frente ao mérito administrativo. Esse mandamento, sob o fulcro da separação dos poderes, já não é absoluto, diante da mudança de paradigma na Administração Pública. Essa encontra-se vinculada a uma nova técnica de legitimação de sua atuação: o controle jurisdicional em face

² N.T. “A política de direitos pode tornar-se distinguível da política de interesses apenas em seu discurso relativamente mais legalista.” (tradução livre).

dos princípios constitucionais e de seus valores axiológicos, conforme já exposto anteriormente.

A própria Constituição vigente, em seu artigo 5º, LXXIII, possibilitou ao Judiciário, por via de ação popular, a apreciação do mérito do ato administrativo em caso da mera lesividade da moralidade administrativa, independentemente da violação da legalidade. Some-se isso a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, a qual estabeleceu o princípio da eficiência, vinculando a atuação dos gestores públicos à otimização dos respectivos serviços, conforme redação atual do artigo 37, *caput*.

Como averiguar o respeito a esse princípio constitucional sem adentrar na seara da conveniência e da oportunidade do ato administrativo discricionário? Nesse sentido, Viana (2010) entende ser o controle jurisdicional das políticas públicas o meio único de viabilizar correta e efetiva observância do referido princípio.

É fato que as escolhas realizadas no contexto da provisão de políticas públicas, encargo típico do Executivo, não atendem a todos diante do limite de recursos. Além disso, há eventuais falhas nos processos políticos decisórios ou mesmo irregularidades na prestação de contas públicas, em decorrência de desvio de verbas.

Tendo como base a ADPF nº 45, o STF, em decisão monocrática do relator Ministro Celso de Mello, firmou seu posicionamento a favor da intervenção excepcional do Judiciário no controle de políticas públicas em caso de descumprimento dos encargos político-jurídicos incidentes sobre o Legislativo e o Executivo, vindo a prejudicar a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos de cunho constitucional.

Visto que a Constituição Federal de 1988 tem como finalidade assegurar condições materiais mínimas para uma existência digna, essas adquirem prioridade no destino do orçamento público. Qualquer inércia estatal injustificável ou conduta abusiva que venha a impedir essa garantia constitucional permite a intervenção do Judiciário. Tal interferência revela-se excepcional, pois o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BRASIL, 2004a).

Corroborando a possibilidade de tal equilíbrio, desde que a limitação de recursos não seja ignorada por nenhum âmbito estatal (político ou jurídico), pontua Barcellos (2002, p. 245-246):

O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade de Estado ao obter recurso, para gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer

outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, no bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Embora não seja unânime a preocupação com a questão orçamentária no Judiciário, o órgão de cúpula já demonstrou não ignorar esse tema. Em decisão monocrática, referendada pela Segunda Turma, envolvendo o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches, o ex-Ministro Carlos Velloso concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou o Município do Rio de Janeiro a garantir a gratuidade do atendimento no prazo de 30 dias, e a ampliar o número de vagas até atender a totalidade da demanda local no prazo de apenas um ano. O fundamento foi a exata violação das normas constitucionais, pois implicaria a realização de despesas sem a necessária autorização orçamentária (BRASIL, 2002).

É verdade, contudo, que essa preocupação surgiu com mais afinco após as diretrizes extraídas da ADPF nº. 45, julgada em 2004, pois antes disso, juízes e tribunais intervinham apenas sob o fulcro da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais de cunho social. Grinover (2011), com base na posição do STF, resume os requisitos necessários para a intervenção judicial: o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Nagibe Jorge Neto (2009, p. 46) acrescenta mais um limite a esse controle: a reserva de consistência, a qual está relacionada à matéria de prova, ou seja, o Judiciário somente poderá intervir quando comprovada violação dos direitos sociais fundamentais, passando das cercanias da discricionariedade dos demais poderes:

Normalmente, a reserva de consistência refere-se ao controle de constitucionalidade dos atos normativos. Exige-se que o julgador “apresente argumentos substanciais de que o ato normativo é incompatível com a Constituição”. Nada obstante, o mesmo raciocínio pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, ao controle das políticas públicas, isto é, ao controle da própria ação estatal que objetiva concretizar os princípios constitucionais. Demonstrar que uma determinada política pública é incompatível com a Constituição é justamente demonstrar que os objetivos por ela traçados não se conformam com os direitos fundamentais.

O juízo consistente deve ser fundado em razões técnico-científicas e morais quanto à decisão adequada a ser tomada pelo Poder Público. Em última análise, está vinculada à justificação da decisão judicial, sendo mais um critério para buscar decisões justas, evitando o arbítrio judicial (CAMBI, 2010).

Assim, o controle pode ser realizado desde que respeitados tais limites e sempre com a finalidade de tornar eficazes os direitos fundamentais, bem como sua aplicabilidade direta. Por mais que esteja diante de violações de direitos, o Judiciário deve observar as consequências de suas decisões, para não ocasionar o benefício de poucos, em detrimento do prejuízo de milhões.

4.3.2 Análise crítica do paradigma do ativismo judicial

A judicialização da política⁴³ e o controle jurisdicional de políticas públicas são temas que se encontram e se complementam, ambos servindo também como referência quando se discute ativismo judicial. Parte-se do pressuposto de que esse circunda a característica da acentuada criatividade judiciária, no sentido de adaptar-se à evolução da política e das novas exigências sociais que eventualmente surgem. Frise-se que o ativismo deve ser movido pelo objetivo axiológico e normativo previsto, seja em primeira ou em última instância, na Constituição Federal.

Sem desviar-se da ideia prática de ativismo judicial, Valle (2009) enumerou cinco definições sob perspectivas diferentes: prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; estratégia de não aplicação dos precedentes; conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; distanciamento dos cânones metodológicos de interpretação; e julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

Aduz a autora não ser o simples controle de constitucionalidade que configura o ativismo, mas a frequente reiteração dessa conduta tão invasiva ao espaço da atuação de outro poder. Contudo, com todo respeito à doutrinadora, não se corrobora esse entendimento, tendo

⁴³ A doutrina não é unânime ao definir e distinguir o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial. Mesmo quando se pretende distinguir, há coincidências causais. A título de exemplo, José Ribas Vieira (2009, p.12) propõe a seguinte distinção: “Apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não se confundem. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão de comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – prima facie – de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreciam a transferência decisória do eixo do poder Legislativo para o Poder Judiciário.”. Condutas e condições são elementos que se complementam para um mesmo resultado, qual seja a transferência de decisões típicas de órgãos eminentemente políticos para órgãos jurídicos.

em vista que o controle de constitucionalidade é fruto de uma competência oriunda diretamente da Lei Maior. Sob essa perspectiva, não há espaço para se questionar ou classificar tal controle como ativista, já que se mostra como autêntica atribuição do Judiciário.

Quanto à segunda definição, diz respeito à superação de alguma linha equivocada de interpretação em face do surgimento de novas circunstâncias da realidade. No sistema da *common law*, o afastamento dos precedentes judiciais pelo julgador, seja das decisões de tribunais superiores, seja de suas próprias decisões, só pode ocorrer por meio de uma técnica excepcional denominada *overruling* (desconstituição fundamentada do precedente, em que esse deixa de possuir caráter vinculante). Doutrinariamente, contudo, não é encarado como conduta ativista.

O terceiro sentido remete à função de legislar, de criar, dos juízes, ultrapassando os limites fornecidos pelo texto normativo ao impor sua escolha pessoal dos meios e dos fins para a concretização do direito. A problemática do referido enfoque reside em torno do que seria o “direito” e a quem compete sua delimitação e definição. De modo semelhante, o quarto sentido encontra obstáculos para estabelecer quais parâmetros da hermenêutica jurídica a corte constitucional deve seguir, configurando o ativismo quando essa se desvie dos cânones aceitos de interpretação.

Por fim, a quinta definição identifica o ativismo na prática jurisdicional de alcançar finalidades já determinadas por meio de normas, que, por serem de cunho programático e dependentes de regulamentação, terminam por não produzirem todos os seus efeitos, detendo uma eficácia por vezes inócua.

A superação do positivismo liberal pré-kelseniano, que reduzia a teorização hermenêutica a mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, cedeu espaço às normas programáticas de direitos sociais, as quais implicam, necessariamente, elevado nível de criatividade, haja vista seu conteúdo procrastinatório e não explícito, exigindo uma dinâmica e contínua adaptação de seu material normativo aos anseios de uma sociedade livre e pluralística, em permanente evolução.

Sob o ponto de vista de Cappelletti (1999, p. 89-90), o fator criatividade da função jurisdicional mostra-se inevitável:

Não se deve esquecer, ainda, o fato fundamental de que a criatividade judiciária, ou a sua acentuação, foi em larga medida consequência do enorme crescimento dos próprios ramos políticos, e da necessidade, daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo. Por isso também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que desenvolva maior “competência institucional”, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe estão impondo, processo este que, como vimos, já está em curso na realidade.

Apesar disso, o autor ainda registra que, mesmo nos países da *civil law*, em que o Direito se identifica com a interpretação vinculada à lei, percebe-se o ativismo do Judiciário, pois sua atividade é limitada pelos ditames legais, no entanto, a própria lei é um mito, uma abstração, que deve ser interpretada e completada para alcançar efeitos reais e concretos. Além disso, a arte de traduzir a lei é sempre criativa, o que muda são os graus dessa criatividade (CAPPELLETTI, 1999).

Na mesma esteira de raciocínio, Ramos (2010, p. 110) enfatiza o sentido otimista da conduta ativista dos julgadores, na medida em que proporciona a adaptação do direito às novas exigências sociais e às novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, em busca de conservar as opções dos legisladores ou mesmo dos precedentes pretéritos, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativa consagrados.

Dando conotação negativa ao termo, a corrente adepta do literalismo e do originalismo entende que qualquer prática judiciária que não se anexe ao interpretativismo é considerada ativista, indo de encontro à democracia, ao Estado de Direito, ao pluralismo ideológico, à objetividade e à segurança jurídica. Em sentido oposto, os filiados ao não interpretativismo defendem a incorporação da supremacia da Constituição e do *judicial review* ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da característica criativa dos magistrados, conforme provado pela Hermenêutica contemporânea. Enfatizam ainda que somente uma interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante dezenas de anos, adaptando-se às enraizadas transformações sociais, econômicas e culturais (RAMOS, 2010).

Certamente o ativismo apenas se torna prejudicial à sociedade quando distorce algum sentido do dispositivo constitucional aplicado, na medida em que se estaria deformando obra de nada menos do que do próprio Poder Constituinte originário, lançando autêntica e perigosa “mutação inconstitucional” (contrária à Lei Maior).

Ademais, o “ativismo” judicial no controle jurisdicional de políticas públicas, muitas vezes decorrente do controle de constitucionalidade, nas democracias contemporâneas, tem aplicado seu domínio sobre os resultados dos processos legislativos e das políticas públicas, o que resultou em um cuidado maior do Legislativo e do Executivo em não violar a Lei Maior ao desempenhar suas atividades e deliberações (NUNES JUNIOR, 2008).

Por fim, seria enganoso desconsiderar a impressão de que essa conduta proativa inerente ao fenômeno da judicialização da política se desenvolveu de alguma maneira isolada do centro social e econômico de interesses da estrutura do sistema político, conforme já observado. Nesse sentido, cabe a conclusão de LIMA (2015, p. 222):

O ativismo judicial brasileiro é um fenômeno social, influenciado por vários vetores como Judiciário, composto por juízes com uma cultura mais atuante. A reiteração de escândalos de corrupção na política, aliada à sua incapacidade operacional de atender os anseios sociais, fomenta um descrédito generalizante da sociedade com os políticos. E, em alguns casos, acresce a isso tudo a própria omissão política no enfrentamento de questões altamente polêmicas a fim de evitar desgaste com parte do eleitorado.

Dessa maneira, o ativismo é fomentado não apenas pela sociedade, quando desamparada pelo Estado político, mas também pelos próprios órgãos eminentemente políticos. Nesse último caso, pode ocorrer por dois motivos: com o fim de evitarem tomar decisões “pouco populares”, logo, prejudiciais às eleições; e com o fim de reivindicarem interesses contrários à maioria, decorrendo da oposição. De fato, o desenvolvimento e a expansão de cada política de direitos podem, muitas vezes, serem mais encarados como realizações do interesse de grupos que não encontraram nos processos de decisões majoritárias a sua vantagem, do que como a resposta dos atores políticos para uma visão elevada dos direitos humanos. Portanto, o ativismo pode ser utilizado tanto em favor do interesse público, quanto de interesses particulares de civis e de políticos dissimulados.

4.3.3 Análise crítica do paradigma da autocontenção judicial

Acerca da autocontenção, Posner realiza sua análise e seu estudo explorando as possibilidades dessa prática na área da discricionariedade judicial, espaço em que o julgador não pode decidir casos simplesmente por referência à vontade de outros órgãos, como órgãos do próprio Judiciário que decidiram casos anteriores, do Legislativo, inclusive os autores da Constituição (POSNER, 1983).

Para o autor, o termo “autocontenção” pode ser utilizado pelo menos de cinco diferentes formas:

(1) A self-restrained, judge does not allow his own views of policy to influence his decisions. (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views. (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power. (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively. (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government⁴⁴. (POSNER, 1983, p. 10).

⁴⁴N.T. “(1) Um juiz autocontido não permite que seus próprios pontos de vista, no que se refere à política, influenciem suas decisões. (2) Ele é cauteloso, circunspecto, hesitante sobre se intrometer nesses pontos de vista. (3) Ele está consciente sobre a prática política limitada sobre o exercício do poder judicial. (4) Suas decisões são influenciadas por uma preocupação de a promíscua criação judicial de direitos resultar em uma

A primeira definição assemelha-se ao posicionamento de Dworkin (2002), que rejeita a visão estadunidense de que questões políticas equivalem a questões jurídicas. Entende que os juízes não devem decidir casos constitucionais difíceis baseados em convicções políticas e pessoais, mas impor apenas convicções políticas que podem figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. O julgamento, antes de tudo, é uma questão de princípios, mais precisamente, de princípios políticos, e não propriamente de política. O doutrinador americano assim distingue princípio e política:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36).

O autor entende que a função do Judiciário é proteger os direitos dos indivíduos sem considerar a comunidade como um todo. O juiz deve garantir os direitos da minoria contra os arbítrios da maioria. Estabelecer objetivos a serem cumpridos com a finalidade de desenvolver o padrão da sociedade compete aos órgãos políticos, e não jurídicos.

Para Posner, no entanto, essa primeira definição revela-se inútil, tendo em vista o autor permanecer interessado apenas em analisar a autocontenção no que ele denomina de *open area of judging*, em que a decisão correta não pode ser obtida de maneira livre de qualquer ideal político. Para tanto, o autor comenta sobre a área de discricionariedade, não administrativa, mas judicial, que ele entende ser uma estreita região para a qual, na ausência de uma orientação autoritária, o juiz pode trazer suas preferências políticas para decidir o caso em questão, revelando sua evidente função de aplicador e eminente criador do Direito.

What can fairly be inferred from the constitutional scheme is that the judges are not to exercise the same freewheeling legislative discretion as the elected representatives, the difference being captured in Holmes' metaphor that the judge unlike the legislator is “confined from molar to molecular motions.” 41 The problem with this as a motto of judicial self-restraint is that the sum of a large number of molecular motions may be molar; judicial law creation may be incremental but the increments add up. Although the democratic principle has become a more pervasive feature of our system since the original Constitution, that cuts both ways: it makes the federal judiciary more anomalous, but maybe an even more necessary counterweight to the democratic branches of government⁴⁵.

inundação das Cortes em litigância, que não podem funcionar de forma eficaz. (5) Ele quer reduzir a força do seu sistema judicial em relação à de outros ramos do governo (tradução livre)”.⁴⁵

⁴⁵N.T. “O que pode razoavelmente ser inferido a partir do regime constitucional é que os juízes não estão a exercer a mesma circunferência livre de discricionariedade legislativa como os representantes eleitos, sendo a diferença capturada em metáfora por Holmes que o juiz, ao contrário do legislador é ‘confinado de molar a

(POSNER, 1983, p. 16).

Já a segunda definição seria, na verdade, a de um juiz condescendente. Definições 3 e 4 referem-se ao que Posner denomina de *Prudential self-restraint*⁴⁶, respectivamente em seu aspecto político e funcional. Muitos juízes que praticam a autocontenção prudente em seu aspecto político sofrem reflexos do Congresso, como ter seus julgamentos ignorados. Sob o aspecto funcional, juízes reconhecem e levam em consideração as consequências de decisões que criam direitos, podendo haver um aumento de *caseloads*⁴⁷, e, com isso, prejudicar a capacidade dos tribunais de funcionar. A economia judicial revela-se, portanto, um peso a ser colocado no equilíbrio de suas decisões.

O foco, contudo, do jurista e doutrinador americano encontra-se na definição 5: a autocontenção como princípio político utilizado por juízes para decidir determinados casos na região discricionária de decisão. A preocupação central reside no que Posner (1983) denomina de contenção estrutural (*structural restraint*), um mecanismo de autocontrole que reflete no equilíbrio da estrutura de freios e contrapesos entre as três funções estatais.

Na terminologia de Posner, a autocontenção surge como mecanismo de redução do poder dos tribunais. O ativismo, em contrapartida, possui efeito oposto: amplia necessariamente o poder do Judiciário em detrimento de qualquer outra instituição governamental. Registre-se que a não intromissão judicial apenas dá ensejo à autocontenção quando isso signifique não estar agindo contra a vontade dos ramos políticos do governo.

Em relação ao posicionamento do juiz em face dos precedentes, a deferência ou o desprezo por eles no momento de sua decisão não reflete na adoção de sua conduta ativista, tampouco na autocontida. Nas palavras de Posner (1983, p. 20):

*You could, along the less partisan axis that I have been discussing, be an activist judge who was deferential toward precedent or a restrained judge who was not deferential toward precedent. Attitude toward precedent is independent of the judge's position on any of the other axes along which he must align himself.*⁴⁸

movimentos moleculares.”. O problema com isso como um lema de autolimitação judicial é que a soma de um grande número de movimentos moleculares pode ser molar; criação judicial de lei pode ser incremental, mas os incrementos adicionam também. Embora o princípio democrático tornou-se uma mais penetrante característica do nosso sistema desde a Constituição original, que corta ambas maneiras: faz o judiciário federal mais anômalo, mas talvez mais ainda contrapeso necessário para os ramos de governo democrático (tradução livre).

⁴⁶Autocontenção prudente.

⁴⁷Número de casos que cabe ao juiz decidir em um período.

⁴⁸N.T. “Você pode, ao longo do eixo menos partidário que eu tenho vindo a discutir, ser um juiz ativista que foi deferente por meio de um precedente ou um juiz contido que não foi deferente para um precedente. Atitude em relação a precedente é independente da posição do juiz em qualquer dos outros eixos ao longo do qual ele deve alinhar-se.”.

Outro ponto interessante salientado por Posner (1983) é que uma decisão autocontida não decorre necessariamente de um juiz tímido, com pouca autoconfiança ou nenhuma autoestima. A razão advém simplesmente do fato de esses julgadores entenderem que os tribunais deveriam ser condescendentes com os outros ramos do governo. Pode ocorrer, por exemplo, que um juiz tímido não esteja disposto a reconsiderar decisões ativistas do seu antecessor. Do mesmo modo que não se deve igualar autocontenção judicial com timidez, não se deve vincular ativismo com ousadia.

Autocontenção judicial pode ter origem em diversas fontes. Pode surgir a partir de uma simples preocupação com a sobrecarga dos tribunais federais, quando determinadas decisões ensejadoras de direitos realizam efeito cascata, incentivando o aumento do número de demandas, como se observa nos pleitos de leitos de UTI ou de cirurgias ortopédicas no estado do Ceará. Pode decorrer também do receio de uma “retribuição” (ou melhor, vingança) pelos ramos políticos contra um Judiciário hiperativo; ou mesmo a partir de uma deferência no momento de um juiz decidir casos como partidário do partido político que apoiou a sua nomeação⁴⁹.

Nesse sentido, mostra-se evidente, como Posner mesmo percebe, que não apenas o ativismo judicial, mas também a autocontenção é muitas vezes oportunista e contingencial. Assim, de acordo com o caso concreto, e levando em consideração as consequências de suas decisões no momento de sopesar princípios e valores, o julgador assume sua posição. Não obstante, infelizmente essa postura pode mudar conforme a influência e pressão dos próprios órgãos políticos quando se tratar de problemas e de discussões de grande repercussão midiática, como legalização da maconha e união estável de pessoas do mesmo sexo.

Dessa maneira, tanto a autocontenção como o ativismo judicial produzem reflexos para o quadro político. A dialética entre jurisdição e legislação e entre jurisdição e administração atua de maneira entrançada graças à própria Lei Maior, que estrutura as funções típicas e atípicas dos três “poderes” estatais, atribuindo ao Judiciário a função de guardião. A Constituição, maior de todas as criações políticas, funciona, portanto, como centro de relações recíprocas entre os sistemas autônomos da Política e do Direito, formando o que Marcelo Neves (1994) preceitua: acoplamento estrutural de sistemas.

Em sua concepção procedimentalista, Ely (2010) defende a autocontenção judicial, abrindo espaço para sua atuação na área política apenas para garantir o procedimento

⁴⁹Lembre-se de que, nos Estados Unidos, a nomeação de juízes não ocorre por meio de concurso público, mas por indicação. Ver tópico 2.1.3. Fazendo alusão ao Brasil, a nomeação dos Ministros do STF é realizada pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme art. 101, parágrafo único da CF/88.

de deliberação dos assuntos políticos. A linha de decisão judicial, portanto, não deve comportar questões substanciais ou valorativas, mas somente garantir o bom funcionamento do sistema político, mantendo fluidos os canais de participação social e de mudança política. O doutrinador explica sua tese utilizando uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time adquire uma vantagem indevida ou desrespeita as regras do jogo, não quando o time “errado” faz gol.

O problema surge exatamente em delimitar a definição exata e o alcance dessas “regras”, trabalho destinado ao intérprete das leis: o Judiciário. Ao colocar o processo democrático acima da garantia dos valores constitucionais, Ely realiza um contrassenso, na medida em que não há democracia sem Constituição ou sem o respeito aos direitos fundamentais.

Ao tratar de um documento essencialmente político, tona-se inevitável o exercício de uma atividade também de cunho político. Em defesa da função política do Judiciário, Rocha (1995, p. 77-78) assevera:

Na verdade, o trabalho judicial é político no sentido de que o juiz, ao decidir, faz opções em função de argumentos políticos em sentido amplo (filosóficos, ideológicos, sociais, etc.) e não apenas lógicos. De modo que a tese positivista da “apoliticidade” do juiz e de seu trabalho atualmente, só teria um significado: impedir a penetração no seio da magistratura de uma “política alternativa” à política do “sistema”. [...] Outro efeito prático social procedente do modelo tradicional é afastar o juiz do povo, pois, imaginando exercer um poder técnico e não político, sente-se desvinculado do titular da soberania, inclusive quanto à responsabilidade pelos resultados sociais de suas decisões. Ao mesmo tempo em que se distancia do povo, a magistratura, principalmente dos tribunais, “aproxima-se” cada vez mais do círculo do poder político e econômico, o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema e, inversamente, sua “dificuldade” de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população, justamente por afetarem os interesses dominantes.

Apesar da inevitável atividade política exercida pelo Judiciário, na doutrina brasileira, o mecanismo da autocontenção é normalmente relacionado à adoção da doutrina das questões políticas. Essa compreende a distinção entre matérias políticas e jurídicas, com o fim de determinar que aos tribunais somente compete dirimir conflitos jurídico-constitucionais, deixando a solução dos problemas estritamente políticos a cargo dos órgãos políticos (RIBEIRO, 2007). Souza Júnior (2004) explica que questão política abrange qualquer ato de poder qualificado pela insindicabilidade judicial, insuscetível, portanto, de qualquer intervenção por meio de decisões judiciais, mesmo que seja apresentada para deliberação em algum tribunal.

Nessa oportunidade, é interessante a conclusão inferida por Albuquerque Rocha (2013, p. 199) ao identificar, no imperativo de autocontenção, um remate para o ciclo dos poderes no Estado brasileiro, veja-se:

Na apreciação das questões políticas dos juízes deve esperar-se sempre uma atitude crítica e de autocontenção para não se imiscuir em atos de governo. Se o Judiciário entender ser o caso passível de análise judicial, a motivação decisional é o elemento de racionalidade que mais impregna segurança jurídica à sua atividade. O poder de autocontenção, aliado à ideia de democracia e de ponderação, parece ser o que mais se aproxima do constitucionalismo brasileiro na análise das questões políticas.

O autor defende a prática da autocontenção pelo Judiciário em evidentes assuntos de natureza política, como os de competência exclusiva e privativa dos demais poderes, não devendo adentrar no mérito de tais questões. Como apenas o caso concreto, posto a julgamento, poderá, em última instância, determinar a justiciabilidade de uma questão, decidindo pela intervenção, o julgador deve usar o critério de ponderação (ROCHA, 2013).

No Brasil, o STF tem exercido a autocontenção, por meio da doutrina das questões políticas, em circunstâncias que abrangem matérias *interna corporis* (interpretação e aplicação dos Regimentos Internos da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional), apreciação de atos de expulsão de estrangeiros em casos de anistia e no conhecimento dos pressupostos das medidas provisórias, essa última ainda cabendo ressalva quando houver evidente utilização abusiva pelo chefe do Executivo (RIBEIRO, 2007).

Em matéria de políticas públicas, o STF já proferiu decisão, mantendo uma postura autocontida, corroborando a administração realizada pelo Executivo na eficácia do direito social à educação. O Plenário do STF considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, seguindo o voto do relator Min. Ricardo Lewandowski⁵⁰, os demais julgaram improcedente a ADPF nº 186, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) (BRASIL, 2012b).

⁵⁰Para o ministro, a legitimidade dos critérios empregados guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles. Acerca da constitucionalidade do critério de seleção à universidade, explana: “Diante disso, parece-me ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais. Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos.” (BRASIL, 2012b).

Cabe pontuar que o Supremo se utilizou de argumentos políticos, em vez de argumentos de princípio, conforme a doutrina de Dworkin, para decidir de maneira deferente com a atuação dos órgãos políticos, aderindo a uma posição autocontida. A decisão visou beneficiar a comunidade em geral, não mantendo o foco em apenas um indivíduo, conjecturando sobre as graves consequências de uma possível aceitação do seu pedido.

Assim, o fato de a Corte brasileira decidir sobre questões políticas sob o fulcro de argumentos políticos, em vez de argumentos de princípio, não significa necessariamente uma postura ativista ou interventiva no desempenho das funções alheias ao Judiciário.

Torna-se evidente, portanto, que não há como o Supremo permanecer inerte em face de assuntos políticos, principalmente em razão de sua função de garantidor da eficácia dos direitos fundamentais, decorrente de seu papel de guardião da Constituição. Na esfera de sua área aberta de julgamento do caso em análise, destaca-se a posição autocontida do órgão de cúpula judicial diante das políticas públicas oriundas do Executivo, o que promove a *structural restraint* em consonância com o sistema de freios e contrapesos, que permitem o equilíbrio de forças do País.

O controle jurisdicional de políticas públicas deve ser observado sob a ótica da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, e não sob o viés negativo do ativismo judicial, com o qual é mal relacionado e mal compreendido. A pressão midiática e a transferência das decisões mais polêmicas para a mesa do Judiciário pelos próprios órgãos políticos não contribuem apenas para o ativismo judicial, mas também para a autocontenção, às vezes oportunista e contingencial. Dessa maneira, pode-se afirmar que as razões que levam o STF a adotar uma postura ativista ou autocontida podem convergir, no sentido de que ambas repercutem na política do País, não sendo consequência exclusiva do ativismo.

5 OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ACESSO IGUALITÁRIO A POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS LEITOS DE UTI NO ESTADO DO CEARÁ

A despeito de ser plenamente possível o controle jurisdicional de políticas públicas, o fenômeno da judicialização da saúde tem crescido de maneira descomedida, maquiando a função do Judiciário de garantir a maior eficácia da saúde enquanto direito fundamental. Uma visão juricêntrica e distante da interação entre os órgãos de gestão e execução, somada à predominância da litigação individual, promove a desestruturação não apenas do SUS, mas também do próprio Judiciário, que se vê sufocado com o excesso de demandas cada vez mais complexas e tendo que gerir assuntos para os quais não tem capacidade técnica.

Sob o cenário de um país em crise econômica, que repercutiu diretamente no orçamento financiador das políticas de saúde, não são raras as filas de espera para conseguir consultas, cirurgias e, sobretudo, leitos de UTI. Nesse contexto, os serviços de Terapia Intensiva e Emergência, por atenderem pacientes mais graves e complexos, em épocas de crise, costumam ser os mais atingidos, pois é onde a situação revela-se mais dramática e o risco de morte por deficiências no atendimento atinge seu ápice.

Diante da negativa do Poder Público, inúmeros indivíduos recorrem ao Judiciário para garantir uma vaga, na esperança de recuperar a saúde, ou, ao menos, permanecer vivos. O embate ocorre quando uma decisão judicial viola a ordem de uma fila de espera, a qual sequer deveria existir. No estado do Ceará, esse problema é objeto de noticiários desde 2003, quando foi ajuizada uma ação civil pública para a transferência de pacientes da fila para a rede privada, bem como para a construção de mais leitos. Diante da permanência do problema, outras ações civis públicas foram ajuizadas, além das diversas demandas individuais.

Sem olvidar o direito individual de cada cidadão de pleitear junto ao Judiciário a proteção do direito em baila, propõe-se uma priorização das demandas coletivas, tendo em vista seus efeitos serem ultra partes ou erga omnes, o que evitaria furos de filas de espera e a consequente violação do acesso igualitário aos serviços de saúde, bem como facilitaria o diálogo institucional entre os órgãos das três funções estatais.

Consoante já discutido anteriormente no Capítulo 2, a saúde detém um sentido amplo de prevenção e recuperação do bem-estar físico e psicológico. O Judiciário, porém, só consegue agir na seara curativa, logo não pode nem deve agir sozinho. De que adiantaria

conseguir uma decisão liminar que garanta um leito de UTI ou medicamento ou cirurgia, se não houver recursos humanos, hospitais com aparelhos funcionando, água potável para beber, saneamento básico, dentre outros? Para uma maior eficácia do direito à saúde, é preciso um trabalho multistitucional, que pode ser ventilado pelas demandas coletivas, conforme se discute adiante.

5.1 A judicialização faz bem à saúde? A posição dos Tribunais

Não se pode negar que o Judiciário se revela um importante órgão de tomada de decisões sociais, especialmente às minorias, que o observam como outra ou única possibilidade de acesso à Justiça⁵¹. Devido à sua imperatividade e à força de seus precedentes, ainda que o sistema brasileiro seja o do *Civil Law*, as decisões judiciais acabam determinando inúmeros comportamentos na sociedade (SABINO, 2011).

É certo que os indivíduos destituídos de recursos, que necessitam de tratamentos e medicamentos que não lhes são concedidos pelo Poder Público, podem recorrer juridicamente, sob o fulcro dos artigos 5º, XXXV, 6º, 196 e 197, da Constituição. Por outro lado, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais as mais diversas e muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e afora das possibilidades orçamentárias.

Por conta disso, por mais que o órgão judicial detenha independência e liberdade de decisão, podendo-se até falar em discricionariedade de decisão, haverá sempre limites (processuais ou substanciais) que devem pesar sobre a escolha do magistrado⁵². Até porque não se pode olvidar o fato de que o Executivo é quem possui a primazia na definição das políticas públicas da saúde, além de deter o domínio do orçamento público, bem como uma visão mais macroscópica das necessidades da população, e não o Judiciário (SABINO, 2011).

Quando a política pública tratada é a saúde, os critérios devem ser mais rigorosos, tendo em vista não só o impacto orçamentário da sentença, que pode dar ensejo à realocação forçada e não planejada de recursos públicos destinados à saúde, mas as consequências de uma escolha de quem vive ou quem morre. Revela-se necessária a máxima cautela para evitar

⁵¹Não se está defendendo que o acesso ao Judiciário equivale ao acesso à Justiça, mas apenas pontuando que ele pode ser um meio para se alcançar a garantia de direitos.

⁵²De maneira semelhante, há limites processuais e substanciais que devem ser observados pelos órgãos políticos no instante de suas escolhas e decisões, o que pode ser controlado pelo Judiciário, e vice-versa. Essa é a real dinâmica do sistema de freios e contrapesos, com o fim de controlar o exercício do “poder uno e indivisível”.

o privilégio de alguns em detrimento de milhares de outros, o que, por ser vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto entre as partes, torna-se extremamente dificultoso para o Judiciário.

Nesse ponto, Rister de Sousa Lima (2015, p. 225), em seu estudo sobre a atuação do STF na seara da saúde, entende que a racionalidade jurídica se restringe apenas à circunferência da microjustiça, dando ensejo a uma atuação simbólica quando nada faz em favor dos inúmeros jurisdicionados que tiveram o seu direito à saúde envilecido. Com efeito, “A microjustiça, nesse caso, enfileira-se com uma nova elite: aquela que possui instrumentos técnicos para chegar ao STF”.

Para o sociólogo brasileiro, a atuação simbólica da Suprema Corte é identificada quando a atuação jurisdicional dos demais magistrados não é observada. Decisões que resolvem problemas pontuais, mas que agridem a coletividade, promovem a ideia de um álibi em face da sua incapacidade de manter as expectativas ao longo do tempo⁵³.

Não obstante, o número de demandas judiciais envolvendo assistência à saúde, tanto pública quanto suplementar, vem aumentando vertiginosamente ao longo dos anos. A título de exemplo, conforme dados da Advocacia-Geral da União (AGU), em 2009, cerca de 10.486 novas ações comparadas a 2008 foram protocoladas; no ano de 2010, mais 11.203 novas ações; no ano de 2011, 12.436 novas iniciais; e no ano de 2012, mais 13.051 ações foram pleiteadas (BRASIL, 2014).

Já em 2014, o levantamento do Conselho Nacional de Justiça⁵⁴ (CNJ) demonstra que há em torno de 400 mil processos judiciais envolvendo assistência à saúde, tanto política quanto privada, ao passo que o balanço de 2011 indicava 250 mil, apontando um avanço de 60% (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA PARAÍBA, 2014).

Em verdade, em um regime democrático, revela-se direito do cidadão recorrer ao Judiciário para defender suas garantias constitucionais. Todavia, ainda que haja fundamento

⁵³Cabe esclarecer que o sentido de “decisão álibi” muito se aproxima do de “legislação álibi” propagada por Marcelo Neves, que se encontra inserida em situações como as que ocorrem nos processos eleitorais, em que os políticos divulgam seus atos como forma de angariar eleitorado ou mesmo manter o do pleito anterior, pouco importando se haverá ou não uma melhora na realidade. Referida explicação já fora explanada no tópico 2.3 do presente trabalho.

⁵⁴Diante desse cenário, o Fórum Nacional da Saúde, coordenado pelo Conselho Nacional Justiça (CNJ), propôs-se identificar experiências bem-sucedidas relacionadas ao julgamento das ações de saúde para disseminá-las por todo o Brasil. A ideia, segundo a conselheira Deborah Ciocci, coordenadora do Comitê Executivo do Fórum, é criar um banco de boas práticas para que todos os tribunais tenham acesso e oportunidade de adotar as iniciativas exitosas voltadas à solução dessas demandas. “O objetivo é conferir maior agilidade e segurança às decisões em processos judiciais envolvendo a saúde, que é o bem mais precioso do cidadão”, destaca a conselheira (BRAGA, 2014).

legal para muitas dessas ações, o volume crescente de processos demonstra indício de anormalidade.

Em 2009, em meio à decisão AgRg em STA nº 175/CE⁵⁵ (BRASIL, 2009a), o STF despertou para a dimensão alcançada por questões que envolviam a garantia do direito fundamental à saúde, convocando audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade em relação às carências do Sistema Único de Saúde (SUS)⁵⁶. Dentre os motivos que instigaram esse evento, destacam-se os diversos pedidos de suspensão de segurança em trâmite na presidência da Corte, com vistas a suspender a eficácia de medidas judiciais emanadas de instâncias ordinárias que determinavam o custeio estatal da mais variada gama de medicamentos e tratamentos. Tais pedidos eram fundamentados tanto na grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas, quanto no interesse público relevante dessas questões.

No referido debate, constataram-se carências e disfunções, que afetam tanto a eficácia e a eficiência da prestação jurisdicional quanto a qualidade das políticas públicas existentes, como a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas, mesmo quando essa audiência não oferece risco de afetar o direito em questão, mas sua ausência tende a prejudicar a sustentabilidade do SUS; e a necessidade de maior difusão de conhecimentos entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde, inclusive aquelas que resultam da interatuação do SUS e as organizações privadas.

Em que pese a repercussão dessa audiência e demais questões correlatas, o CNJ, no desempenho de sua competência no planejamento e controle da administração do Judiciário, em busca de sua maior acessibilidade, celeridade e eficiência, editou a Portaria nº 650/2009 (CNJ, 2009). O referido ato administrativo designou um grupo de trabalho, formado por magistrados e especialistas, para realizar estudos e propor medidas visando aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde.

⁵⁵O ministro Gilmar Ferreira Mendes (presidente do STF à época), indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulada pela União (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza). Diante disso, a União impetrou agravo regimental, momento em que o presidente do Supremo decidiu convocar a Audiência pública realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 (BRASIL, 2009a).

⁵⁶Assim como o STF, a Corte Constitucional Colombiana serviu de importante espaço político catalizador da discussão, no qual economistas, médicos, professores e demais especialistas puderam debater sobre o direito à saúde, o que influenciou a decisão retratada na T-760. Tal decisão, além de resolver os casos concretos (22 tutelas), determinou uma profunda transformação em toda a política sanitária colombiana (SOUZA, 2011).

Do resultado do trabalho do grupo destaca-se a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010 (CNJ, 2010a), a qual indica aos tribunais a adoção de medidas práticas visando subsidiar os magistrados no momento da decisão. Dentre as orientações que a Recomendação propõe aos Tribunais de Justiça (TJs) e aos Tribunais Regionais Federais (TRFs), mediante suas Corregedorias, pontua-se: 1) procurar instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive Classificação Internacional de Doenças (CID), contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; 2) evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; 3) ouvir, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; verificar, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que devem assumir a continuidade do tratamento; 4) determinar, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Outra importante ação promovida pelo CNJ, com o fim de racionalizar o processo judicial no campo da saúde, foi a edição da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010 (CNJ, 2010b), pela qual se instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência farmacêutica, cujo precípuo propósito revela-se elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento de procedimentos, bem como o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Já no I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, ocorrido em novembro do mesmo ano de sua criação, foi publicada uma Declaração, na qual se determinou a constituição e integralização dos Comitês Executivos Estaduais, que constituem órgãos de formação multidisciplinar. Dentre outras atribuições, são responsáveis por: apresentar informações trimestrais ao Comitê Nacional sobre suas atividades, a fim de que elas possam ser consolidadas e encaminhadas à Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação do CNJ, e propor medidas concretas e normativas voltadas à prevenção e solução de conflitos judiciais (art. 2º, IV, da Resolução nº 107/2010), no que diz respeito às suas peculiaridades e dificuldades locais.

Conforme relatório da pesquisa desenvolvida pelo CNJ⁵⁷ (2015a), a despeito das diferenças entre os perfis e características dos processos analisados de saúde pública e de saúde suplementar de seis tribunais (TJ SP; TJ PR; TJ RN; TJ MG; TJ MS; TJ AC), foi possível apresentar algumas características em comum, como foco curativo das demandas; predominância da litigância individual; tendência de deferimento final e na antecipação da tutela; pouca menção à Audiência Pública do STF de 2009; pouca menção às recomendações do CNJ e às contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês Estaduais.

Isso demonstra uma postura solitária e individualista do Judiciário, no sentido de não buscar interagir de maneira conjunta com os gestores e especialistas do setor da saúde, com a sociedade civil organizada e até mesmo com os precedentes da Corte Suprema. Ademais, o fato de a maioria das demandas judiciais de saúde versar sobre ações individuais reforça a imagem de microjustiça, a qual afasta a ideia de saúde universal, haja vista que as decisões se concentram no problema trazido pelas partes, mas que gera potenciais consequências desastrosas para todo o sistema de saúde.

Não obstante, dados da AGU (BRASIL, 2014b) referentes ao ano de 2012 constatarem significativo aumento do número e dos respectivos gastos com medicamentos adquiridos em razão de ações judiciais. Enquanto em 2005 a União desembolsou R\$ 2.441.041,95, em 2012, os gastos referentes à compra de medicamentos resultaram em cerca de R\$ 287.844,968,16.

Cabe ressaltar o problema referente ao objetivo do SUS de garantir o acesso igualitário às ações e serviços para a promoção, prevenção e recuperação da saúde diante da coação das decisões judiciais. Para se ter uma noção da gravidade, o número ínfimo de 523 pessoas atendidas resultou no gasto colossal de R\$ 278.904.639,71 à União, o que denota um desequilíbrio na distribuição dos recursos, quando o atendimento ocorre pela via judicial em âmbito individual. A essa “elite”, como denomina Rister de Sousa Lima (2015, p. 226), o Judiciário outorgou 18 novas tecnologias, consoante demonstra-se no Quadro 3, na sequência:

⁵⁷Esse relatório versa sobre as atividades de pesquisa do Projeto “Estudo multicêntrico sobre as relações entre Sociedade, Gestão e Judiciário na efetivação do direito à saúde” e atende aos requisitos previstos na Convocação nº 01/2012 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sobretudo no que concerne ao campo temático nº 02 (Judicialização do Direito à Saúde no Brasil), em parceria com o Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (Lappis/Uerj). Infelizmente a pesquisa não abrangeu o TJ CE, pois realizou a escolha dos seis tribunais tomando como referência o Relatório Justiça em Números de 2012, elaborado pelo CNJ, que classifica os tribunais estaduais em três grupos (pequeno, médio e grande porte). De cada grupo, retirou-se aqueles com maior e o com menor escore.

Quadro 3 – Nome, custo e registro dos medicamentos mais concedidos judicialmente em desfavor da União Federal

MEDICAMENTO	CUSTO TOTAL	REGISTRO ANVISA	NA	PREÇO CMED
Brentuximabe vedotina 50 mg	R\$ 309.515,87	Não		Sim
Erlotinibe 150mg-comprimido	R\$ 320.601,60	Sim		Sim
Maleato de sunitinibe 50mg-cápsula	R\$ 358.954,28	Sim		Sim
Temozolomida 100mg-cápsulas	R\$ 455.033,60	Sim		Sim
Bosentana 125mg - comprimidos	R\$ 708.900,60	Sim		Sim
Alfa-1 antitripsina – solução endovenosa	R\$ 721.802,90	Sim		Sim
Pegvisomanto 10mg - solução injetável	R\$ 881.650,99	Sim		Sim
Rituximabe 500mg/50ml - injetável	R\$ 1.108.400,70	Sim		Sim
Tosilato de sorafenibe 200mg - comprimido	R\$ 1.325.511,60	Sim		Sim
Miglustate 100mg	R\$ 1.769.571,00	Sim		Sim
Laronidase 100u/ml - solução para perfusão	R\$ 10.597.226,21	Sim		Sim
Alfalglicosidase - solução injetável	R\$ 12.235.633,54	Sim		Sim
Eculizumabe 300mg - solução para perfusão	R\$ 20.871.355,30	Não		Sim
Trastuzumabe 440mg - solução injetável	R\$ 22.517.685,85	Sim		Sim
Betagalsidase 35mg - solução para perfusão	R\$ 26.387.905,15	Sim		Sim
Alfagalsidase 3,5mg - solução para perfusão	R\$ 40.676.764,09	Sim		Sim
Galsulfase 5mg/5ml – injetável	R\$ 63.944.457,63	Sim		Não
Idursulfase 2mg/ml - solução injetável	R\$ 73.713.668,80	Sim		Sim
Total	R\$ 278.904.639,71	-		-

Fonte: Brasil (2014, adaptado pela autora)

Conforme relatório da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA, 2013), no Brasil, o governo regula o ciclo de vida das tecnologias por meio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), embora decisões do Judiciário influenciem a utilização de tecnologias de alto custo, por meio da judicialização da saúde. O próprio Estado admite a ingerência do órgão contramajoritário na gestão de políticas públicas da saúde, em especial, na incorporação de medicamentos.

Embora seja crescente o número de inauditas moléculas lançadas, dos novos medicamentos difundidos no período de 2004 a 2011, 97% (419 de 433) não possuíam patente ou não comprovaram qualquer tipo de ganho terapêutico em relação aos

medicamentos que já se encontravam em comercialização no mercado brasileiro. Assim, percebe-se um esforço dos órgãos executivos em acompanhar as inovações farmacológicas, impulsionadas de maneira exaustiva pela conduta do Judiciário (ANVISA, 2013).

Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Anvisa, o que é expressamente vedado por lei (art. 19T da Lei nº 8.080/90), bem como crime tipificado no Código Penal Brasileiro (art. 273, § 1º-B, I)⁵⁸. Conquanto muitos juízes de primeiro grau defiram⁵⁹ esses tipos de demanda, os tribunais, com frequência, têm reformulado as decisões em obediência à legislação⁶⁰. Não obstante, o registro do medicamento trata-se de uma segurança à saúde pública.

Ainda que as decisões finais indefiram os pleitos de remédios sem registro, logo, sem constar na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), a quantidade elevada de demandas que o Estado tem que responder propuliona-o a renovar as tecnologias já existentes, mas, como observado, não melhoram o principal: a saúde dos cidadãos. Preocupa-se em atender aos pedidos, mas deixam de analisar a real necessidade. Relembre-se que nenhum processo de incorporação ou de registro é gratuito, os custos só aumentam.

Em que pese a produção de tecnologias em saúde crescer muito rápido, observa-se um duplo efeito do fenômeno da judicialização: se por um lado pressiona os planos de saúde e o SUS a expandirem coberturas de tratamentos e medicamentos, por outro, abre espaço para que a indústria force a entrada de remédios e de procedimentos com ou sem efetividade comprovada. Tal fato caminha de encontro às diretrizes do CNJ, que recomendam os magistrados a priorizar apenas pedidos fundados na Medicina baseada em Evidências, conforme a Recomendação nº 31 (CNJ, 2010a) e a II Jornada de Direito da Saúde (CNJ, 2015b)⁶¹.

⁵⁸ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. § 1º-B - **Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente** (grifo nosso).

⁵⁹ Nesses casos, o Ministério da Saúde, que muitas vezes não é ouvido, é substituído pelo julgador, em suas atribuições de incorporação de medicamentos e alteração protocolos clínicos, procedimento que deve ser assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS e realizado mediante procedimento administrativo (artigos 19Q e 19R da Lei nº 8.080/90).

⁶⁰ Embora a legislação seja clara, as demandas são inúmeras, chegando à instância do Supremo Tribunal, que reconheceu a repercussão geral, mas ainda não proferiu decisão final no que diz respeito ao fornecimento pelo Estado de medicamentos não registrados pela Anvisa, conforme RE 657.718 (BRASIL, 2012c).

⁶¹ Enunciado 50: “Salvo prova da evidência científica e necessidade preemente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.”.

Ocorre que o avanço tecnológico exige que os magistrados saiam de suas “ilhas”, buscando subsídios em instituições como a Conitec⁶² e os Núcleos de Assessoria Técnica (NAT), esses últimos responsáveis por avaliar os pedidos com base em prescrições, documentos e histórico dos pacientes, fornecendo subsídios técnicos para os magistrados. Além disso, essa procura pela autocapacitação dos magistrados evita que a motivação decisional seja embasada em mais argumentos emocionais do que técnicos. Contudo, essa consulta, muitas vezes, não é realizada.

Não apenas isso, frequentemente a judicialização obriga o Estado a internar pacientes em situações discutíveis do ponto de vista médico, passando na frente de outros que aguardam há mais tempo, com diagnóstico mais grave ou com expectativa de melhores resultados. Tal situação revela-se bastante comum em casos de solicitação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI).

É verdade que o Judiciário, quando defere pedidos de produtos ou tratamentos de saúde sem observar os limites orçamentários, as leis, e sem ponderar as implicações de sua decisão, encontra-se diante do sofrimento extremo das partes e não recebe informações pormenorizadas sobre uma possível lesão à economia e à saúde pública dos entes federativos. Por isso, eleva o art. 196 da CF/88 à posição de triunfo invencível e “isento de sopesamento”.

Dworkin (2013) denomina essa postura como “princípio do resgate”, o qual preleciona que a vida e a saúde são os bens mais importantes, devendo todo o resto ser sacrificado em favor desses dois. Além disso, deve-se distribuir assistência médica com equidade, mesmo em uma sociedade muito desigual economicamente, pois a sua negativa não pode decorrer da falta de meios das pessoas para custeá-la.

O filósofo norte-americano afirma serem ideais compreensíveis e nobres, tendo como base o conhecimento humano geral dos horrores da dor, e do fato de serem a vida e a saúde indispensáveis a tudo o que se pretende perfazer. Sendo tão atraente, referido princípio recebe vasto apoio na retórica política para responder perguntas sobre o racionamento. Dworkin (2013, p. 434-435), contudo, discorda com veemência:

Enunciado 59: “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.” (CNJ, 2015b).

⁶²O enunciado 57 da II Jornada da Saúde, que ocorreu em maio de 2015, ratifica essa diretriz: “Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC” (CNJ, 2015b).

De fato, porém, o princípio do resgate é quase totalmente inútil para esse fim, e a hipótese de que define um modelo adequado para a reforma do sistema de saúde tem sido mais prejudicial do que benéfico. O princípio oferece uma resposta à pergunta de quanto o país deve gastar com a assistência médica em geral: diz que devemos gastar tudo que pudemos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio. Nos últimos séculos, contudo, não houve uma lacuna tão grande entre a retórica do princípio do resgate e o que era medicamente possível para a comunidade fazer. Agora, porém, que a ciência criou tantas formas caríssimas de assistência médica, é absurdo que a comunidade continue tratando a vida como um bem fornecido a qualquer custo – mesmo que tornasse praticamente inútil a vida mais longa das pessoas.

Ana Paula de Barcellos (2008), contudo, levanta o outro lado do problema: as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe, afinal, aplicar os princípios constitucionais, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde, é percebido de maneira inteiramente distinta da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela fundada dúvida do magistrado de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde pública.

Nesse sentido, o que o juiz ou tribunal, por vezes, deixa de refletir é acerca das consequências da realocação não planejada de recursos públicos decorrentes de suas decisões. A angústia das partes é compartilhada, mas e a do resto da população carente que não recorreu ao Judiciário? Não é observado o sofrimento de inúmeros indivíduos que, por falta de recurso público, deixam de ser atendidos em postos de saúde ou em hospitais, por falta de recursos humanos, mediante a ausência de concursos ou cursos de capacitação de profissionais; ou deixam de realizar exames de ressonância magnética ou de mamografia por insuficiência de aparelhos. Ciente disso, Barcellos (2008, p. 136) também alerta:

Se é terrível negar uma determinada prestação de saúde a um indivíduo, que dizer das milhares de mães que morrem no momento do parto porque os hospitais públicos dos três níveis federativos não as assistem? Ou o que dizer das crianças que morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico? Ou daquelas que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento, ou as vítimas de malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas etc.?

Em rigor, a única diferença que distingue o autor de uma demanda judicial desses milhares de pessoas é que essas não alcançam mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia, muito menos dos demais poderes. Para além disso, as duas situações são igualmente dramáticas. Não se está afirmando que a culpa da falência da saúde pública recai

integralmente sobre os ombros do Judiciário, busca-se, no entanto, alertar seus membros acerca dessa problemática, para que seja analisada no momento de efetivar suas decisões. O direito fundamental à saúde não possui eficácia absoluta. Apesar de ser de extrema importância, pode ser relativizado de acordo com as condições fáticas e jurídicas apresentadas em cada caso concreto.

A decisão de um caso concreto equivale ao ato de aplicação do direito, detendo relevância própria em relação à interpretação. Segundo Rocha (2013), a motivação decisória constitui o elemento de racionalidade que proporciona maior segurança jurídica à atividade jurisdicional. A fundamentação das decisões vincula o julgador e atribui-lhe responsabilidades, sem afastar a independência da magistratura.

Para tanto, a aplicação do direito deve levar em consideração não apenas as necessidades das partes, mas também os resultados que razoavelmente se pode esperar: “(1) da enunciação como regra de que todos os casos com as mesmas características devem ser ou não atendidos e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros” (AMARAL, 2013, p. 137).

Em outras palavras, corroborando o entendimento de Rister de Sousa Lima (2015, p. 225), no momento da decisão deve-se:

(i) analisar a complexidade social gerada pelos processos judiciais em interface com os demais subsistemas sociais com o fim de regular a consistência teórica das decisões em face da adequação social, tomando, se necessárias medidas de revisão da jurisprudência e até mesmo propondo a edição de medidas de regulação da atividade estatal em caráter nacional como a edição de súmula vinculante e/ou (ii) julgar com mais boa vontade **processos coletivos**.

Nesse sentido, sugere-se uma atuação judicial sob a ótica de uma macrojustiça, justamente por impelir o julgador a preocupar-se com as consequências de sua decisão, haja vista a ciência da ressonância geral do julgado. A proposta certamente parece ser inadequada em face da função típica e hodierna do Judiciário, mas há situações emergenciais que não se sustentam mais à base de normas e de decisões judiciais álibis.

5.2 O princípio da igualdade *versus* o furo judicial de fila: acesso igualitário para quem?

Em razão da escassez de recursos públicos, da necessidade de custeio pelo SUS de uma diversa gama de procedimentos médicos para as mais variadas moléstias e da enorme quantidade de pacientes que necessitam desse tipo de serviço público, o acesso igualitário às ações e serviços de saúde encontra-se precário. Não raro, tratamentos médicos, como cirurgias

ortopédicas, bariátricas, oncológicas e cardiológicas, e até mesmos leitos de UTI, são disponibilizados a partir da estruturação de filas de espera.

Em consonância com a tendência de judicialização da saúde, vários jurisdicionados que se encontram na fila de espera, sem uma previsão para atendimento, recorrem ao Judiciário, com vistas a garantir o fornecimento imediato do tratamento médico, independentemente de sua posição na fila. Essa atitude, porém, produz consequências que violam os próprios fundamentos do direito à saúde, como o seu acesso igualitário. No estado do Ceará, essa prática tem sido bastante frequente, chegando a intervir no último elo que compõe a cadeia de assistência à saúde da população, a de gestão de leitos de UTI, a ponto de surgirem duas filas de espera: uma do SUS e outra de decisões liminares.

5.2.1 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade, grande pilar do Estado Democrático de Direito, constitui-se, conforme Hugo de Brito Machado Segundo (2010), como um dos pressupostos mínimos para a construção de um ordenamento jurídico justo, juntamente com a liberdade e a democracia.

Sob a perspectiva de Aristóteles (2007), a igualdade está diretamente ligada à ideia de justiça, no sentido de ser uma espécie de mediana, de proporção. A seu tempo, o filósofo grego já percebia a existência conjunta de dois tipos de igualdade: a geométrica e a aritmética. Enquanto a igualdade aritmética (*stricto sensu*) se refere a termos, a igualdade geométrica se refere à proporcionalidade entre relações. Exemplificando, no primeiro tipo de igualdade, tem-se um pedaço de bolo para uma pessoa. No segundo tipo de igualdade, tem-se pedaços maiores para quem ajudou mais a preparar o bolo, e pedaços menores para quem ajudou menos. Ambos os tipos de igualdade devem ser observados em uma sociedade para que ela seja justa, a depender das circunstâncias⁶³.

Na acepção de igualdade formal (aritmética), não se consideram os aspectos individuais de cada sujeito de uma determinada relação jurídica. Prescreve-se um tratamento uniforme a todos os indivíduos, sem adentrar no mérito de suas peculiaridades e diferenças. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto (2013) a compara ao denominado “princípio da

⁶³Aristóteles exemplifica que, em casos de justiça corretiva (presente em transações privadas), usa-se a igualdade aritmética para alcançar a justiça. Já na justiça distributiva (de honra, riqueza), usa-se a igualdade geométrica (ARISTÓTELES, 2007).

legalidade”, firmado no art. 5º, II, da CF/88, que fixa a necessidade da lei formal para a constituição de obrigações jurídicas gerais.

Assim, corroborando o raciocínio de J. H. Meirelles Teixeira (2011, p. 670), “uma igualdade meramente formal, uma igualdade matemática, abstraída de toda a consideração das situações concretas de toda categoria individual ou social, satisfazendo-se o Estado com uma igualdade abstrata, distribuindo a todos um mesmo tratamento” não se revela suficiente para estabelecer uma sociedade justa regida por leis e instituições justas.

Para Aristóteles, a justiça teria que envolver, ao menos, quatro termos: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas, havendo necessariamente uma mesma igualdade de proporção entre os indivíduos e entre porções, já que não sendo pessoas iguais, não terão porções iguais. Com efeito, “[...] é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais (detêm ou recebem) porções iguais que surgem conflitos e queixas” (ARISTÓTELES, 2007, p. 152).

Em que pese o dever de igualdade na criação do direito exigir que todos sejam tratados de maneira igual pelo legislador, Alexy (2008) explica que isso não significa que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas.

A desigualdade entre indivíduos existe e não deve ser integralmente rechaçada ou interpretada de maneira pejorativa⁶⁴. A igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa, o que levaria a sociedade a um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado.

Nessa toada, importa mencionar a contribuição de Rui Barbosa ao defender que a desigualdade precisa ser levada em consideração para se alcançar uma justa igualdade:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1997, p. 25).

⁶⁴Nas palavras de Rui Barbosa, em sua “Oração aos Moços”: “A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocío na relva dos prados” (1997, p. 35).

Do contrário, seriam produzidas normas incompatíveis com sua finalidade (como serviços militares para crianças), sem sentido (como pena para todos) e injustas (como imposto *per capita*) (ALEXY, 2008). Seguindo o raciocínio de Aristóteles (1997), sob um determinado aspecto de comparação, a igualdade é justa apenas para aqueles que são iguais, ao passo que a desigualdade também pode ser justa, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.

Atenha-se ao fato de que dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos⁶⁵. Tanto a igualdade como a desigualdade entre indivíduos e situações são assim em relação a determinadas características. Por conta disso, só se pode falar em juízo de igualdade fática parcial, e não absoluta, ou seja, relativo a apenas algumas e não todas as características do par a ser comparado (ALEXY, 2008). A igualdade, portanto, deve ser aferida por meio de um critério a ser escolhido para estabelecer as diferenças, e, a partir disso, definir qual tratamento direcionado a elas e com qual a finalidade (MACHADO SEGUNDO, 2010).

Ocorre que a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente’ não revela qual o parâmetro a ser utilizado, nem a medida, nem o desígnio. Diante desse cenário, Alexy (2008) propõe uma interpretação dirigida ao seu conteúdo, como um dever material de igualdade. Contudo, Aristóteles (1997, p. 92) já alertava acerca da dificuldade dos indivíduos de se qualificarem como iguais ou desiguais a certos parâmetros, haja vista que “[...] os homens são maus juizes quando se trata de julgar a si mesmo [...]”.

A igualdade material leva, necessariamente, à questão da valoração correta e, com isso, à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa. Na esfera jurídica alemã, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) busca resolver o problema da valoração, inerente ao enunciado material geral da igualdade, com o auxílio do conceito de arbitrariedade:

O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária. (ALEXY, 2008, p. 403).

⁶⁵Nessa esteira de raciocínio, Aristóteles (1997, p. 93) pondera sobre a impossibilidade de uma justiça absoluta: “[...] embora ambos os lados apesentem argumentos a respeito de uma justiça limitada e parcial, pensam que estão falando da justiça absoluta. Com efeito, um dos lados pensa que se as pessoas são desiguais sob alguns aspectos – na riqueza, por exemplo, elas são desiguais em tudo, e o outro lado pensa que, se elas são iguais sob alguns aspectos – na liberdade, por exemplo, elas são iguais em tudo”.

Assim, o enunciado da igualdade é violado apenas se o tratamento desigual é arbitrário. Não há uma vedação absoluta de um tratamento discriminatório, mas sim a proibição de uma discriminação indevida, ou seja, que não decorra da natureza das coisas nem detenha razão evidente.

De outro giro, George Marmelstein (2008) aponta outro meio de solução para tal imbróglio: o enunciado da proporcionalidade. Afinal, como qualquer direito fundamental, a igualdade pode ser restringida, desde que seja obedecido referido postulado. Qualquer tratamento desigual ou diferenciado deve ser justificado por meio de um sopesamento de valores, pautado nas diretrizes da adequação, da necessidade e da avaliação de “custo e benefício”.

Todavia, a limitação de recursos, juntamente com a má gestão frente às muitas mazelas humanas, acaba prejudicando a eficiência das ações e serviços de saúde em âmbito universal e igualitário, não suprimindo as demandas existentes, ocasionando as famosas “filas de espera do SUS”. Diante disso, a possibilidade de o Judiciário intervir nessa seara, com a concessão de uma tutela que provocasse o “furo de fila”, afrontaria o princípio da igualdade, mais especificamente, por ofensa ao critério de diferenciação, ao se desconsiderar a posição na fila, o que representaria o deferimento de um privilégio arbitrário sem o devido lastro no princípio da proporcionalidade.

A questão do “furo de fila judicial” revela-se comum, o que é bastante alarmante, em especial, no que diz respeito às demandas de leitos de UTI no estado do Ceará. Por conta disso, cabe uma reflexão acerca das consequências dessa postura do Judiciário, que remete à otimização do estado ideal de saúde sob os auspícios do princípio da igualdade no acesso aos serviços e às ações para sua promoção, proteção e recuperação.

5.2.2 As consequências de concessões judiciais de leitos de UTI em demandas individuais: problema do “fura fila” no estado do Ceará

Dentre os diversos pedidos judiciais que permeiam o direito à saúde, as demandas exigindo a obtenção de leitos de UTI revelam-se um crescente constante. Diante da condição delicada, para não dizer perigosa, de um paciente que necessite desse tipo de tratamento, juízes e tribunais se dividem em posicionamentos contrários e favoráveis ao deferimento. O dilema persiste, na medida em que ambas as posturas não resolvem, nem ao menos amenizam, o problema.

A priori, importa acentuar que a disponibilização de internação em unidades de terapia intensiva sequer deveria realizar-se por meio do sistema de filas de espera, tendo em vista o caráter de urgência e de indispensável imediatez no fornecimento desse tipo de leito hospitalar. A inscrição de um paciente em estado grave em uma fila, sem a segurança de um atendimento hábil, debela sobremaneira seus direitos à saúde, à vida e, por óbvio, à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Por conta do estado de gravidade do pleiteante ao necessitar de internação em UTI, estando munido de laudos médicos, em regra, os pedidos requerem tutela antecipada, o que não oportuniza ao Estado expor suas justificativas e explicar a situação hodierna em que se encontram as políticas públicas de saúde. Mesmo em face do risco real de dano irreparável à saúde do indivíduo, a jurisprudência não se mostra unânime quanto ao entendimento no que tange a tais demandas com fila de espera.

No sentido de deferimento, dentre os motivos explanados tem-se a responsabilidade do Demandado (União, e/ou Estado e/ou Município), sob o fulcro do disposto no artigo 196 da CF/88, que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado e a intolerância a qualquer omissão do Poder Público quando se trata da promoção e proteção da vida e da saúde do cidadão. Diante disso, impõe a imediata transferência do paciente/autor para leito de UTI da rede pública e, na falta do mesmo, para leito da rede particular, sendo o órgão estatal o responsável pelo custeio de todas as despesas.

No momento da sentença, após manifestação do contraditório, afasta-se a cláusula da reserva do possível, argumento comum alegado pelo pleiteado, pois entende não poder ser invocada quando se cuida de políticas básicas sociais previstas na Lei Maior, como no caso do acesso à saúde. Ainda que o Estado recorra, essa linha de raciocínio revela-se predominante na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)⁶⁶:

[...] é imperioso salientar que o Poder Público tem dever constitucional de proteger a vida e a saúde, independentemente da esfera, haja vista que os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) respondem solidariamente (art. 23, CF) pelo fornecimento de tratamentos médicos objetivando à assistência médica. 3. Após recomendação médica, é cabível a internação da parte autora em unidade de terapia intensiva para tratamento de doença grave, sob pena de ofensa aos direitos à saúde e à dignidade da pessoa humana 4. É dever do Estado prestar atendimento de saúde digno aos cidadãos que dele necessitam, não havendo condições na rede hospitalar pública, o paciente deve ser internado em hospital particular, às suas custas (TJ-CE – Reexame necessário: 0873860-68.2014.8.06.0001, Relator: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, Data de Julgamento: 09/12/2015).

⁶⁶No mesmo sentido, também os julgamentos dos processos MS n.0628781-19.2015.8.06.0000 e MS n.0624657-27.2014.8.06.0000

Já no processo nº 0628781-19.2015.8.06.0000 (CEARÁ, 2016), o Estado alegou tratamento privilegiado e desigual beneficiando aqueles que recorrem ao Judiciário, remetendo à ideia de “elite” denominada por Rister de Sousa Lima (2015). Não foi assim que o Desembargador Relator Antônio Abelardo Benevides Moraes entendeu:

Como não se está a conceder qualquer privilégio, uma vez que se trata de paciente em estado gravíssimo, a disponibilização para ela de um leito de UTI, na verdade, assegura a isonomia e a impessoalidade ao cumprir o preceito constitucional disposto no art. 196 de que a saúde é direito de todos e não apenas daqueles que podem custeá-la. Negar-lhe esse direito poderia inclusive ocasionar sua morte. Assim, afrontaria o princípio da igualdade deixar que o acesso à saúde e, em consequência, à vida, fosse definido pela situação financeira do doente. (TJ-CE - **Mandado de segurança, processo nº:0628781-19.2015.8.06.0000**. Impetrante: raimunda maciel de lima representada por Erisvânia maciel de lima. Impetrado: secretário de saúde do Estado do Ceará. Relator: des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. OJ: Órgão Especial. DP: 21/01/2016).

Não é bem assim. Conforme já explanado nos capítulos anteriores, a saúde como direito de todos e dever do Estado não significa prover toda e qualquer necessidade que o indivíduo requerer, mas sim que devem ser executadas políticas públicas para uma maior eficácia possível desse direito. Portanto, a saúde não equivale a direito exclusivo de quem pode custeá-la, tampouco também consiste em direito a todo e qualquer tratamento. Não são raras as decisões que parecem não considerar o real sentido dos preceitos constitucionais referentes à saúde, como no acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª região, cujo processo tem o nº 08045118820144058100 (BRASIL, 2015):

3. É dever do Estado - sentido lato (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) -, assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros, o acesso à medicação necessária à cura de suas moléstias, em especial, à cura das mais graves. 4. Admitir a negativa de fornecimento pelo Poder Público do internamento de que necessita a Autora em leito de Unidade de Tratamento Intensivo - UTI, equivaleria a obstar-lhe o direito à vida, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal/88, e merecedor de toda a forma de proteção do Estado. (TRF 5ª Região. Origem: PJe. Classe: **Apelação / Reexame Necessário - APELREEX/CE. Número do Processo: 08045118820144058100**. Código do Documento: 387590. Data do Julgamento: 19/08/2015. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Desembargador Federal Cid Marconi).

Por outro lado, havendo uma falha dos órgãos legislativos e executivos no fornecimento de tratamentos de recuperação à saúde, e havendo, por isso, uma fila de espera para atendimento, a atuação do Judiciário favorável aos demandantes implica necessariamente a ausência de fornecimento àqueles que não recorreram. Uma ordem judicial, seja por meio de liminar ou de sentença ou de acórdão, refaz a ordem de uma fila de espera, tendo como base um critério que não decorre da natureza das coisas, nem de uma razão objetivamente evidente

para a diferenciação. Em busca de proteger o direito à saúde dos indivíduos que a ele recorrem, nessas circunstâncias em especial, sua atuação revela-se arbitrária.

Mesmo que a ordem judicial garanta a determinado paciente um leito de UTI em hospital particular, ainda haverá uma transgressão ao preceito de acesso igualitário à saúde, na medida em que a ordem de atendimento estará sendo, de qualquer modo, burlada. Há de ser observada a existência de pacientes com o mesmo nível de gravidade que estão aguardando o surgimento de vagas há mais tempo. Tais pacientes não podem ser prejudicados apenas porque um outro paciente tem uma ordem judicial favorável (MARMELSTEIN, 2016). Se é dever do Poder Público garantir leito, ainda que em rede particular, para um indivíduo, por que não o é para todos que também precisam? O dever do Estado se reduz em garantir o direito de pacientes demandantes de ações judiciais? Entende-se que não.

Em face da demora recalcitrante das filas de espera, chega-se a alegar um direito subjetivo a “furar a fila judicialmente”, quando comprovada no bojo do processo a omissão estatal em concretizar o direito à saúde e a lentidão da lista de espera ou sua insuficiência de ritmo de andamento em face da demanda (FERNANDES, 2014). Foi o que defendeu o autor da ação de nº 0801298-74.2014.4.05.810068, que tramitou perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, com o fim de realizar cirurgia de artroplastia total (BRASIL, 2012d).

Alegou que se encontrava na fila de espera do Hospital Geral de Fortaleza há mais de quatro anos, sem qualquer previsão de atendimento, e não possuía mais condições clínicas de aguardar indeterminadamente pelo procedimento, ante o estado de saúde bastante delicado, que o conduzira, inclusive, à incapacidade laborativa, e as dores intensas que o acometiam. Quando do ajuizamento da ação, encontrava-se na posição de nº 179.

Nessa toada, o autor comprovou, em sede de petição inicial, que o ritmo de andamento da fila de espera estava quatro vezes mais lento que o recomendado, em razão da escassez de materiais para a realização do procedimento. Dessa maneira, o magistrado, considerando a negligência estatal em providenciar os insumos necessários ao regular andamento de tal fila de espera, antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, rechaçando ofensa ao princípio da igualdade e ao direito dos outros inscritos na lista, nos seguintes termos:

Importa, por fim, deixar registrado que é convicção firme deste Juiz Federal que **o deferimento do pedido formulado na inicial não implica prejuízo ao direito fundamental à saúde dos demais pacientes que se encontram aguardando**, pela via administrativa, a realização de similar ou idêntico tipo de procedimento cirúrgico. Com efeito, no caso em apreço, a morosidade da administração pública no cumprimento de seus deveres vem acarretando o agravamento do estado de saúde do Autor, que há mais de 4 (quatro) anos espera, sem qualquer perspectiva no curto

prazo, a realização do procedimento cirúrgico. **Significa dizer que os demais pacientes que aguardam na fila de espera em tese ostentam o mesmo direito de pleitear em juízo a realização do referido procedimento, sem que se submetam a demora que possa agravar o seu estado de saúde.** (Grifo nosso).

Vê-se o claro estímulo a acionar o Judiciário para resolver um problema que não admite solução apenas a partir de meros argumentos normativos. Na circunstância de fila de espera, o incentivo à judicialização, em especial em âmbito individual, traz consequências ainda maiores à mora dos julgamentos e abarrotamento de renques de processos, o que prejudica o desempenho dessa função estatal em garantir os direitos previstos constitucionalmente. Esse incentivo não resolve o problema da escassez de recursos nem da má gestão de políticas públicas da saúde, além de promover o aumento excessivo, logo, prejudicial, da judicialização.

Não se pretende destoar a importância da dimensão individual do direito à saúde, mas importa ratificar que não se mostra a via mais adequada para enfrentar a questão de escassez de leitos de UTI, que angaria desespero, sentimento de descaso e certamente a morte daqueles que necessitam desse tipo de internação, mas não a conseguem.

Cabe pontuar que se admite a situação caótica da saúde pública não apenas no estado do Ceará, mas no Brasil. Os cortes no orçamento para a saúde distanciam ainda mais o fomento de recursos humanos e tecnológicos. Assim mostra-se evidente também a realidade de escassez e de escolhas trágicas no atendimento às necessidades de saúde da população. Questiona-se se o Judiciário teria competência legítima para impor critérios para a seleção dessas escolhas difíceis, exatamente o que está fazendo.

Nesse sentido, no processo de nº 0803940-20.2014.4.05.810065 (BRASIL, 2014c), que tramitou na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, no qual a pleiteante pugnava, em face da União Federal, do estado do Ceará e do Município de Fortaleza, pela concessão de internação em um leito de UTI - pedido lastreado em relatórios médicos que demonstravam a urgência e a necessidade do seu deslocamento para uma unidade de terapia intensiva, ante seu quadro clínico gravíssimo -, o magistrado indeferiu o pleito de antecipação dos efeitos jurisdicionais da tutela, entre outros argumentos, justamente pela preservação do princípio da igualdade, conforme se observa:

Penso que inexistente direito público subjetivo do cidadão de realizar exames ou se internar em UTI em hospital público de sua escolha, antes de qualquer outro paciente na mesma situação, fora de fila de espera, pois isso viola o tratamento isonômico entre os demais pacientes que estão na mesma situação (na fila de espera).

Em rigor, não há justificativa razoável para se admitir a prioridade de atendimento baseada em quem detém uma decisão liminar a seu favor⁶⁷. O princípio da inafastabilidade da jurisdição não equivale, por si só, a fundamento capaz de possibilitar o furo da fila de espera por tratamento mediado pelo SUS. Em verdade, os direitos fundamentais do indivíduo se acham numa relação de recíproco condicionamento com os direitos fundamentais de seus concidadãos.

Ademais, há protocolos clínicos e delimitados critérios científicos fundados na gravidade da situação do paciente, que estabelecem a ordem de internação em leitos de UTI. Em caso de pacientes no mesmo nível de gravidade, o atendimento será consoante a ordem cronológica.

Ocorre que, na realidade de uma fila de espera, frequentemente esses critérios objetivos têm sido ignorados para favorecer um paciente que tenha obtido uma ordem judicial, ainda que seu diagnóstico não seja mais grave do que o dos demais ou que tenha requerido internação posteriormente aos que não recorreram ao Judiciário. Basicamente, o único fator que o diferencia dos demais pacientes é o fato de ele ter uma ordem judicial determinando a sua internação em um leito de UTI⁶⁸.

Registre-se que, de acordo com a Resolução Cremec nº 12/97, a UTI constitui a dependência hospitalar destinada ao atendimento de pacientes graves ou de risco, potencialmente recuperáveis, em sistemas de vigilância contínua, pessoal e/ou tecnológica. Nesse contexto, há regras e classificações de prioridades para pacientes de UTI, que a maior parte dos membros do Judiciário desconhece.

Conforme as diretrizes americanas para admissão na UTI (GUIDELINES FOR ICU ADMISSION, DISCHARGE, AND TRIAGE, *online*), adotadas no Brasil, de acordo com o estado, as necessidades e as perspectivas apresentadas pelo paciente, esses são classificados sob a égide de quatro prioridades.

A prioridade 1 abrange pacientes graves e instáveis que necessitam de tratamento intensivo e de monitoramento que não pode ser fornecida fora da UTI. Normalmente esses

⁶⁷Nesse cenário, o Doutor em direito e Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará George Marmelstein Lima (2016) confessa: “Durante um plantão judicial, liguei para o coordenador de leitos de UTIs do meu Estado e perguntei como estava a situação da fila de espera. Ele me disse que, na ‘fila dos pacientes com liminar’, havia oito pacientes esperando leito. Na ‘fila dos pacientes sem liminar’, havia dezesseis pacientes, que somente seriam atendidos depois dos oito pacientes com liminares. Ou seja, o fator ‘com liminar’/‘sem liminar’ tornou-se um critério de classificação de prioridades”!

⁶⁸Não sendo um problema restrito às internações intensivas, a violação do princípio da igualdade também ocorre no âmbito do fornecimento de medicamentos pela via judicial, conforme adverte Gouvêa (2003, p. 113): “Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência.”

tratamentos incluem suporte ventilatório, drogas vasoativas e infusões. São exemplos os indivíduos em fase de pós-operatório ou com insuficiência respiratória aguda que requerem mecânica, bem como pacientes hemodinamicamente instáveis. Nesses casos, a internação não é discutível, é terminantemente necessária.

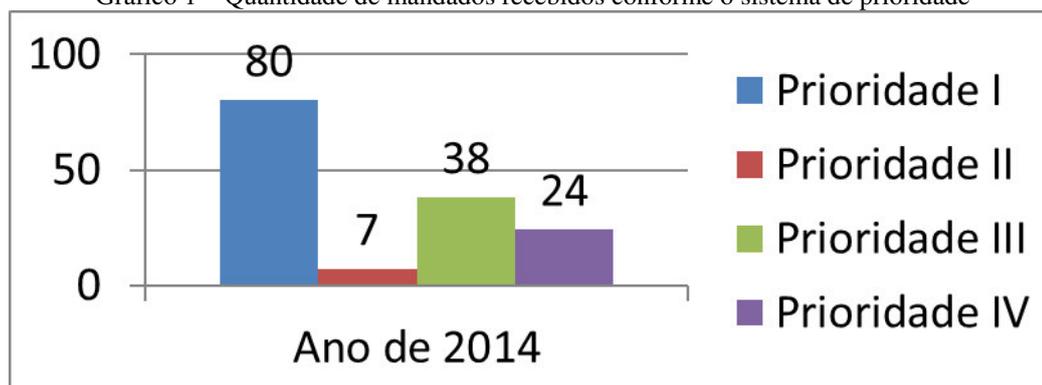
A prioridade 2 comporta pacientes que necessitam de monitoração intensiva e podem potencialmente necessitar de intervenção imediata. Para esses pacientes, não existe limite terapêutico geralmente estipulado. São exemplos indivíduos sob condições comórbidas crônicas que desenvolvem doenças agudas graves clínicas ou cirúrgicas. Aqui também a internação não é discutível.

Já a prioridade 3 inclui pacientes criticamente doentes, mas que possuem uma probabilidade reduzida de sobrevida pela doença de base ou tendo em vista a natureza da sua doença aguda. Tais pacientes podem necessitar de tratamento intensivo para aliviar uma doença aguda, mas limites ou esforços terapêuticos podem ser estabelecidos, como não intubação ou reanimação cardiopulmonar. São exemplos indivíduos com neoplasias (tumor) metastáticas complicadas por infecção, tamponamento ou obstrução de via aérea. Nessas circunstâncias, a internação revela-se discutível.

Por fim, a prioridade 4 refere-se a pacientes que geralmente não são apropriados para admissão à UTI. Assim, a admissão deve ser realizada com base individual, em circunstâncias não usuais e sob o discernimento da equipe da UTI. Esses pacientes podem ser colocados em duas categorias: na primeira, há disposição de um benefício mínimo (se houver algum) de cuidados intensivos, devido ao baixo risco de intervenção ativa que não possa ser realizado em ambiente fora da UTI. Os pacientes que ocupam essa categoria são, por exemplo, os que apresentam insuficiência cardíaca leve, *overdose* de drogas consciente e cirurgia vascular periférica. Na segunda, encontram-se os pacientes com doença terminal ou irreversível com perspectiva de morte iminente, cujo estado de saúde já complicou demais para se beneficiar de UTI, que já não lhe surtirá efeitos reversíveis.

Conforme o Gráfico 1, apresentado na sequência, em 2014, no que tange ao sistema de prioridades explanado, as demandas judiciais pleiteadas por pacientes com prioridade 4 equivalem a aproximadamente 16% do total que chega à Central de Regulação das Internações de Fortaleza (Crifor). Esse dado se revela preocupante, haja vista que todos estavam munidos de laudos médicos, nos quais deveria constar a não necessidade de internação desse tipo nesses casos, o que prejudica a gestão de leitos para uma maior eficácia no acesso universal da saúde.

Gráfico 1 – Quantidade de mandados recebidos conforme o sistema de prioridade



Fonte: Rolim (2016, informação enviada por e-mail)

Na verdade, a seleção dos beneficiários de recursos médicos limitados que salvam vidas é reconhecida como uma das questões éticas cruciais. Percebendo isso, John Kilner (1990) buscou discutir critérios para planejar decisões que levam à morte para alguns (e à vida para outros), na medida em que esse tipo de dilema é real, embora muitos prefiram não acreditar ou não admitir que exista.

Em que pese o reconhecimento da importância vital de decisões gerais de alocação e de satisfação das necessidades básicas de saúde de todos, não significa que as decisões de vida e de morte na seleção de pacientes devem ser negligenciadas no processo. (KILNER, 1990). O que se pode fazer é aumentar o nível de eficiência e de eficácia, mas não se revela possível suprir 100% das demandas.

No já mencionado reexame do julgamento do Mandado de Segurança de nº 0628781-19.2015.8.06.0000 (CEARÁ, 2016), o relator desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes se utilizou de uma análise do laudo médico para aferir o correto grau de prioridade da demandante, afastando preliminarmente a alegação do Estado de inadequação da via eleita. Veja-se:

A necessidade do leito de UTI solicitado para a paciente impetrante foi demonstrada na declaração à pág. 16, assinada pelo médico que lhe atendeu na UPA de Russas. Na referida declaração consta que “a paciente foi admitida na Unidade com queixa de dispneia súbita e intensa, evoluindo com piora na dispneia e saturação, sendo feita opção pela intubação orotraqueal, sendo mantida a paciente, sedada e com ventilação mecânica.” **Ora, nos critérios de prioridade para disponibilização de leito de UTI elencados na contestação, consta na prioridade 1 pacientes em insuficiência respiratória aguda necessitando suporte ventilatório, caso da impetrante.** Assim, comprovada a necessidade da paciente, bem como a negativa de fornecimento do leito pela Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, resta caracterizada a violação a direito líquido e certo, assegurado no art. 196 da Constituição Federal. (Grifo nosso).

Ainda que o Judiciário esteja ciente da existência dos referidos critérios de prioridade para internação em leito de UTI, a decisão de quem tem prioridade para um tratamento intensivo em face de outros pacientes em risco não deve ser atribuída a um juiz, nem deve decorrer de seus julgamentos. Até porque não se saberia quantos pacientes com prioridade 1 também estariam à espera do leito. Outros critérios mais precisos serão utilizados nessas situações críticas pelos órgãos competentes da gestão da fila, em geral, médicos.

Diante da ausência de conhecimentos clínicos, a intervenção do Judiciário em questões referentes a leitos de UTI, havendo uma fila de espera, revela-se prejudicial. Embora seja plausível a atuação criadora e interpretativa para a manutenção de um dinamismo jurídico em consonância com a realidade social, o Judiciário deve levar em consideração as consequências de suas decisões para a sociedade.

Assim, o problema dos leitos de UTI no estado do Ceará produz reflexos à igualdade e à universalidade do direito à saúde, na medida em que os leitos conseguidos por meio de decisão judicial ganham prioridade em face de outras demandas, cujos pacientes não recorreram ao Judiciário. Pode ocorrer de um enfermo demandante passar na frente, na fila de espera, de um indivíduo sob condições de saúde piores e mais urgentes do que o primeiro. A judicialização da saúde revela-se um círculo vicioso, porquanto, ao invés de buscar diminuir a frequência das demandas, acaba por fomentar sua prática.

5.3 A priorização das demandas coletivas como contribuição para o acesso igualitário a internações em UTI no estado do Ceará

A saúde é um direito que demanda vários determinantes sociais, bem como o trabalho em equipe de todas as funções estatais, o que configura o seu caráter multidimensional. Ademais, conforme observado no Capítulo 4, o planejamento exige a cooperação entre os órgãos em todas as esferas (local, estadual e federal). Por conta disso, o imbróglgio referente à gestão de leitos de UTI no estado do Ceará revela-se de natureza estrutural, logo reclama uma solução em caráter igualmente estrutural. Entende-se que não é reservando um leito de UTI para um paciente, vilipendiando a ordem de atendimento, que o problema será resolvido.

A falta de eficácia e de efetividade do direito à saúde para as pessoas que necessitam desse tipo de internação, mas não conseguem por meio do Poder Público, não depende exclusivamente de uma “vontade política” do Estado. Caso contrário, bastaria haver uma “vontade judicial” por parte de juízes e tribunais para suprir essa ausência, ou parte dela,

o que não acontece hodiernamente, haja vista o crescimento do fenômeno da judicialização da saúde, mas sem o proporcional aumento do nível de eficácia do direito.

É preciso vontade, planejamento e recursos. Se não há orçamento suficiente para tornar realidade integralmente a “promessa constitucional” de prestação universalizada do serviço de saúde, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas, o que certamente acarretará a progressiva desestruturação do SUS e prejuízo à justiça distributiva das políticas de saúde em médio e longo prazo. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 597): “[...] ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo”.

Em virtude das limitações institucionais do Judiciário, Virgílio Afonso da Silva (2008) sugere que a questão da saúde deve ser resolvida prioritariamente por meio do sistema político⁶⁹. Diante das demandas individuais, que inevitavelmente continuarão a existir, dever-se-ia pensar em uma maneira de capacitar o juiz com o fim de:

[...] canalizar as demandas e, em uma espécie de diálogo institucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações sempre que necessário for (SILVA, 2008, p. 597-598).

O modelo dialógico funcionou muito bem no município de Araguaína, localizado na região Norte do estado do Tocantins, onde foram criadas estratégias de diálogo permanente, sob uma perspectiva de gestão e capacitação compartilhada. Diversamente do que ocorre em várias experiências brasileiras, a atuação das instituições jurídicas se desenvolveu de maneira predominantemente extrajudicial e preventiva. Da experiência desse município são destacadas três estratégias: a) uma visão ampliada do direito à saúde; b) uma busca dos juízes pela autocapacitação em direito sanitário, que resultou na capacitação compartilhada de experiências entre magistrados, gestores e CNJ; e c) a recusa à vara especializada em saúde, que certamente aumentaria o número de demandas (CNJ, 2015b).

Cabe ainda mencionar a importância dos arranjos institucionais que foram criados como o Núcleo de Apoio Técnico (NAT) em parceria com a ouvidoria do SUS, ambos de caráter municipal, os quais permitiram uma rotina extrajudicial de intenso diálogo

⁶⁹Seguindo o mesmo raciocínio, Sarlet (2011, p. 36) advoga: “O aperfeiçoamento da via administrativa (no que diz respeito à clareza, simplicidade e acesso às informações, à desburocratização, à tempestividade, entre outros aspectos) constitui certamente o melhor caminho para tanto e se insere, num plano mais amplo, na noção de boa governança que também e acima de tudo deve imperar na esfera dos serviços públicos essenciais à garantia de uma vida digna, o que por sua vez, implica ampliação e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle social. Quanto mais efetivo for o acesso pela via administrativa, menos trilhado – por desnecessário – tenderá a ser o caminho judicial”.

interinstitucional, fazendo com que a litigiosidade em saúde fosse fortemente residual⁷⁰, sem perder o foco na efetivação desse direito. Esse ativismo pela prevenção dos conflitos em saúde é a tônica da realidade de Araguaína e orientou decisivamente o modo como os atores políticos e jurídicos interagiram, dando ensejo ao sucesso do modelo abordado (CNJ, 2015b).

Nessa toada, sob a égide do Modelo de Diálogo Institucional, o qual tem como escopo levar a juízo uma discussão em ampla perspectiva do sistema de saúde em detrimento de um prisma marcado pela primazia dos direitos subjetivos individuais, a **ação coletiva** é erigida à qualidade de meio de concretização do diálogo entre os poderes, com vistas a promover a melhoria do sistema como um todo, em consonância com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem necessidade de supremacia judicial, mitigando-se as tensões entre o Executivo e o Judiciário, desde que a decisão judicial seja mais indutiva, construída compartilhadamente, e menos coercitiva.

À luz desse modelo teórico, Jorge Munhós de Souza (2011, p. 239) enumera as razões de priorização das demandas coletivas, dentre as quais destaca a preservação do princípio da igualdade:

Um importante passo para se lograr o objetivo perseguido se relaciona com priorização da utilização das ações coletivas no contexto de “judicialização da saúde”, instrumentos que possuem inúmeras vantagens quando analisados comparativamente com as ações individuais, tais quais: i) amenizar dificuldades procedimentais relacionadas com a forma de ser do CPC; ii) prestigiar a igualdade na medida em que as decisões são proferidas em regra ultra partes ou erga omnes; iii) permitir uma visão mais ampla da problemática e uma instrução processual mais complexa, na qual seja possível se analisar mais profundamente o argumento da reserva do possível no contexto da programação e da execução orçamentária do Estado e, por fim, iv) constituir um meio mais apto para enfrentar o núcleo do problema (o fortalecimento do SUS) e não aspectos paliativos.

Para o autor, a ação coletiva revela-se um autêntico mecanismo dialógico, em que o juiz surge mais como um árbitro, como um indutor, a conduzir o processo para uma solução negociada. Assim, permite-se o fortalecimento do SUS e a proteção do direito à saúde por meio da valorização de todos os agentes decisórios envolvidos, mitigando uma supremacia judicial que sufoque os demais espaços democráticos e ignore os limites técnicos e institucionais do Judiciário, bem como os riscos dos efeitos reflexos de suas decisões. Por conta disso, Souza (2011) declara ser virtuoso que a utilização dos instrumentos de processo coletivo afigure-se como meio por excelência para a discussão de políticas públicas sanitárias

⁷⁰Representando menos de 10% de todas as demandas que foram resolvidas de forma administrativa pelos arranjos institucionais.

em juízo, já que suas próprias características procedimentais estendem isonomicamente os efeitos de suas decisões.

Não obstante as razões enumeradas, sob o fulcro da preferência da tutela coletiva, Barroso (2008, p. 33) explana que a discussão, nesse âmbito, exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas versadas e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) terão melhores condições de levar tais elementos aos autos e discuti-los. Assim, possibilitar-se-ia obter uma ideia mais realista da proporção entre a dimensão da necessidade social e o nível de recursos disponíveis.

Partindo-se do pressuposto de que a ação individual não transcende a pessoa do demandante, tampouco seu objeto contempla a finalidade de resolver o problema de maneira global, acaba por não enfrentar o problema universalmente, fornecendo resultados pontuais. Por conta disso, o manejo de ações coletivas para agilizar o fornecimento de procedimentos médicos estruturados a partir de listas de espera revela-se uma solução que, por apresentar efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, suplanta a discussão a respeito da violação ao princípio da igualdade e visa atender o direito à saúde de todos os inscritos na fila, com vistas a superar a negligência da Administração Pública na disponibilização do serviço público (FERNANDES, 2014). Nessa senda, surge a necessidade de molecularização dos conflitos, por intermédio da propositura de ações coletivas.

Ocorre que um problema constantemente discutido é a possibilidade de utilização da ação civil pública como ferramenta judicial de controle de políticas públicas. Ação disciplinada pela Lei nº 7.347/85, e mencionada também pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual ampliou sua incidência, revela-se instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos a direitos coletivos, como meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, dentre outros.

Por ter como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, revela-se meio que deve ser utilizado com prudência por seus legitimados e analisado com parcimônia pelo Judiciário. Havendo expressa política pública, mas o seu claro não cumprimento, configura a oportunidade do Ministério Público (ou qualquer outro legitimado) atuar em prol da eficácia desses direitos, como no caso da ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo em vista a violação do direito à saúde de mais de 6 mil crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico irregular e deficiente em hospital infantil daquele estado. Em decisão monocrática do Recurso especial, o ministro relator Luiz Fux alegou:

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos, senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindivisível pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. (BRASIL, STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 577.836 - SC (2003/0145439-2. Rel: Min. Luiz Fux. DF, 21/10/2004b).

O embate surge quando há violações de direitos de um lado e alegações de poder discricionário e de limites orçamentários de outro, sem uma política pública competente para prover tais direitos, como na circunstância grave de condições subumanas em que se encontra o estabelecimento penal de Uruguaiana, o que ensejou a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público com o fim de que fossem realizadas reformas para alcançar as condições de higiene e de salubridade do local para um mínimo existencial digno dos encarcerados, no prazo de seis meses. A ação encontra-se em instância de Recurso Extraordinário n. 592.581, pleiteada pelo condenado estado do Rio Grande do Sul, e teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, o qual votou pela manutenção da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau⁷¹. (BRASIL, 2014c).

O mesmo Ministro, em questão de falta de política pública de educação no município de Passos Maia (SC), negou provimento a recursos extraordinários interpostos contra acórdão que manteve sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública, para assegurar referido direito aos residentes nos assentamentos Zumbi dos Palmares I e II. Diante de uma precária escolaridade, contrastada com o mínimo existencial que o Estado deve fornecer, argumentos como “reserva do possível”, discricionariedade dos entes políticos e competência exclusiva do Executivo no que tange a políticas públicas não foram competentes para justificar uma conduta governamental negativa, que resulta na nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2014c)⁷².

Corroborando esse entendimento, o STF tem ratificado que a omissão do Estado na execução das políticas públicas decorrentes do dever de proteção e de promoção da saúde

⁷¹Nos termos do voto do relator: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. (BRASIL, 2015).

⁷²Acerca da referida jurisprudência, cabe ressaltar que a própria Constituição estabeleceu limites e prioridades para a gestão dessas políticas públicas, diminuindo essa discricionariedade política e possibilitando a sindicabilidade judicial. Com efeito, sob o fulcro dos arts. 211, § 2º, 212, caput e 214 da CF/88, os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, devendo aplicar determinado percentual mínimo na manutenção e desenvolvimento do ensino, além de ter de respeitar e cumprir com os objetivos do plano plurianual, o que não foi observado pela gestão do município de Passos.

justifica, sim, a intervenção do Judiciário (inclusive por meio do pleito de ação civil pública), sem prejuízo ao princípio da separação dos poderes. Veja-se:

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE. DJe de 20/8/10)

Na esfera da intervenção judicial em procedimentos médicos com fila de espera mediante ação civil pública, as demandas concernentes a leitos de UTI ganham destaque, persistindo com veemência em chegar à mesa da função estatal contramajoritária. Não obstante, a referida problemática não se mostra novidade, embora hodierna, já que desde 2003 tem sido matéria de noticiários. Diante disso, cabe analisar três casos emblemáticos da utilização desse instrumento processual em busca de auxiliar a consecução de um maior nível de eficácia do direito em baila.

5.3.1 Ação Civil Pública no combate à inércia estatal cearense na construção e disponibilização de leitos de UTI

Em 2003, o Ministério Público Federal utilizou-se de Ação Civil Pública (ACP) quando uma crise gerada pela falta de leitos de UTI ocasionara a morte de várias pessoas que permaneciam em filas de espera para internação. Chegara-se ao ponto de, em menos de duas semanas, falecerem 16 pessoas em decorrência da falta dos referidos leitos.

Segundo dados do Diário do Nordeste (2012, *online*), no intervalo de um mês, 25 pessoas morreram no referido ano em Fortaleza à espera de um leito de UTI. Um dos agravantes da circunstância emergencial revelou-se a baixa remuneração das diárias pagas pelo SUS, no valor de 174 reais, enquanto em um hospital privado chega a 900 reais. O mês de abril de 2003 foi considerado o pico da crise em decorrência da falta de leitos no Ceará. O caso virou escândalo nacional, sendo objeto de auditoria do Ministério da Saúde.

Em âmbito de medida liminar, o MPF requereu a imediata transferência de todos os pacientes que necessitassem de atendimento em UTI para hospitais públicos ou particulares, mesmo não conveniados pelo SUS. Ademais, solicitou que a União, o estado do Ceará e o município de Fortaleza, no âmbito de suas respectivas competências, iniciassem, no prazo de 90 dias, a implementação de novos leitos.

Todavia, sob o argumento de que a competência seria da Justiça Estadual, a liminar foi suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, chegando a vigorar apenas por cerca de dez dias. Mesmo durante esse curto período, mais de vinte pessoas foram beneficiadas pela decisão judicial, segundo o juiz federal responsável pela decisão, George Marmelstein Lima (2005). Apesar da revogação da liminar, o Poder Público criou novos leitos de UTI nos hospitais públicos, bem como contratou novos leitos em hospitais conveniados ao SUS, demonstrando que, no mérito, a decisão judicial estava correta, tendo servido como fator de pressão.

Em uma avaliação de sua própria decisão, o jurista brasileiro observou a falha de não ter previsto a participação de entidades não governamentais na busca da melhor solução para o problema⁷³, bem como de não ter sido determinada, oficialmente, uma prévia audiência com todos os envolvidos no processo para que fosse fiscalizado o cumprimento da liminar, e para que fossem discutidas as dificuldades com o fim de se colocar em prática as determinações judiciais. Corroborando a importância do trabalho cooperativo e dialógico entre os órgãos das três funções estatais, Marmelstein (2005, p. 212) infere:

De qualquer modo, essa falha serve de lição para que, no futuro, em outra situação semelhante em que forem impostas ordens de difícil cumprimento, haja um maior diálogo entre os envolvidos e o Poder Judiciário. Também seria interessante a nomeação de um especialista para monitorar e coordenar o cumprimento da ordem judicial, mais ou menos como foi feito pela Suprema Corte da Índia no Caso “PUCL”. O ideal seria que a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa fosse convidada para participar da fiscalização do cumprimento da decisão, fechando assim o elo democrático entre os três poderes estatais.

Registre-se que, em razão dessa ação civil pública de 2003, foi realizada uma audiência de conciliação em janeiro de 2012, haja vista a permanência da exiguidade de leitos necessários para suprir a demanda social. Mesmo com o aumento de 96,7%, Fortaleza ainda não havia atingido o mínimo determinado pelo Ministério da Saúde, acumulando um déficit de 49 leitos de UTI, sendo 26 para uso adulto e 23 para uso pediátrico.

A audiência foi conduzida pelo juiz federal substituto, à época, da 3ª Vara Federal, Marcus Vinícius Parente Rebouças, o qual enfatizou o objetivo da reunião para permitir uma abertura processual visando democratizar o processo decisório em torno desse tema, considerado de extrema complexidade e relevância social. Almejava-se, portanto, a

⁷³Tema previamente defendido por ele em monografia de especialização: “[...] é importante, também, permitir que entidades ligadas à saúde participem do processo de tomada de decisão. Os Conselhos Regionais de Medicina, os Conselhos de Saúde (Nacionais, Estaduais e Municipais), as Organizações Não-Governamentais, os médicos de um modo geral, etc., podem fornecer subsídios valiosos para o juiz, permitindo uma maior democratização na atividade jurisdicional. Quanto maior a participação de setores da sociedade no processo, maior será a possibilidade de acerto da decisão” (MARMELSTEIN, 2003, p. 46).

contribuição de cada ente federativo para compor uma solução consensual, baseada em uma comunhão de esforços de vários agentes sociais, para a obtenção de um resultado mais razoável e exequível do que o determinado por um magistrado recluso no interior do gabinete (Diário do Nordeste, 2012, *online*).

O diálogo como fruto da separação dos poderes retoma o real sentido desse princípio, o de uma divisão de funções estatais flexível, e não estanque, admitindo um contínuo controle recíproco. Mais do que isso, confere um significado de cooperação mútua entre os órgãos para alcançar o fim primeiro de tornar real as normas abstratas da Lei Maior. Em vez de cada esfera estatal “pisar em ovos” frente à outra, todas devem unir trabalhos, os quais se completam e promovem o fortalecimento das instituições públicas, em especial, o SUS.

O segundo julgado a ser analisado consiste na ação civil pública, que foi distribuída por dependência ao processo n. 2007.0002.2975-8/0, ajuizada pelo Ministério Público do Estado (MPE) do Ceará, por intermédio da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública. A ação foi impetrada quando o MPE tomou conhecimento de que na data de 28 de janeiro de 2008, 46 pacientes adultos, 2 pediátricos e 2 neonatais encontravam-se cadastrados na Central de Referência e Regulação de Internações de Fortaleza (Crifor), aguardando vagas em leitos de UTI, e suas solicitações por leitos não eram atendidas nem havia previsão para o serem, em virtude de encontrarem-se em extensas filas de espera.

Importa destacar que a fila de espera para a internação em leito de UTI no estado do Ceará é organizada pelo Unisus, da Secretaria Estadual da Saúde, por meio da Central de Regulação do SUS do Estado do Ceará (Cresus-CE). Na cidade de Fortaleza, a fila é organizada pela Crifor, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Saúde, por intermédio do Sistema de Regulação (Sisreg) e da Central Integrada de Regulação de Fortaleza (Cirf).

Constatou-se, na relação médica, que todos os pacientes se encontravam em estado de saúde gravíssimo, com alto risco de óbito. Diante da urgência, houve pedido de antecipação de tutela em face do estado do Ceará e do município de Fortaleza, para que providenciassem sua transferência, sob pena de incidirem em responsabilidade civil.

De acordo com o MPE, no âmbito da Promotoria Especializada na Defesa da Saúde Pública foram discutidas diversas hipóteses de solução de curto, médio e longo prazo. Além da construção de mais leitos, sugeriu-se a edificação de unidades intermediárias, que custariam menos e supririam as necessidades de pacientes que necessitam de cuidado constante, mas não primeiramente de terapia intensiva, sem olvidar a participação conjunta

com gestores estaduais e municipais. Contudo, o Poder Público pouco ou nada fez, haja vista a permanência de uma extensa fila de espera.

Cuida a mencionada ACP de 2008 dos interesses individuais homogêneos⁷⁴ e indisponíveis de pacientes em estado grave, cuja cura ou sobrevida está condicionada à internação em leitos de terapia intensiva. Consoante Didier Jr. e Zaneti Jr (2011), essa categoria de direitos representa uma ficção jurídica, criada pelo Direito Positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais com acidental dimensão coletiva, em razão de sua homogeneidade, oriunda da massificação das relações jurídicas e das lesões delas decorrentes.

Por entender que na esfera de proteção de direitos individuais homogêneos, o que se pleiteia é a concessão de prestações individualizadas de uma maneira potencializada, Souza Munhós rechaça a possibilidade de se fazer uso das ações coletivas para o controle jurisdicional de políticas públicas da saúde. Com efeito, o autor justifica seu posicionamento:

Isso porque nestes casos o que se faz é tutelar situações concretas, individualizadas, e não se busca a melhoria do sistema de saúde em sua totalidade. Aliás, muitas vezes, é exatamente o oposto que ocorre: as demandas buscam reconhecer direitos individuais homogêneos sanitários funcionam como mecanismos para distorcer políticas públicas já existentes, transferindo recursos sanitários dos mais necessitados para aqueles que, legitimamente, foram excluídos da cobertura. (SOUZA, 2011, p. 258).

Para o autor, o processo coletivo como instrumento dialógico institucional se restringe à tutela de situações que objetivam a realização administrativa ou legislativa de repercussão global, que equivaleria ao sentido de política pública em sua acepção mais pura, exemplificando: construção de leitos de UTI; reforma de hospitais, dentre outras.

Nesse ponto, não se segue referido entendimento. O fato de ser possível determinar individualmente todas as pessoas que sofreram o mesmo fato lesivo, como no caso ventilado pela ACP de 2008, não lhe retira o caráter coletivo, bem como os seus respectivos benefícios para a preservação do princípio da igualdade. Afinal, no caso em baila, todos os pacientes constantes na fila do SUS para realizar tratamento intensivo foram beneficiados com a decisão judicial, não havendo distinções arbitrárias entre eles.

Sob a ótica de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011), diante da homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais, torna-se evidente a vantagem de um

⁷⁴Segundo o Código de Defesa do Consumidor (CDC), artigo 81, p. ú., III, os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, isto é, nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, sendo a relação jurídica entre as partes *post factum* (fato lesivo).

provimento genérico. O pedido nas ações coletivas será sempre uma “tese jurídica geral”, que beneficia, sem distinção, os substituídos, o que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.

O processualista brasileiro defende que esse tipo de ação coletiva não equivale a mero litisconsórcio multitudinário, mas constitui espécie de tutela molecular dos ilícitos que afetam bens jurídicos coletivos ou coletivizados para fins de tutela. Na verdade, a procedência comum desses direitos revela a superioridade da tutela coletiva. Ademais, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011) são categóricos ao afirmar que não se trata de direitos acidentalmente coletivos, como sustenta Souza, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obtenção da tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.

Se a lógica adotada por Souza fosse plausível, então os direitos coletivos *stricto sensu* também não deveriam adentrar na tutela coletiva, já que seus efeitos certamente não teriam abrangência de uma política pública “pura”, haja vista seus titulares se restringirem a grupos de pessoas ligadas por um vínculo comum de natureza jurídica, e não a toda a sociedade de maneira mais global. Por isso a coisa julgada é “ultra partes”, nos termos do artigo 103, II, do CDC, para além das partes, mas limitada ao grupo, categoria ou classe.

Não obstante, as demandas por leitos continuaram a crescer e as filas de espera por leitos retornaram ainda maiores. Diante disso, em 2014, a Defensoria Pública da União do Estado do Ceará impetrou uma ação civil pública, determinando a construção de leitos de UTI, tendo em vista a omissão do Estado na devida implementação da política pública diante da crescente demanda, de uma persistente fila de espera (cerca de 150 pessoas), de péssimas condições de tratamento, de uma baixíssima ampliação desses leitos, da mora em aberturas de concurso público para profissionais da área⁷⁵, além da posição ocupada pelo estado do Ceará, inferior ao padrão estabelecido pelo Ministério da Saúde, no que tange ao número de leitos hospitalares de uma determinada região, dentre outros problemas. Os dados oferecidos pela Secretaria do Município de Fortaleza e pela Secretaria do Estado do Ceará revelaram-se divergentes, o que demonstrou uma desorganização administrativa, além da orçamentária.

Com a finalidade de requerer a tutela coletiva, a DPU buscou, antes, obter o máximo de informações possíveis dos órgãos estatais executivos (secretarias) e de hospitais, mediante o envio de ofícios contendo questionamentos. Em sua resposta ao ofício da DPU, a

⁷⁵Segundo a Sociedade Cearense de Terapia Intensiva (Soceti), o último concurso público estadual para profissionais de saúde ocorreu em 2006, ou seja, há dez anos.

Secretaria de Saúde do Município (SSM) declarou que existem, em Fortaleza, 360 leitos de UTI, mas que desses apenas 225 leitos estão disponíveis no SUS, sendo 118 localizados em hospitais estaduais, 41 em hospitais municipais, 19 em federais e 47 em hospitais conveniados.

Já a Secretaria Estadual de Saúde (SES) informou um total de 870 leitos em todo o estado do Ceará, dentre os quais 648 encontram-se na cidade de Fortaleza. Contudo, apenas 413 estão vinculados ao SUS, sendo 238 pertencentes à rede estadual, 58 à rede municipal, 47 a rede federal e 70 a hospitais conveniados. Os contrastes são evidentes e podem ser melhor observados por meio da seguinte tabela (Tabela 1):

Tabela 1 – Contraste de dados da SES e da SMS com relação a leitos de UTI disponíveis para o SUS em Fortaleza

CONTRASTE DE DADOS DA SES E DA SMS COM RELAÇÃO A LEITOS DE UTI DISPONÍVEIS PARA O SUS EM FORTALEZA		
LEITOS DE UTI POR ENTE	DADOS DO MUNICÍPIO	DADOS DO ESTADO
HOSPITAIS FEDERAIS	19	47
HOSPITAIS ESTADUAIS	118	238
HOSPITAIS MUNICIPAIS	41	58
HOSPITAIS CONVENIADOS	47	70
TOTAL	225	413

Fonte: BRASIL (2014).

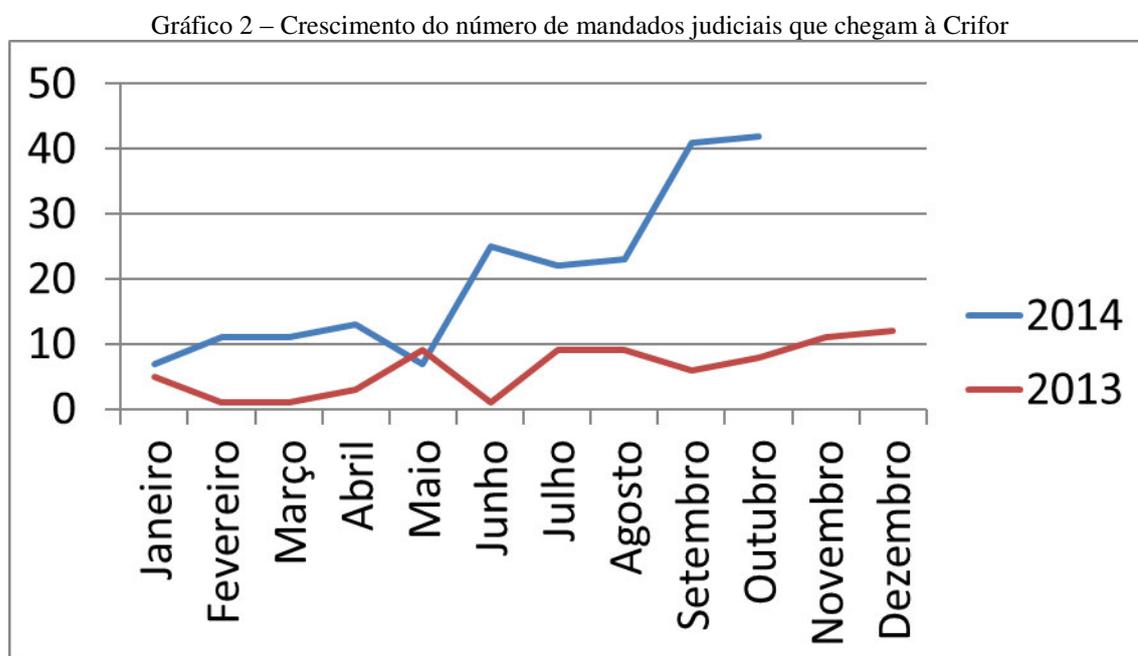
Em outro ofício (ofício 4130/214-GABSEC), A SES informou ainda que há 258 leitos da rede privada em todo o estado do Ceará, chegando-se a um total de 804, dado inferior aos 870 anteriormente previstos no ofício de resposta da Corac/SES. Assim, além dos embates entre dados do município e estado, o próprio estado se confunde ao responder os questionamentos.

Registre-se que no hospital Instituto Dr. José Frota (IJF), há 33 leitos de UTI, dos quais 7 seriam de pediatria e 26 para adultos. Além disso, o superintendente do IJF, Francisco Walter Frota de Paiva, informou que no mês de junho de 2014, a Central de leitos comportava 25 pacientes regulados aguardando vaga, havendo a necessidade de criação de, no mínimo, mais 30 unidades de terapia intensiva. Todavia, desde 1993 não são construídos novos leitos, o que demonstra a ineficiência da Administração Pública em prover esse serviço, visto que se faz desarrazoado que o maior Hospital Terciário do Estado não tenha recebido nenhum novo leito há mais de 20 anos diante de uma demanda tão elevada.

Por outro lado, o Hospital de Messejana, que também prestou informações à DPU, chegou a tomar providências para sanar a carência de leitos, construindo 15 unidades de Emergência em maio de 2014. Apesar disso, persistiu a necessidade de no mínimo mais 4 ou 5 leitos em sua sede para suprir a demanda que recebe de pacientes, uma vez que o atual número de 69 leitos tem se mostrado insuficiente para tal. No tocante ao Hospital Geral de Fortaleza (HGF), há um total de 38 leitos em suas dependências, porém, à época, ressaltou haver 11 pacientes na fila de espera no momento da resposta do ofício.

Considerando-se que o mínimo de leitos estabelecido pelo Conselho Regional de Medicina (CRM) e a Sociedade Cearense de Terapia Intensiva (Soceti) equivale a 878, ambos os duvidosos dados do Estado (870 e 804) revelam que esse se encontra aquém do mínimo necessário para a população cearense. A análise desses questionamentos realizados aos maiores hospitais do estado do Ceará só confirmou a carência de leitos de UTI, bem como a necessidade emergencial de investimento público na ampliação de tais unidades.

No intervalo de tempo entre 2013 até outubro de 2014, no que diz respeito à quantidade de demandas judiciais que chegam à Crifor, depreende-se por meio da avaliação do Gráfico 2, a seguir, que ela aumenta com o passar do tempo.



Fonte: Rolim (2016, informação enviada por e-mail)

Enquanto durante o ano inteiro de 2013 (365 dias) houve um total de 75 mandados judiciais, em um intervalo inferior de tempo do ano seguinte, até o dia 31 de outubro de 2014 (304 dias), a Crifor chegou a receber 202 mandados. Assim, em 2013, a

proporção foi de 4,8 dias/mandado, ao passo que em 2014, chegou-se à proporção de 1,5 dias/mandado. Revela-se, portanto, crescente o aumento desse tipo de demanda, requerendo que se encontre urgentemente uma solução macroscópica para esse problema, devendo ser ventilado mediante ação coletiva, notadamente, a ação civil pública.

Por fim, o pedido requerido pela DPU na ACP de 2014 revelou uma clara preocupação em promover o diálogo institucional entre os órgãos eminentemente políticos ao exigir a produção de um plano progressivo realizado pelos entes, e não pelo Judiciário, abrindo espaço para uma audiência de conciliação entre as partes para definição do mencionado plano, nos seguintes termos:

[...] b) A concessão da antecipação dos efeitos da tutela inaudita altera pars, pelos fundamentos acima expostos, para que seja determinada a **apresentação e a execução pelos entes federados de um plano progressivo de ampliação do número de Unidades de Terapia Intensiva no Estado do Ceará, em especial, no Município de Fortaleza, a ser executado em um prazo de 04 anos, para a implantação de, no mínimo, 150 novos leitos de UTI, com a criação de, no mínimo, 35 por ano;** c) O agendamento, caso o magistrado não entenda ser hipótese de antecipação inaudita altera pars, de uma **AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO entre as partes** para definir os termos do plano progressivo de instalação de leitos de UTI supramencionado; [...] (grifo nosso).

O pedido de liminar foi deferido, contudo, as inspeções realizadas pela DPU nos hospitais identificaram que a determinação de criação de novos leitos não vem sendo atendida. Como agravante do problema, a chefia da Unidade de Terapia Intensiva de Adulto do Hospital Geral Dr. César Cals (HGCC) reportou, em ofício para a central de leitos do Estado, o bloqueio de seis leitos de UTI do hospital desde o dia 27 de janeiro de 2016. De acordo com o documento, o bloqueio se deve à redução de profissionais de saúde disponíveis para atendimento, o que prejudicaria essencialmente o seu funcionamento (DPU..., 2016).

Em que pese a insistente inércia do Estado na defesa do direito difuso em baila, já que o pedido final solicitou a construção de novos leitos com o fim de suprir as necessidades sociais da população cearense, o Judiciário buscou realizar um controle sobre a conduta desidiosa dos entes federativos de uma maneira menos verticalizada, não fechando os canais de diálogo entre as instituições.

Não se defende um controle judicial autoritário, que suplante todo o planejamento e decisões dos entes federados, baseado apenas no “dever-ser” constitucional, sem se levar em consideração as condições fáticas que permitem a sua realização. Isso não resolve o problema de saúde que assola a sociedade, mas prejudica ainda mais a situação de crise. Para não haver uma “revolta dos fatos contra o direito”, defende-se uma visão desse controle por meio do processo coletivo como um instrumento a favor da democracia e da melhoria do sistema de

saúde, aproximando o debate político entre os agentes públicos, e afastando a ideia do protagonismo (judicial) nesse campo.

Também não se ignora a importância e o direito de se pleitear demandas individuais, mas, pelos motivos já expostos, em casos de negativa de acesso a políticas públicas de saúde em face da existência de filas de espera, prioriza-se a solução mediante ações coletivas. As diretrizes do planejamento em saúde revelam um sistema bastante interligado, porém, isso não parece corresponder à prática. Em declaração, após o IV Congresso em Direito e Saúde, a Soceti reclamou:

As três esferas de gestão não se articulam em si e entre si, não planejam, não agem de modo coordenado, não medem indicadores, não fazem a gestão do conhecimento, não pesquisam, não promovem qualidade, não reconhecem os bons profissionais. Numa mesma esfera de governo percebe-se contradições e desentendimentos, entre secretarias como a da Fazenda, que paga, em relação à da Saúde, que presta o serviço. (SOCETI, *online*)

Acredita-se que o Judiciário pode contribuir quando amplia os canais de discussão sobre a melhor maneira de alocar recursos escassos, de planejar a gestão de serviços e de tratamentos, inclusive a de leitos de terapia intensiva, de aumentar a troca de informações entre os órgãos entre si e entre esses e os pacientes. Nas palavras de Souza (2011, p. 273): “Em outras palavras, o principal papel do Judiciário seria contribuir para tornar o resultado das políticas públicas o mais sensível possível às demandas populares e aos consensos científicos dos especialistas da área da saúde”.

Sob uma perspectiva multinstitucional dialógica, emerge a necessidade de menos heroísmo individualista entre as funções estatais, e de mais parceria entre os agentes envolvidos na tomada de decisões coletivas dentro do sistema de saúde, sob o fulcro de desobstruir os canais ordinários de deliberação e contribuir para a fiscalização da implementação e dos resultados das políticas públicas, o que pode ser impulsionado pelo Judiciário, mediante ações coletivas, como as ações civis públicas analisadas. Assim, permite-se uma melhoria do sistema como um todo e o aumento do nível de correspondência entre a alocação de recursos limitados e as prioridades definidas pelos usuários e pelos técnicos do setor de saúde.

6 CONCLUSÃO

A saúde, enquanto direito fundamental, constitui fundamento basilar do sistema jurídico e político do Estado Democrático de Direito brasileiro. Seu reconhecimento como norma constitucional ocorreu mediante lutas sociais que buscavam proteção estatal universal a esse direito. Não poderia ser diferente, pois quando não há saúde, os demais direitos se tornam inexecutáveis. A enfermidade tem o condão de prejudicar as possibilidades de desenvolvimento, logo, de liberdade e de igualdade do indivíduo, podendo ainda pôr em discussão a própria dignidade humana, princípio responsável pela unidade axiológica de toda a Constituição vigente.

Com o fim de estabelecer sintonia entre o texto constitucional brasileiro e o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem como seu maior nível de garantia, a CF/88 adotou a concepção do direito à saúde não apenas eminentemente curativa, mas também preventiva e promocional na tutela jusfundamental. A saúde, porém, possui um conceito mais amplo do que apenas a ausência de moléstias, admitindo a qualidade multidimensional, que engloba determinantes de natureza ambiental, social, econômica e cultural, o que implica complexidades na elaboração e implementação das políticas de saúde.

A efetivação desse direito não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas depende da consecução de políticas públicas mais amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, sem olvidar o compromisso com as futuras gerações. A saúde, portanto, não necessita apenas de fatores biológicos para seu alcance, mas também de determinantes sociais favoráveis, ou seja, de condições e relações de meio e de desenvolvimento do indivíduo.

Dessa maneira, a saúde real seria maior que a saúde discutida em processos judiciais, os quais, em sua maioria, limitam-se a promover a saúde apenas em seu âmbito curativo, mas ainda de maneira parcial. Não adianta a garantia do fornecimento de determinado medicamento, ou de um procedimento cirúrgico ou de uma vaga em unidade de terapia intensiva, quando não se tem moradia, rede de esgoto ou alimentação adequada. Não se deve confundir o direito à saúde com o direito à prestação jurisdicional. Muito mais do que isso, saúde é viver de maneira digna (complementaridade + indivisibilidade).

A saúde, enquanto direito social e norma de eficácia limitada, necessita de regulamentação e de prestações estatais para o alcance progressivo de sua eficácia completa. Ocorre que essa característica apenas o diferencia dos direitos civis e políticos e de eficácia plena apenas sob o aspecto fático e temporal, na medida em que todos os direitos têm custos,

porque todos pressupõem o financiamento, pelo contribuinte, de uma estrutura de fiscalização para implementá-los.

No caso de norma de eficácia plena, as condições fáticas para a produção dos seus efeitos já existiriam, enquanto que nas de eficácia limitada não; as condições institucionais, legais, e sobretudo financeiras não seriam ideais. A diferença entre os direitos sociais e os individuais reside, portanto, no nível de custo que acarretam, ou seja, distinguem-se quanto ao grau, e não quanto à natureza. A criação das condições de exercício dos direitos sociais revela-se mais dispendiosa ao Estado.

Considerando-se que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita, o que configura uma relação profunda e essencial entre direitos fundamentais e orçamento público. Por conta disso, o provimento estatal para suprir os anseios sociais que assolam a saúde pública revela-se limitado, o que significa que deverá haver uma prévia seleção de políticas públicas.

A Constituição, regulamentada por legislação infraconstitucional que delimita a gestão e o financiamento do SUS, não estabelece o dever do Estado como obrigação de resolver integralmente todos os problemas de saúde de toda a população brasileira, mas o traduz como o dever de estabelecer políticas públicas que agenciem a maior eficácia, efetividade e eficiência do referido direito fundamental. Compreendendo de maneira sistemática a interpretação dos princípios constitucionais estruturantes da política pública inicial e elementar do SUS, o acesso igualitário e universal às ações e serviços públicos não significa que todos têm direito irrestrito a tudo na saúde.

Em que pese o aspecto universal e igualitário da saúde garantir a não discriminação arbitrária dos cidadãos no acesso aos serviços e insumos do SUS, superando o anterior modelo formal que exigia contribuição pecuniária prévia à Previdência, importa destacar que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, logo, devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que essa deve respeitar e concretizar.

É nesse sentido que se justifica, sob uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, não se permitindo, é claro, a violação ao seu núcleo essencial. Restrições,

portanto, são possíveis, desde que fundamentadas e que estejam garantidas políticas públicas básicas que cubram, pelo menos, condições mínimas de prevenção e de recuperação da saúde do indivíduo.

Por sua vez, a integralidade na saúde diz respeito ao dever estatal de implementar políticas públicas que visem não apenas à recuperação da saúde, mas principalmente à sua prevenção, de acordo com as necessidades de cada um em todos os níveis de complexidade do sistema. Contudo, defende-se que esse princípio deve ser obedecido com razoabilidade, no sentido de que os cidadãos submetidos ao Sistema Único compreendam as suas limitações. Atitudes como ser signatário de um plano de saúde privado, mas concomitantemente fazer exigências que sobrepujam os planos de saúde do SUS, equivale a tornar o sistema público complementar ao privado, deturpando as diretrizes constitucionais que regem esse sistema.

Cabe ressaltar que o SUS emerge como uma política pública que busca diminuir as desigualdades sociais no âmbito do acesso aos cuidados com a saúde, mas parece ser utópico compreendê-lo como um conjunto de ações e serviços estatais infinitos para os milhões de indivíduos residentes no Brasil. Os critérios de delimitação dos princípios que regem essa política fazem-se fundamentais para que ela possa ser eficaz.

O limite supremo que cerca não apenas a integralidade, mas todos os demais princípios, refere-se à limitação das fontes de recursos. Todavia, em um país tão enraizado pela desigualdade como o Brasil, com um histórico de serviços públicos negligenciados e de desvios de recursos por representantes políticos, falar em limites financeiros a programas de saúde promove a suspeita de se estar apresentando um mero pretexto para justificar a carência de recursos em serviços que beneficiam sobretudo os hipossuficientes.

A despeito dos problemas de corrupção e de má gestão administrativa e financeira, a questão da escassez não é falácia, mas inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, na qual prevalece também a carência de recursos não monetários, como órgãos e pessoas especializadas. Assim, a opção política deve ter como pressuposto os recursos econômicos, no sentido de identificar e precisar os obstáculos para a respectiva superação.

A alocação de recursos para implementação de políticas públicas da saúde envolve escolhas difíceis, muitas vezes trágicas, abrangendo decisões relativas a quanto disponibilizar, a quem atender e a que condutas dos potenciais beneficiados privilegiar, não havendo um critério único que possa balizar todas as decisões. Por isso as decisões tendem a ser locais, com vistas a atender as demandas conforme as necessidades inerentes de cada região.

Para tanto, um prévio planejamento das políticas públicas se faz fundamental. É preciso, pois, avaliar os respectivos quadros epidemiológicos, bem como conhecer, nas três esferas de gestão, as condições de infraestrutura física, tecnológica e de suprimento logístico disponível à atividade de planejamento; verificar também o nível e a disponibilidade de recursos humanos.

Nesse contexto, os planos de saúde devem servir como referência para a demarcação de responsabilidades técnicas, administrativas e jurídicas, tendo em vista serem elaborados de acordo com as diretrizes legais, associadas àquelas estabelecidas nas Comissões Intergestores Tripartites, que contribuem para sustentar um sistema de cooperação e articulação de responsabilidades entre os entes federados. Caso contrário, o SUS ficaria à mercê de ideologias e decisões unilaterais das autoridades dirigentes da saúde, o que não funcionaria, tendo em vista que a assistência na saúde pública não costuma se esgotar na instância de governo local do cidadão.

Por conta disso, o planejamento em saúde deve ser desenvolvido de forma articulada, integrada e solidária entre as três esferas de gestão, o que configura o seu caráter sistêmico e permanente, no sentido de ser realizado continuamente, não se esgotando na padronização de um plano, tendo em vista o dinamismo da realidade climática, econômica e social da população, e de ser ponderado na unidade como um todo, levando em consideração aspectos internos e externos de cada região.

Em que pesem as densas inter-relações entre os diversos órgãos executivos que trabalham no âmbito da saúde, em todas as esferas estatais, o Judiciário encontra espaço para influenciar, de maneira legítima, o fluxo de políticas públicas, na medida em que a sua realização deve dar-se dentro dos parâmetros legais e constitucionais. Em especial, o controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais.

Contudo, o relevante e crescente papel do Judiciário na composição e aplicação das políticas públicas não decorre apenas do controle de constitucionalidade, seja abstrato, seja difuso, e da adoção da posição ativista de juízes e tribunais, mas também da iniciativa dos próprios atores políticos na figura de grupos minoritários em busca de derrotar as decisões majoritárias do parlamento por meio da instância jurídica. Há, portanto, uma transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, que assume a responsabilidade de revisar e implementar políticas públicas, oferecendo segurança e sustento ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

O tema do controle jurisdicional de políticas públicas deve ser observado sob a ótica da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, e não sob o viés negativo do ativismo judicial com o qual é mal relacionado e mal compreendido. Entende-se que o ativismo e a autocontenção acabam equivalendo a uma opinião moral dos órgãos políticos. Se a Administração decidir de uma maneira, mas o Judiciário não concordar, ele é considerado ativista, mas se aquiescer, é autocontido. Nesse sentido, perde-se o foco de garantir a maior eficácia e efetividade possível às normas constitucionais, quando esse pensamento de adversidade entre funções estatais prevalece.

Registre-se que a pressão midiática e a transferência das decisões mais polêmicas para a mesa do Judiciário pelos próprios órgãos políticos não contribuem apenas para o ativismo judicial, mas também para a autocontenção, a qual se revela também, algumas vezes, oportunista e contingencial. Dessa maneira, pode-se afirmar que as razões que levam o Judiciário a adotar uma postura ativista ou autocontida podem convergir, no sentido de que ambas repercutem na política do País, não sendo consequência exclusiva do ativismo.

Apesar de não ser vedado o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde, o Judiciário deve observar certos limites em sua conduta, para que não haja o risco de, em vez de promover a eficácia do direito fundamental, ocorra o efeito inverso. O fenômeno da judicialização da saúde tem crescido de uma maneira demasiada, maquiando a função do Judiciário em garantir a maior eficácia da saúde, enquanto direito fundamental. Uma visão juricêntrica e distante da interação entre os órgãos de gestão e execução, somada à predominância da litigação individual, promove a desestruturação não apenas do SUS, mas também do próprio Judiciário, que se vê sufocado com o excesso de demandas cada vez mais complexas e tendo que gerir assuntos para os quais não tem capacidade técnica.

Apesar dos esforços do CNJ e até mesmo de parâmetros já estabelecidos pelo STF como resultado da Audiência Pública de 2009, com o fim de racionalizar o processo judicial no campo da saúde com base no diálogo entre instituições, a maior parte dos magistrados tem demonstrado uma postura solitária e individualista.

Ocorre que o avanço tecnológico exige que os magistrados saiam de suas “ilhas”, buscando subsídios em instituições como a Conitec e o NAT, que avalia os pedidos com base em prescrições, documentos e histórico dos pacientes, fornecendo subsídios técnicos para os magistrados. Além disso, essa procura pela autocapacitação dos magistrados evita que a motivação decisional seja embasada por mais argumentos emocionais do que técnicos.

Visto que boa parte do consumo em saúde é induzido artificialmente, a constante inserção de novas tecnologias, comumente onerosas, que sempre elevam os custos, deve ser

controlada e administrada pelo SUS, o que deve ser respeitado pelo Judiciário, salvo exceções previstas em lei. Dessa maneira é possível controlar a lei de mercado sobre o valor dos medicamentos e sua eficácia, bem como evitar a sistematização de máfias por trás da “indústria de liminares de medicamentos” ou de consultas e até de leitos de UTI. Contudo, essa não é a conduta jurídica que predomina, o que acaba tornando o Judiciário uma segunda porta de entrada aos serviços de saúde financiados pelo Estado de maneira ilegítima.

A vida e a saúde de um indivíduo são bens imensuráveis sob o aspecto sentimental, mas a sua manutenção implica custos que o Judiciário tem que levar em consideração. Diante de um demandante de rosto sofrido, o magistrado padece em face da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento, e têm sua percepção distorcida pela fundada dúvida do magistrado de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde pública. Como consequência, tem-se realocações não planejadas de recursos limitados, fragmentação do SUS, e falhas em políticas de saúde em nível básico, como as que contemplam o fornecimento de materiais de suturas para ferimentos e cirurgias.

O Judiciário age com imprudência quando insiste em entender como legítimas as escolhas públicas desde que todas as necessidades sejam atendidas. Se não houvesse escassez de recursos seria muito bom, mas uma situação dessa natureza parece muito distante da realidade. Assim, apesar de ter legitimidade para influenciar no fluxo de políticas públicas da saúde, conforme se defendeu até o quarto capítulo, no contexto de uma judicialização excessiva, somada a uma postura isolada e, por vezes, autoritária, quando não promove o auxílio e a troca de informações entre os outros órgãos responsáveis pela saúde, o Judiciário perde o sentido no desempenho de sua função como guardião da Constituição.

No cenário da emergencial falta de leitos de UTI no estado do Ceará, o problema da existência de filas de espera que assolam há anos a população vem sendo agravado com a atuação excludente e desmembrada do Judiciário, principalmente em relação aos órgãos executivos que gerenciam o SUS. Na medida em que os leitos conseguidos por meio de decisão judicial ganham prioridade em face de outras demandas contidas em filas, cujos pacientes não recorreram ao Judiciário, a igualdade e a universalidade no acesso ao SUS são violadas.

Pode ocorrer de um enfermo demandante passar na frente, na fila de espera, de um indivíduo sob condições de saúde piores e mais urgentes do que o primeiro. Tem-se uma ofensa ao critério de diferenciação, tendo em vista haver o deferimento de um privilégio arbitrário sem o devido lastro no princípio da proporcionalidade. Não há nenhum sentido em

se desconsiderar a posição na fila baseando-se unicamente na detenção ou não de uma decisão liminar favorável, sendo ignorados os critérios e protocolos clínicos específicos para essas demandas.

Por outro lado, existe outro risco quando se indefere uma liminar, na medida em que vários pacientes, em situação semelhante, estão conseguindo vagas de maneira mais rápida com base em ordens judiciais. Negar a concessão pode significar uma sentença de morte ao demandado, pois o que era para ser a exceção virou a regra. Dessa maneira, a judicialização da saúde revela-se um círculo vicioso, porquanto, ao invés de buscar diminuir a frequência das demandas, acaba por fomentar sua prática.

Da mesma maneira que os processos de incorporação e aprovação de medicamentos tonaram-se banalizados, haja vista os médicos não aguardarem a sua conclusão, os magistrados, baseados na prescrição daqueles, concedem liminares automaticamente. A gestão de leitos de UTI deixou de ser competência exclusiva da Central de Regulação, passando primeiramente pelo crivo judicial. Os órgãos responsáveis tornaram-se figurativos.

Partindo-se do pressuposto de que a ação individual não transcende a pessoa do demandante, nem seu objeto contempla a finalidade de resolver o problema de maneira global, acaba não enfrentando o problema universalmente, fornecendo resultados pontuais. Em contrapartida, a ação coletiva revela-se um autêntico mecanismo dialógico, em que o juiz surge mais como um árbitro, como um indutor, a conduzir o processo para uma solução negociada. Acredita-se que o Judiciário pode contribuir quando amplia os canais de discussão sobre a melhor maneira de alocar recursos escassos, de planejar a gestão de serviços e de tratamentos, inclusive a de leitos de terapia intensiva, de aumentar a troca de informações entre os órgãos entre si e entre esses e os pacientes.

À guisa de conclusão, cabe dizer que as críticas à judicialização excessiva não devem se concentrar apenas no Judiciário, mas sim no Estado brasileiro como um todo. Se o número de demandas judiciais aumentou de maneira descomunal, significa que as políticas públicas não estão correspondendo às necessidades de saúde da população de maneira global, o que merece ser repensado, desde que de maneira sistemática e dialógica. Parece evidente a necessidade de interação entre os órgãos políticos e jurídicos, bem como de ampliação na divulgação das escolhas e de seus critérios, abrindo espaço não apenas para os órgãos estatais participarem do processo, mas também para a comunidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ANVISA. **Efeitos da Resolução CMED nº 02/04 no processo de análise de preços de novos medicamentos**. Gerência de Avaliação Econômica de Novas Tecnologias. Brasília, jan. 2013. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/31cbde804e311d5694ddb7c09d49251b/trabalho+bala+n%C3%A7o+resol+2.final.15.Jan.2013.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-246.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVIM, Lúcia Teixeira. Federalismo, descentralização e política de saúde. **Revista do Legislativo**, n. 25, p. 50-58, jan./mar. 1999. Pacto Federativo. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/revistalegis/revista25/lucia25.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; DIAS DA SILVA, Ricardo Augusto (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.111-144.

_____. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Colômbia: Legis, 2005.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Politikon. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA PARAÍBA. AMPB. **Na abertura do curso 'Judicialização da Saúde' juiz do CNJ revela que no Brasil já tramitam mais de 250 mil ações desse tipo**. 2014. Disponível em: <<http://www.ampb.org.br/noticias/Na+abertura+do+curso+%E2%80%98Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Sa%C3%BAde%E2%80%99+juiz+do+CNJ+revela+que+no+Brasil+j%C3%A1+tramitam+mais+de+250+mil+a%C3%A7%C3%B5es+desse+tipo/9828>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de Saúde**: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 29-60.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestação em Saúde: complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v.1, n. 1, p. 803-826, 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpe/sp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito e medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **R. Jur. Unijur**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

_____. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Mariana. Fórum vai criar banco de boas práticas para agilizar julgamento de ações relacionadas à saúde. **CNJ**, 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62289-forum-vai-criar-banco-de-boas-praticas-para-agilizar-julgamento-de-acoes-relacionadas-a-saude>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BRASIL, Tribunal Regional Federal TRF 5ª Região. Origem: PJe. Classe: **Apelação / Reexame Necessário - APELREEX/CE**. Número do Processo: **08045118820144058100**. Código do Documento: 387590. Data do Julgamento: 19/08/2015. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Desembargador Federal Cid Marconi.

_____. Tribunal Regional Federal TRF 5ª região. **Ação Civil Pública**. Número: **0807044-20.2014.4.05.8100**. Autor: Defensoria Pública da União. Réus: União Federal, Estado do Ceará, Município de Fortaleza e Município de Caucaia. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Ação Civil Pública.**: Número Único: 96544-30.2008.8.06.0001/0. Número Sproc: **2008.0003.5508-5/0**. Órgão Julgador: 3a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Requerente: Ministério público do estado do Ceará. Requerido: Estado do Ceará e Município de Fortaleza. 2007.

_____. Tribunal Regional Federal TRF 5º Região. **Ação Civil Pública** - Classe 05000. Autos nº **2003.81.00.009206-7**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza. 2003. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dwnld/uti05.doc>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica – Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública**: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal TRF 5ª região. **Processo nº 0803940-20.2014.4.05.810065**, 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará. Pleiteado: União Federal, Estado do Ceará e Município de Fortaleza. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE: 592.581** SC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 21 de março de 2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> .Acesso em: 28 jan. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no AgR-RE nº 607.381/SC**. Embargante: Estado de Santa Catarina. Embargado: Ruth Maria da Rosa. 1ª T. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 26/6/2012. DP: DJe 14/8/2012. Brasília, 26 de junho de 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=87975297&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 186**. Voto do Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de abril de 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 657.718, MG**. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJe: 11/5/2012c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **0801298-74.2014.4.05.810068**. Autor: Antônio dos Santos de Lima e outros. Réu: Estado do Ceará e União. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará. 2012d.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA n 175, CE**. Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 361.415**. Rel(a): Min. Luís Felipe Salomão. DP: 27/3/2009b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=361.415&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 393.175-RS**, Relator: Min. Celso de Mello, 2006a.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006b**. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, 2006b. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9**. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 29/04/2004. Data de Publicação: 04/05/2004. Brasília, 4 de abril de 2004a. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet. n. 2836-QO/RJ**. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%282836%2E2E%2E+OU+2836%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ovdho8p>> .Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 734.487-AgR/PR**. Segunda Turma. Arguente: Estado do Paraná. Arguido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator (a): Ministra Elen Gracie. DF, 20 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 20 nov. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 577.836 - SC (2003/01454392)**. Arguente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Arguido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de outubro de 2004b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1411795&num_registro=200301454392&data=20050228&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em: 10 fev. 2015

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): instrumentos de gestão em saúde**. Brasília, 2002. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n. 60)

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Dou de 5.10.1988**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1988.

BRÊTAS, Pollyanna. Governo vai cortar Programa Farmácia Popular e tirar dinheiro de UPAs e Samu. **Globo.com**, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/economia/governo-vai-cortar-programa-farmacia-popular-tirar-dinheiro-de-upas-samu-17634372.html#ixzz3wIvpXm25>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: Norton & Company, 1982.

CALGARO, Fernanda. **Câmara reajusta benefícios e aprova passagens para mulher de deputado**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/02/camara-autoriza-aumento-de-r-1465-milhoes-para-beneficios-de-deputados.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2011.

CANUT, Letícia. Comissões Intergestores: inovação na descentralização das políticas de saúde. In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). **Estado, política e direito**: políticas públicas e direitos sociais. Vol. 3. Criciúma: Unesc, 2011. p. 79-100.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90 e Lei 8142/90). São Paulo: Hucitec, 1995.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. TJ-CE - **Mandado de segurança, processo nº:0628781-19.2015.8.06.0000**. Impetrante: Raimunda Maciel de Lima representada por Erisvânia Maciel de Lima. Impetrado: secretário de saúde do Estado do Ceará. Relator: des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. OJ: Órgão Especial. DP: 21/01/2016

_____. Tribunal de Justiça. **Reexame necessário: 0873860-68.2014.8.06.0001**, Relator: Maria Vilauba Fausto Lopes, DJ: 09/12/2015.

CHAUÍ, Marilena. O que é política. In: NOVAIS, Adauto (Org.). **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007. p. 27-53.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Judicialização da Saúde no Brasil**: dados e experiência. Coord.: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. **II Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo, 18-19 maio 2015b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. 2010a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015.

_____. **Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010.** Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. 2010b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. **Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009.** Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência á saúde. 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/portaria/portcnj650.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ. CREMEC. **Resolução nº 12, de 4 de agosto de 1997.** Define e regulamenta as atividades das Unidades de Terapia Intensiva. Fortaleza, CE, 1997. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/resolucoes/res1297.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Capital tem déficit de 49 leitos de UTI.** 2012. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/capital-tem-deficit-de-49-leitos-de-uti-1.104253>>. Acesso em 28 dez. 2015

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas:** princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil.** Processo Coletivo. Vol. 04. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DPU pede medidas por descumprimento de decisão sobre leitos de UTI no Ceará. **DPU**, 5 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-ceara/137-noticias-ce-slideshow/29784-dpu-pede-medidas-por-descumprimento-de-decisao-sobre-leitos-de-uti-no-ceara>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia do Direito: crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERNANDES, Lara Teles. **O controle jurisdicional das demandas de saúde em procedimentos médicos com fila de espera: uma análise à luz do princípio da igualdade**. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FRAUDES na saúde pública chegam a R\$ 613 milhões. **Estadão**, 2007. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,fraudes-na-saude-publica-chegam-a-r-613-milhoes,75569>>. Acesso em: 20 out. 2015.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. O fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 107-118, anual, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista forense**, v. 99, n. 370, p. 103-134, nov./dez. 2003.

GRANJA, Gabriela Ferreira; ZOBOLIB, Elma Lourdes Campos; FORTESC, Paulo Antônio de Carvalho; FRACOLLI, Lislaine Aparecida. **Equidade no sistema de saúde brasileiro: uma teoria fundamentada em dados**. 2010. Disponível em: <<http://inseer.ibict.br/rbsp/index.php/rbsp/article/view/14/19>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do direito constitucional** : textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1960.

KILNER, John Frederic. **Who lives? Who Dies?: ethical criteria in patient selection**. New Haven: Yale Univ. Press, 1990.

LEMES, Conceição. Presidente do Conselho de Medicina de SP condena a lei dos fura-fila no SUS. **Viomundo**, São Paulo, 25 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/presidente-do-cremesp-condena-a-lei-1-131-injustacontra-a-etica-e-uma-forma-de-furar-a-fila.html>> Acesso em: 23 mar. 2015.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2015.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 64, p. 105-130, nov./dez. 2010.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os artigos federalistas: 1787/1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís. **Ação Civil Pública: lei 7347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

MARMELSTEIN, George. **Cinco Pontos de Reflexão sobre a Judicialização da Saúde**. 2016. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2016/01/19/cinco-pontos-de-reflexao-sobre-a-judicializacao-da-saude/>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. 25 anos da Constituição de 1988: presente, passado e futuro. In: CARVALHO, Paulo Rogério Marques de; ROCHA, Maria Vital da (Org.). **25 anos da Constituição de 1988: os direitos fundamentais em perspectiva**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013. p. 13-16.

_____. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 61-80.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAWIASKY, Hans. **Teoría general del derecho**. Tradução de José Zafra Valverde. Granada: Comares, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

NÓBREGA, Fábio George Cruz da. **Cooperação para a Prevenção e o Combate à Corrupção**, 2015. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/Coopera%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20Preven%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

NUNES JUNIOR, Armandinho Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 14: Artigo 12º (O direito ao melhor Estado de saúde possível de atingir). In: **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. 1. Ed. [S.l.: s.n.], p. 150-168, 2009. Disponível em: <<http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHRTranslations/por.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. **Revista BIS** (Boletim do Instituto de Saúde), São Paulo, v. 12, n. 2. ago. 2010. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2016.

PERNAMBUCO. Secretaria de Saúde. Secretaria Executiva de Coordenação Geral. Diretoria Geral de Planejamento. **Instrumentos de Planejamento do SUS: Nota Técnica 05/13**, 2013. Disponível em: <<http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/uploads/2013/>>

10/Nota-T%C3%A9cnica-N%C2%BA-05-Processo-de-Planejamento-para-os-Conselhos-de-Sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v. 20, n. 77, p. 341-370, jan./mar. 2011.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59: Iss. 1, Artícel 1, 1983. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva 2010.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia Científica para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

RIBEIRO, Maria Luísa Silva. Doutrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 173, p. 209-223, jan./mar. 2007

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 353-386.

SALES, Tainah Simões. **O Estado, a Pobreza e o Programa Bolsa Família**. Curitiba: Prismas, 2015.

SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, v. 23, n. 8, p. 921-927, ago. 2007.

_____; ANDRADE, Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos**. Aspectos jurídicos, administrativos e financeiros. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva: dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-648.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. 2007. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/291-artigos-jun-2001/6114-cobranca-de-contribuicoes-condominiais-legitimidade-passiva>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. **Constituição e Proporcionalidade:** o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição federal de 1988. **Revista de direito do consumidor.** São Paulo, ano 17, n. 67, p. 125-172, jul./set., 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <http://www.teoriaedireito-publico.com.br/pdf/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. **A constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2011a.

_____. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2011b.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latinoamericana de estudos constitucionais,** p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SOCETI. Disponível em: <<https://www.facebook.com/SOCETI/photos/a.1078654012145260.1073741829.1064104976933497/1090500074293987/?type=3&theater>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_1ce9c63c72dd60c723c2c9472b1461f3>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Fundamental à Igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina; Brasília: IDP, 2013.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-38.

TEIXEIRA, J. H. Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

TOMAZELA, José Maria. MPE investiga fura-fila na saúde em Sorocaba-SP. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,mpe-investiga-fura-fila-na-saude-em-sorocabasp,847410>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANA, Emílio de Medeiros. **Políticas públicas e controle judicial**: ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2010.

VIEIRA, José Ribas, et. al. **Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no supremo tribunal federal**. Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/3-ativismo-judicial-judicializacao-da-politica-e-garantismo-no-supremo-tribunal-federal#topo>>. Acesso em: 15 out. 2016.

WHITEHEAD, M. The concepts and principles of equity and health. **Int Jour Health Serv**, v. 22, n. 3, p. 429-445, 1922. Disponível em: <<http://joh.sagepub.com/content/22/3/429.short>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO. Constitution. 1946. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2014.