



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

VITOR SILVA MADUREIRA

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO:
uma análise do arcabouço legal e infralegal em demandas de saúde

São Luís/MA

2016

VITOR SILVA MADUREIRA

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO:

uma análise do arcabouço legal e infralegal em demandas de saúde

Monografia apresentada como requisito para obtenção de nota na disciplina de Monografia II no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão.

Orientadora: Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos

São Luís/MA

2016

Madureira, Vitor Silva.

Direito à saúde e judicialização : uma análise do arcabouço legal e infralegal em demandas de saúde / Vitor Silva Madureira. - 2016.

49 f.

Orientador(a): Edith Maria Barbosa Ramos.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Arcabouço legal e infralegal. 2. Direito à saúde. 3. Judicialização. I. Ramos, Edith Maria Barbosa. II. Título.

VITOR SILVA MADUREIRA

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO:

uma análise do arcabouço legal e infralegal em demandas de saúde

Monografia apresentada como requisito para obtenção de nota na disciplina de Monografia II no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Edith Maria Barbosa Ramos (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

Prof^a. Msc.^a Jaqueline Prazeres de Sena (1^o membro)
Universidade Federal do Maranhão

Prof^a. Msc.^a Isadora Moraes Diniz (2^o membro)
Faculdade IMEC

*Aos meus pais, pelo irrestrito amor
derramado ao longo dos meus 27 anos.*

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida e pela misericórdia derramada continuamente sobre a minha vida.

Aos meus pais, Vicente e Bete, pela disciplina, exortação, amor e cuidado dispensados sem medida dia-a-dia na minha existência.

À minha maninha Amanda, pelo amor e incentivo, além do suporte intelectual durante a vida acadêmica.

À minha família (vó Maria, primo Lucas e tios Boni e Vânia) e à Nilra pela torcida e apoio constantes.

À minha namorada Gêssica, pela companhia, carinho, amor, compreensão e ajuda oferecidos em todo o tempo.

Aos amigos SUBWAY (Lore, Ju, Vivi, Cris, Nath, Liz, Márcio e Will), da UFMA (Thiago Gomes, Marcello, Paulo Ricardo e Eduardo Amin), da DPU (André, Muniz, Poly, Bia, Luiz, Luísa, Danilo, Letícia, Jorge, Carol, Geisa, Nathália, Cris, Rebeca, Lud, Léo e Ícaro), do NaVerdade (Allen, Daniel, Cauê, Rodrigo e Pedro) e da vida (Gustavo, Marcos, Rebeca, Gíulia, Carol e Luanny). A amizade é um tesouro e vocês são prova disso.

À minha orientadora, pelo convite para participar da pesquisa junto a FIOCRUZ e pela maneira tão especial de ter assentido no dever de orientar o presente trabalho.

Aos Defensores Públicos Federais Jovino, Júlio, Lorena e Álvaro, pelos ensinamentos, estímulos e exemplos na atuação defensorial com vistas a assegurar aos hipossuficientes do Maranhão o direito social e fundamental à saúde, tão negligenciado especialmente nesse Estado.

Por fim, ao Diêgo, da coordenação do curso de Direito, pela constante disponibilidade em ajudar os discentes a fim de que a vida acadêmica seja menos turva como naturalmente o é no curso de direito da Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo avaliar a atualidade da judicialização das demandas de saúde face os conceitos de saúde e de direito à saúde presentes no ordenamento jurídico pátrio e do arcabouço legal e infralegal sobre o direito à saúde. A análise deu-se através da produção acadêmica sobre o assunto, complementada com casos pontuais da atuação da Defensoria Pública da União no núcleo de São Luís/MA. Assim, constatou-se que embora haja validade e fundamento nos questionamentos suscitados por pesquisadores quanto ao risco da crescente judicialização do direito à saúde, por outro lado a ineficaz atuação do Poder Público para prover o direito à saúde, seja em virtude do descumprimento da lei, ou em virtude da corrupção, não deixa outra alternativa senão o da busca pela Justiça para que o cidadão tenha assegurado o direito fundamental à saúde, intimamente associado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Palavras- chave: Direito à saúde. Judicialização. Arcabouço legal e infralegal.

ABSTRACT

This present study has as aim assess the relevance of the judicialization of health demands face the 7resente7f health and the right to health 7resente in the native legal system and the legal and infralegal srtructure about right to health. The analyzis was made through teh academic literature on the subject, completed with individual cases of Federal Public Defender Office São Luis' acting. Thus, it was found that although there are validity and bases on the questions raised by researchers about the risk of increasing judicialization of the right to health, in the other hand the uneffective Public Power acting to provide the right to health, wether because of noncompliance with the law, or because of corruption, does not leave other way except of the Justice for that the citizen has assurance the fundamental right to health, closed to the right of life and the human being dignity.

Keywords: Righ to health. Judicialization. Legal and infralegal structure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 SAÚDE E DIREITO À SAÚDE.....	11
2.1 Conceito de Saúde	11
2.2 Conceito de Direito à Saúde.....	15
3 O ARCABOUÇO BÁSICO NORMATIVO DA SAÚDE NO BRASIL.....	19
3.1 As normas constitucionais.....	19
3.2 A Lei n. 8.080/1990.....	21
3.3 A Lei n. 8.142/1990.....	24
3.4 As normas básicas infralegais.....	25
3.4.1 A Portaria Ministerial 2.203/1996.....	25
3.4.2 Portaria Ministerial 373/2002.....	26
3.4.3 Resolução 399/2006.....	27
4 ATUALIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE	29
4.1 Breve quadro clínico atual do Sistema Único de Saúde.....	29
4.2 A judicialização das demandas de saúde.....	34
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44
ANEXOS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O interesse pela temática da eficácia do arcabouço normativo em demandas de saúde nasceu de uma conjunção de fatores. O primeiro foi o ingresso do discente no quadro de estagiários da Defensoria Pública da União em São Luís/MA em novembro de 2013, de início como voluntário (por um ano) e depois como remunerado (até a presente data), lotado no 3º Ofício Cível, onde deparou-se com rotineiras demandas de saúde. Como a infraestrutura da Defensoria Pública da União em São Luís é relativamente precária, assim como o quantitativo de material humano, o trabalho do estagiário de Direito vai muito além da *práxis* em outros órgãos públicos. Assim, ao estagiário imputa-se a responsabilidade de uma vez por semana prestar atendimento ao público, colhendo os relatos e elaborando as narrativas iniciais que instruirão a atuação da DPU e a elaboração de minutas das peças jurídicas e formulação de pareceres jurídicos sobre as demandas.

Ante tais responsabilidades, impossível ao discente não ter se envolvido especialmente com alguns casos de saúde, em que se buscava a realização do procedimento cirúrgico só procedido no Hospital Universitário do Maranhão ou a concessão de medicamentos, presentes na lista do SUS, mas indisponíveis na secretarias municipal e estadual de saúde.

O segundo fator foi a participação no projeto de pesquisa Multicêntrico da Fundação Oswaldo Cruz em 2014 tendo por tema “O arcabouço infralegal da política pública de saúde e sua observância pelo poder judiciário: interação entre o sistema política e o sistema jurídico”, pesquisa interrompida em junho/2015 no contexto de corte de gastos do Governo Federal. A pesquisa tinha por objetivo fazer o levantamento dos processos judiciais de demanda de saúde que tramitavam nos Tribunais de Justiça estaduais entre os anos de 2012 à 2014, ajuizados apenas nas capitais, tendo no polo passivo o Estado e/ou Município. Levantados os autos, apurava-se a fundamentação das petições dos autores, as contestações dos réus, as decisões interlocutórias e as sentenças dos juízos, buscando identificar o uso do arcabouço legal e infralegal relativos ao direito a saúde.

A união dos dois vínculos na vida acadêmica do discente propiciou um olhar mais atento à tutela do direito à saúde no âmbito do judiciário, irremediavelmente

trançando um *link* com a atuação do Executivo em relação às responsabilidades à ele atribuídas pela Constituição Federal.

Mesmo com a interrupção da pesquisa do projeto Multicêntrico, remanesceu o interesse pela judicialização das demandas de saúde. Desse modo, na reta final do curso buscou-se apresentar um Trabalho de Conclusão que sintetizasse as impressões produzidas da pesquisa realizada e da atuação da DPU/MA nas demandas de saúde. Ou, em outras palavras, analisar a efetividade das normas legais e infralegais no cenário de judicialização do direito à saúde. Contudo, o bojo do presente trabalho utilizará os casos concretos apenas como exemplos, tendo em vista eles não estarem inseridos como objeto de pesquisa no projeto apresentado perante a coordenação do curso. Assim, parte-se das discussões acadêmicas expressas em artigos científicos e literatura especializada para contextualizar as análises da judicialização das demandas de saúde, no Brasil em termos gerais, em São Luís, através da atuação da DPU, em termos específicos, buscando analisar criticamente as razões que ensejam a judicialização desse direito social e os problemas no uso (ou não do arcabouço legal e infralegal nos processos em si.

Ante o exposto, o presente trabalho divide-se em três partes: a primeira centra-se na discussão sobre o conceito de saúde e o conceito de direito à saúde, partindo-se da formulação da Organização Mundial da Saúde e contextualizando com o cenário do Estado de bem-estar social.

Na segunda parte, de caráter mais descritivo, será apresentado o arcabouço legal e infralegal principal do direito à saúde (Sistema Único de Saúde) no ordenamento jurídico pátrio, composto das normas constitucionais, de duas leis, duas portarias ministeriais e uma resolução.

A terceira e última parte será composta de alguns dados atualizados sobre a situação do sistema de saúde brasileiro e a avaliação da atualidade da judicialização das demandas de saúde, apresentando as principais críticas existentes quanto a atuação do judiciário e elencando algumas avaliações pessoais sobre a produção científica do assunto, com base na experiência de dois anos na prática jurídica junto a Defensoria Pública da União, no 3º Ofício Cível, buscando destacar que a explicação do fenômeno da judicialização da saúde não começa numa pretensa ingerência do Judiciário em outras esferas do poder, mas sim no drama vivenciado pelo cidadão ante o descumprimento por parte do Estado em relação ao direito à saúde, o que enseja a via única da justiça para a concretização do direito negligenciado.

2 SAÚDE E DIREITO À SAÚDE

2.1 Conceito de Saúde

A definição do conceito de saúde está intimamente relacionada com o exercício da atividade médica. Nos tempos áureos da sociedade grega, instituiu-se a definição por meio de uma correlação entre o indivíduo e o meio no qual estava inserido. Nesse sentido, era indispensável para o diagnóstico médico correto, conforme o filósofo grego Hipócrates, que o profissional responsável estivesse inteirado da vida da cidade ou localidade em que o paciente estava inserido, bem como dos seus hábitos e estilo de vida. Destaca-se que a partir desse período a medicina buscou paulatinamente dissociar-se de pressupostos religiosos para o exercício de sua atividade, estando mais relacionada com o campo da filosofia e das ciências (DALLARI, 1987, página 58).

Na mesma esteira do caminho oferecido por Hipócrates, Paracelso (século XVI), médico e alquimista suíço, destacou a importância de se observar o mundo exterior, expresso nas leis físicas da natureza e fenômenos biológicos, para a formulação de um diagnóstico médico. Tendo trabalhado como mineiro, sua contribuição para o campo médico-científico foi valiosa para identificar a repercussão do ambiente de trabalho na saúde do trabalhador.

Por outro lado, tem-se a corrente de filósofos e cientistas que, influenciados pela cultura industrial incipiente dos séculos XVIII e XIX, considerava que as doenças nada mais eram que “defeitos de fabricação” na máquina humana. Predominam nessa corrente as contribuições filosóficas de Descartes e científicas de Pasteur e Koch¹.

Ocorre que conquanto o desenvolvimento da medicina afastou-se da religião e aproximou-se dos outros campos de saber para a elaboração dos seus diagnósticos, cada vez mais a sociedade endossou os relatórios de caráter científico fornecidos pelos médicos, desvinculando-se assim de práticas curandeiras e ritualísticas. Não que tenha havido uma completa cessação dessas práticas, mas sim que em termos

¹ A história da saúde no Ocidente é certamente mais rica do que o exposto aqui. Tem-se livros no âmbito da História como História do Medo no Ocidente e Outono na Idade Média que apresentam questões interessantes sobre como as pessoas lidavam com as doenças, e o que era ser saudável para aqueles povos. Contudo, em termos jurídicos, para mais informações sobre o breve histórico de conceituação de saúde, cf: DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde**. Rev. Saúde Pública, São Paulo. 1988.

gerais, a legitimidade para a emissão de qualquer relatório concernente a doenças passou a ser exclusivamente da medicina científica. Conforme destaca XAVIER (2003, página 146-147),

“Os médicos, por sua vez, pareciam buscar causas materiais para as doenças, temendo os miasmas, a insalubridade, a falta de higiene, percebendo-os como possíveis causas dos males da população. Apesar de suas ações serem muitas vezes ambíguas, em nenhum momento de suas declarações, pelo menos as que encontramos, manifestam qualquer preocupação em reelaborar essa relação entre o sobrenatural e os males do corpo. No intuito de se diferenciarem e de construírem para si um lugar privilegiado de ação, faziam-no em nome de conhecimentos científicos que tendiam a distancia-los do resto da população, muitas vezes mais crédula. Não podiam, portanto, concorrer com os curandeiros, que tinham outras formas de entender as doenças, relacionando sua religiosidade com seus tratamentos e garantindo, por conseguinte, a conquista de espaço social e político.”

Nesse íterim, imprescindível destacar que tanto à luz dos fundamentos lançados pela filosofia grega quanto pelas descobertas alcançadas na baixa idade média e fase moderna da sociedade ocidental, o conceito de saúde esteve intimamente conectado com o entendimento de ausência de doenças conhecidas na época.

Com efeito, o desenrolar dos anos proporcionou uma ampliação desse entendimento sobre o que é saúde. À medida em que a complexidade da vida em sociedade recrudescia e novas descobertas de doenças, sintomas e curas eram alcançadas, o saber médico ampliou-se de maneira significativa, repercutindo em relatórios médicos mais confiáveis e consubstanciados.

Diante de tal realidade, para alguns pesquisadores considera-se que a medicina atingiu um patamar especial na sociedade contemporânea, ante a reverência à ela prestada quando da emissão dos laudos médicos. Para alguns, a medicina alcançou o mesmo espaço do sacerdócio ou da religião em sociedades antigas, no sentido de detentora do monopólio da verdade quando em questão está a saúde/doença. É o que afirma FREIDSON (2009, página 25),

“Se considerarmos a profissão médica atualmente, fica claro que sua principal característica é a preeminência. É preeminente não apenas no prestígio, mas também na autoridade relativa à sua especialidade. Isto para dizer que o conhecimento médico sobre doenças e seu tratamento é considerado autorizado e definitivo. Apesar das exceções interessantes, como a quiroprática e homeopatia, não existem representantes de ocupações em competição direta com a Medicina que tenham conseguido posições semelhantes na formulação de políticas relacionadas à saúde. A posição da

Medicina hoje em dia está próxima das antigas religiões de Estado – ela tem um monopólio aprovado oficialmente sobre o direito de definir o que é saúde e doença e de trata-la. Além disso, ela é altamente reconhecida pelo público, o que reflete o grande prestígio que possui.”

Embora os médicos detenham a legitimidade para formular a conceituação do que seja saúde, sobretudo pela carreira ter como objeto a vida do paciente e ser oficialmente regulada pelo Estado, o principal conceito de saúde foi apresentado pela Organização Mundial da Saúde, em 1946, presente no preâmbulo da Constituição da referida organização.

Para a OMS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946),

“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.”

Segundo LIMA (2013, página 18) outros tratados e convenções posteriores ao da OMS seguiram na mesma direção de conceituar saúde com uma ideia abrangente e holística.

Internacionalmente, a partir da Declaração de Alma-Ata (Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde) de 6-12 de setembro de 1978 é afirmado que a saúde ‘é um direito humano fundamental’ e que disto decorre a obrigação de fazer para o Estado. À esta conferência seguiram-se outras (Ottawa, 1986; Adelaide, 1988; Sundsvall, 1992; Santafé, 1992; Jacarta, 1997; Cidade do México, 2000; Bangkok, 2005, Nairobi, 2009, e; Finlândia, 2013) abordando o tema promoção da saúde, pretendendo que o Estado se ocupe da saúde do Homem. Em todos estes conclave trabalha-se com uma ideia abrangente de saúde. Para que esta seja alcançada, de forma individual ou coletiva, há que se ter um conjunto de medidas promovidas pelo Estado, as quais nem sempre de forma direta dizem respeito à saúde estrito senso, mas confirmam o conceito da Organização Mundial da Saúde e sua visão holística de saúde, como veremos a seguir.

Depreende-se que o conceito formulado pela OMS carece de efeitos concretos, haja vista a utopia formulada na sentença grifada. Tendo em vista a completude ser algo intangível para os seres humanos, como analisar as políticas públicas ou a eficácia da prestação jurisdicional em demandas de saúde quando o alcance do resultado encontra-se intimamente relacionado ao alcance de um estado pleno de bem-estar social, físico e mental?

Com efeito, as críticas formuladas a essa conceituação em pleno século XXI não podem colocar de lado o contexto em que se deu a formulação da constituição da OMS.

O contexto histórico é de imediato pós 2ª Guerra Mundial. O cenário europeu em especial viu-se completamente arrasado pelos longos quase 6 anos de conflitos militares que ceifaram tanto nos campos de concentração quanto nos próprios conflitos em si milhões de vidas humanas. Quase a totalidade dessas vidas foram de homens, o que acarretou em ampla indefinição de como seria a história da Europa e da humanidade, face a necessidade de completa reconstrução de vilarejos, cidades e alguns países. (JUDT, 2008, página 31)

“As perdas materiais sofridas pelos europeus durante a guerra, por mais terrível que tenha sido o conflito, foram insignificantes, comparadas às perdas humanas. Estima-se que cerca de 36, 5 milhões de europeus sucumbiram, entre 1939 e 1945, de causas relacionadas com a guerra (o que equivale à totalidade da população da França quando o conflito eclodiu) – número que não inclui mortes naturais nos anos em questão, tampouco qualquer estimativa da quantidade de crianças não-concebidas ou que deixaram de nascer, à época e mais tarde, em consequência do confronto.”

Esse contexto também o é de formulação de um Estado de bem-estar social, o qual visa não somente a promoção bem como a ampliação dos direitos fundamentais a serem usufruídos por todos os indivíduos o que, por tabela, implica numa ampliação da responsabilidade desse Estado perante a sociedade.

Ocorre que para efeitos de positivação de direitos e garantias fundamentais, o Estado de bem-estar social atende plenamente os anseios da sociedade. Em contrapartida, persiste a ineficiência de tais normas no plano concreto, isto porque à medida em que ampliaram-se as responsabilidades do Poder Público perante o indivíduo, de igual modo tornou-se mais dificultosa a elaboração de políticas públicas capazes de atender satisfatoriamente tais anseios positivados em direitos, sobretudo os direitos mais básicos, originários, como o direito à saúde².

² A questão reside no fato que a ampliação das responsabilidades do Estado perante a sociedade culminou na inserção de direitos básicos num rol já demasiadamente amplo e nada taxativo de direitos, o que prejudica substancialmente tanto a concretização dos novos direitos (pode-se afirmar que a satisfação só se dá na existência da lei, não no cumprimento dela para eles), e sobretudo na completa ineficácia em relação a direitos básicos, como a saúde, educação e segurança. Sobre o assunto, para análises aplicadas à repercussão social do agigantamento do Estado em países de primeiro mundo, em suas mais diversas matizes, cf: DALRYMPLE, Theodore. **A vida na sarjeta**. e: SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**.

Para todos os efeitos, embora persista a discussão em torno da fragilidade conceitual de saúde apresentada pela OMS, sobretudo em face das limitações inerentes ao Estado Social, adotar-se-á no presente trabalho tal conceito, tendo em vista a correspondência dele com o formulado nas normas brasileiras, como será verificado no capítulo seguinte.

2.2 Conceito de Direito à Saúde

Para DALLARI (1988, página 59), a palavra direito tanto carrega o sentido axiológico como sinônimo de justiça como possui um caráter de subjetividade quando diz respeito ao “meu direito”.

Para a doutrina clássica, e mesmo a recente, o direito à saúde é tido por direito subjetivo. Essa colocação deve-se em especial à posição que o direito à saúde ocupa, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro.

O texto da Constituição Federal traz o direito à saúde no rol de direitos sociais, como o direito à moradia e direito à alimentação, direitos sociais estes que compõem a segunda geração de direitos, base da atuação do Estado de bem-estar social, como brevemente destacado no tópico anterior.

Os direitos sociais, segundo TAVARES (2012, página 837),

Exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos de prestação, ou direitos prestacionais.

Para BULOS (2011, página 789), as “prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais”. Nesse sentido, vislumbra-se, conforme apontado inicialmente, que enquanto o Estado arroga para si a responsabilidade de prover os direitos básicos do cidadão, em contrapartida este conseqüentemente recebe não só o direito que o Estado lhe reserva, como também o direito de reclamar em juízo pela prestação do direito social em tela.

Nesse sentido, BERNARDES (2013, página 218) faz importante observação quanto ao novo papel do qual se reveste o Judiciário. Para a autora,

é nesse contexto, de necessário reconhecimento do direito à saúde, que nos deparamos com um novo modo de atuar do Judiciário. Partindo de premissas diferenciadas quanto ao modo de atuar no Estado Liberal – o juiz realizando a leitura mecânica dos textos legais – e no Estado Social – o juiz atuando dentro de quadro das leituras possíveis faz a subsunção dos fatos às normas -, neste Estado Democrático de Direito sua atuação recupera a necessidade de se efetivar a norma constitucional, agora diante de uma sociedade eminentemente pluralista e sem as certezas apontadas pelo primado absoluto da universalidade da lei. Portanto, seguindo diretrizes amparadas na filosofia da linguagem, o Estado-juiz há de tentar desvendar a verdade na intersubjetividade, nos discursos que são levantados ao longo da formação do processo.

Tem-se, portanto, que os direitos sociais, como o é o direito à saúde, possuem eficácia plena, de aplicabilidade imediata, não cabendo ao Estado a discricionariedade quanto a efetivação desses direitos. Nesse sentido, importante trazer à baila lição de MENDES (2000, página 126)

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem. Os direitos fundamentais qualificam-se, juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado.

Assim, os direitos sociais (de segunda geração), tidos por assegurar aos indivíduos uma previsão normativa de dignidade e igualdade, ampliam também as responsabilidades do Estado perante esses indivíduos, demandando uma capacidade maior de gestão da Administração Pública que vise o equilíbrio financeiro-orçamentário e a satisfação da sociedade.

A discussão doutrinária gira em torno de até em que medida se dão tais direitos. Ao elaborar um rol amplo e não taxativo, sobre o qual cada vez mais o Estado pretensamente provedor visa atribuir mais responsabilidades para si e mais direitos para os indivíduos, o comprometimento das finanças e a dificuldade da gestão pública inviabilizam a concretização de muitos desses direitos.

De fato, o alerta quanto a necessidade de equilíbrio e a dificuldade de realizá-lo ante tantos compromissos foi ignorado pelos legisladores, tanto o constituinte originário quanto o derivado.

Ante essa tensão, surgiu na doutrina a ideia da “Reserva do Possível”, não por outra constantemente utilizada pelos entes nas peças de defesa em demandas de saúde. A Reserva do Possível é a admissão por parte do Estado de cumprir com a previsão constitucional colocada por ele mesmo sobre si. Em análise mais branda, trata-se de incapacidade financeira do Estado ante a limitação orçamentária de cumprir com todas as previsões de direitos fundamentais que estão sob sua responsabilidade de promover. Por vezes, nos argumentos suscitados nos autos, a aplicação é de que se uma pessoa pleiteia algo que se insere no âmbito do direito social, logo abrir-se-á precedente para que todos os demais em mesma situação acorram à Justiça e requeiram o cumprimento de igual direito, acarretando assim num colapso orçamentário do Governo.

Em outras palavras, é a admissão de falência de um modelo de Estado provedor que visa irrestritamente através de normas constitucionais e legislação especial instituir direitos para os indivíduos enquanto mostra-se incapaz de atender as mínimas necessidades da sociedade. Visto que os direitos sociais também resguardam o cidadão do Poder do Estado, existem normas de direito fundamental que sustentam a viabilidade de argumentação contrária à ideia de Reserva do Possível.

É o que a doutrina chama de Mínimo Existencial. Embora haja divergência na doutrina sobre a limitação ou não do conteúdo do Mínimo Existencial, certo é que existem princípios e direitos elementares sobre os quais o Estado não pode abster-se de garanti-los, sob pena de judicialização da demanda. Dentro desses direitos inserem-se os direitos sociais (DIMOULIS; MARTINS, 2009, página 131).

Outra figura trazida do direito constitucional alemão e não aplicada em seu contexto dogmático correto é a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*). Esta representaria um suposto critério de limitação do dever estatal de prestação principalmente junto aos direitos fundamentais sociais [...]. Porém a aferição da impossibilidade de se atender a demandas de despesa não pode servir de limite constitucional ao dever do Estado de prestar, i.e., de concretizar um direito social tanto no plano geral (controle abstrato, políticas públicas de habitação, educação, moradia etc.) quanto individual (pretensão concreta do titular ao direito à moradia, por exemplo). No primeiro caso, cabe ao legislador fixar “como” (intensidade do investimento) o direito social há de ser concretizado (até porque faltam ao juiz subsídios para tanto. No segundo caso, é de competência jurisdicional verificar a procedência de um pedido com base em um direito social, condenando o Estado à prestação específica. Em ambos os casos, não cabe à autoridade jurisdicional mensurar a capacidade financeira do Estado para atender as demandas baseadas em direito fundamental social.

É o que ocorre diariamente em relação ao direito à saúde. Ante o escasso recurso para o setor, incapacidade de gerência da Administração Pública, a corrupção em níveis estratosféricos e a ampla gama de responsabilidades que o Estado detém, resta a fragilidade da prestação de serviço de assistência à saúde por todo o país, ensejando necessariamente o acionamento da Justiça para garantir-se uma internação, cirurgia, medicamentos ou insumos. Isso em se tratando de procedimentos e materiais constantes na lista do Sistema Único de Saúde. Contudo, tal discussão será travada mais adiante no trabalho.

3 O ARCABOUÇO BÁSICO NORMATIVO DA SAÚDE NO BRASIL

3.1 As normas constitucionais

O arcabouço normativo sobre o direito à saúde no sistema brasileiro engloba normas constitucionais, leis e normas infralegais. Como visto no capítulo anterior, em âmbito constitucional o direito à saúde foi inserido no rol dos direitos sociais (art. 6º, CF/88) – juntamente com a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados – o que elevou-o a categoria de direito humano fundamental, intimamente relacionado com os inalienáveis direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Para o constituinte, nos termos apresentados pelo art. 196,

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sendo dever do Estado, todos os entes possuem responsabilidade comum quanto ao cuidado da saúde e assistência pública, bem como da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II).

A seção II da Ordem Social (título VIII) da Constituição, que compreende os artigos 196 à 200, define o caráter universal e igualitário do direito à saúde, atribui e distribui as responsabilidades entre os entes – ainda que todos os entes detenham responsabilidade solidária para tornar efetivo o direito à saúde, sobretudo quando tratar-se de pessoas carentes, conforme entendimento do STF (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2015) -, atribui competência na fiscalização da gestão dos recursos, determina as porcentagens mínimas de cada ente perante o custeio da saúde pública. Também concede à iniciativa privada a liberdade de atuar no setor de saúde tendo fins lucrativos ou em caráter complementar no Sistema Único de Saúde, mas vedando a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, salvo nos casos previstos em lei (art. 199).

Conforme essa seção, a organização do sistema de saúde no Brasil orienta-se por uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada com direção única em cada esfera do governo, além da participação da comunidade.

Em relação ao seu financiamento, este se dá com os recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198). A União não pode participar com percentual calculado sobre valor inferior a 15% em relação a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro; no caso dos Estados e Distrito Federal, o cálculo do percentual de participação no financiamento está atrelado a arrecadação dos impostos previstos no art. 155 e nos recursos previstos nos arts. 157 e 159, I, a e inciso II (CF/88), deduzidos os valores remetidos aos municípios.

Nesse ponto, no que diz respeito aos 15% em relação a receita líquida corrente da União, importante destacar que esse valor foi trazido pela Emenda Constitucional n. 86 e deverá ser aplicado progressivamente a partir do ano de 2016, até atingir a meta em 2020. Contudo, no relatório anual que o Tribunal de Contas da União faz sobre o diagnóstico do sistema de saúde brasileiro, há a seguinte observação sobre a alteração trazida pela referida Emenda:

Com essa alteração, a União deverá aplicar no mínimo 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde. Entretanto, esse percentual de aplicação ocorrerá de forma escalonada, progressiva e anual: em 2016, a aplicação mínima constituirá 13,2% da RCL e aumentará anualmente até atingir 15% em 2020.

De forma a avaliar o impacto dessa alteração na Carta Magna, verificou-se que em 2014, de acordo com o RREO do 6º semestre, a União gastou em ações e serviços públicos de saúde (conforme definição constante na LC 141/2012) 14,32% da RCL de 2014, a aplicação do mínimo em saúde poderia ter sido reduzida em cerca de R\$ 7,2 bilhões.

Dessa forma, conclui-se que, nos primeiros anos de vigência da EC 86, o financiamento de ações e serviços de saúde corre o risco de dispor de menos recursos para suas despesas do que se continuasse sendo aplicado o regramento da EC 29.

Há que se ressaltar, ainda, que a EC 86 também dispôs que as emendas parlamentares deverão ser executadas obrigatoriamente pelo Poder Executivo e que metade do valor dessas emendas deverá ser destinado a ações e serviços públicos de saúde. No entanto, esse valor será incluído no cálculo do valor mínimo a ser aplicado na saúde pela União. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 2015, página 08)

Já quanto aos municípios e o Distrito Federal, o referido cálculo percentual de participação no financiamento se dá a partir do produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 156 e dos recursos previstos nos arts. 158 e 159, I, b e § 3º (CF/88).

Além disso, devem os municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII). Sobre essa questão, ressalta-se que

A responsabilidade constitucional imposta aos Municípios pela prestação de serviços de saúde é de eficácia plena, independente de ser instituída a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados. Os Municípios acabam sendo os mais sacrificados em seus orçamentos, tanto que despendem, em média, mais de 22% da sua receita orçamentária com saúde, embora Gilson Carvalho informe que há estudos do ano de 2011 que apontem gastos da ordem de 21,5%. (DRESCH, 2000, página 23)

Sobre a regulação do percentual mínimo com que cada ente deve contribuir para o SUS, foi sancionada a Lei Complementar n. 141/2012. Dessa Lei salta à vista o fato do legislador não ter atribuído um percentual mínimo de gastos com a saúde pela União, ao contrário do que ocorreu com os Estados e Municípios, devendo estes contribuir com 12% e 15% respectivamente.

A saúde está subfinanciada, é fato. Os municípios são os principais sacrificados, tanto que, em média, despendem 22% da sua receita líquida com ações e serviços de saúde. Os Estados-membros dificilmente ultrapassam o patamar de 12%. A União, por seu turno, despende de 7% a 7,5% da sua receita líquida em saúde, tendo incluído no orçamento de 2013 o total de 85,70 bilhões, para 2014, 98,03 bilhões e na proposta de 2015, aproximadamente 109,2 bilhões, para uma proposta orçamentária de 1,235 trilhões. As despesas dos Municípios aumentaram, enquanto o percentual da União no financiamento da saúde tem-se reduzido. As estatísticas demonstram que a União vem diminuindo a sua participação nos gastos com saúde que em 1980, antes da declaração constitucional do direito à saúde do cidadão e dever do estado assumido pelas três esferas de governo era responsável pelo financiamento da saúde em cerca 75% chegando ao ano de 2011 como sendo responsável por apenas 47% dos gastos em saúde. (DRESCH, 2000, página 32)

Entende-se por certo que a previsão constitucional buscou instituir, como já exposto nos parágrafos anteriores, uma espécie de descentralização com fito de tornar eficaz a prestação do serviço público de saúde ao cidadão. Com efeito, as considerações apresentadas por DRESCH denotam que há margens para aperfeiçoamento na legislação, isso sem mencionar o distanciamento que há entre a previsão legal e o plano concreto.

3.2 A Lei n. 8.080/1990

A primeira lei (em caráter cronológico e de importância, após a CF/88) que compõe o arcabouço do direito à saúde é a Lei n. 8.080 de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde e que regula toda e qualquer atividade de saúde no Brasil, inclusive as desenvolvidas pelo setor privado. De fato, é a lei basilar no estudo do direito à saúde no ordenamento jurídico e político brasileiro, juntamente com os dispositivos constitucionais.

A Lei 8.080 é dividida em 5 títulos. O primeiro Título endossa o direito à saúde como o caráter de direito fundamental do ser humano e a responsabilidade do Estado em prover tal direito. Nele também encontra-se de que forma, em termos gerais, o Estado realizar essa provisão e, por fim, há a conceituação do que engloba o direito à saúde, em estrita conformidade com o conceito apresentado pela Organização Mundial da Saúde.

O Título II é dividido em oito capítulos, que versam sobre a constituição do SUS em 3 esferas de poder, composta por instituições da administração direta e indireta, podendo receber, em caráter complementar, a participação da iniciativa privada. No capítulo 1 há a apresentação dos objetivos do SUS, com os determinantes e as políticas públicas, bem como a assistência em nível integral e preventiva. De igual modo, a atuação do SUS e a determinação dos tipos de vigilância que irão ocorrer no sistema, com a sanitária e a epidemiológica.

No capítulo 2 do título II são apresentados os princípios do SUS. Alguns são reprodução do texto constitucional, como a universalidade, integralidade e participação da comunidade. Outros são inovações trazidas pela lei, como o direito a informação, resolutividade e preservação da autonomia.

No capítulo 3 é apresentada a organização da direção e gestão do SUS. Capítulo especial pois repercute diretamente em muitas das causas da judicialização das demandas de saúde. Nesse capítulo há a previsão de que a organização deve se dar de maneira regionalizada e hierarquizada, tendo direção única a ser exercida pelo Ministério da Saúde e pelas secretarias estaduais e municipais. Há também previsão para a formação de consórcios entre os municípios e a criação de comissões intersetoriais que debateram e formularão soluções para assuntos que extrapolam a esfera do SUS. Também a criação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite (normatizadas por portarias ministeriais e inseridas no texto da Lei n. 8.080 a partir da Lei n. 12.466/2011), que são colegiados de negociação e formulação de ideias para construção de política de saúde, podendo interagir com os entes federativos para

otimizar a operacionalização do sistema. Além dessas comissões, há no capítulo a constituição do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) que, como entidades representativas dos entes estaduais e municipais, tem por objetivo tratar as matérias referentes à saúde declarados de utilidade pública e de relevante função social, em forma de regulamento.

No capítulo 4 são apresentadas as competências comuns dos entes e as competências específicas. No rol de competências comuns encontram-se, dentre outras competências, a elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde, propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, realizar pesquisas e estudos na área de saúde, definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária e fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial. No âmbito das competências específicas, à direção nacional do SUS compete, dentre outras coisas, a participação na formulação e na implementação das políticas de saneamento básico, das redes integradas de assistência de alta complexidade, da rede de laboratórios de saúde pública e da vigilância sanitária. À direção estadual do SUS incumbe a tarefa de, por exemplo, promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde, coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição e de saúde do trabalhador, formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano e acompanhar, através de avaliação e divulgação os indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada. Já quanto a direção municipal do SUS reside a competência, dentre outras, para executar serviços de vigilância epidemiológica, sanitária e de saneamento básico, dar execução no âmbito municipal à política de insumos e equipamentos para a saúde, controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde e formar consórcios administrativos intermunicipais. Ao Distrito Federal recai as competências reservadas aos Estados e aos Municípios.

O capítulo 5 trata sobre a saúde indígena, atribuindo responsabilidade federal quanto ao financiamento, podendo os Estados e Municípios participar em caráter complementar, institui o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena com base nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI). Esses Subsistemas atuarão de forma

articulada com os órgãos responsáveis pelas políticas voltadas à comunidade indígena. Além disso, assim como o SUS, o Subsistema será descentralizado, hierarquizado e, inovando, regionalizado, restando ao SUS o caráter suplementar ao provimento da assistência da saúde.

O capítulo 6 apresenta as condições para a realização da internação domiciliar, que será composta por equipes multidisciplinares com fulcro num atendimento de prevenção, terapia e reabilitação. Ressalta-se que o atendimento domiciliar só deverá ocorrer mediante expressa concordância do paciente.

Quanto aos dois últimos capítulos do título II, o sétimo versa sobre o parto e o pós-parto, dando destaque para a permissão de 1 acompanhante a ser indicado pela própria parturiente, enquanto que o oitavo define a composição da assistência terapêutica integral, detalha a política de medicamentos e descreve tanto a composição como as atribuições da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS.

No Título III há as normativas em relação a atividade do setor privado na assistência de saúde. Divido em dois capítulos, tal Título define as possibilidades de atuação da iniciativa privada no sistema de saúde, estabelece os casos em que se permitirá a participação direta ou indireta de empresas ou capital estrangeiro na assistência, as ocasiões em que o SUS acorrerá ao setor privado em caráter complementar para a realização de seus serviços e os critérios e parâmetros de valores da assistência à saúde, que serão estabelecidos pela direção nacional do SUS e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde.

O Título IV versa sobre os recursos humanos e o Título V sobre o financiamento. Este decorrerá do orçamento da seguridade social com destinação ao SUS, tal como previsto no texto constitucional. Também nele são definidas outras possibilidades de recurso. Estabelece que cabe aos Conselhos de Saúde a fiscalização dos recursos financeiros, estabelece critérios de valores a serem transferidos para os Estados e Municípios e institui o Fundo Nacional de Saúde como responsável pela administração dos recursos da saúde em esfera federal. Ainda, atribui o caráter ascendente para o planejamento e orçamento e veda o aporte financeiro para instituições com finalidade lucrativa.

3.3 A Lei n. 8.142/1990

Outra lei criada pouco depois da Lei n. 8.080/90 foi a Lei n. 8.142/1990, que basicamente instituiu, para cada esfera de governo, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. O Conselho terá caráter permanente e deliberativo, contando com a participação de representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, tendo por objetivo formular estratégias e atuar como controle da execução da política de saúde na instância correspondente, tendo suas decisões homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera. Já a Conferência de Saúde promoverá reuniões a cada quatro anos, tendo representantes dos vários segmentos sociais, possuindo como tarefa a avaliação da situação da saúde, propondo assim as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes.

A Lei também trata sobre os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS), determinando suas alocações, a destinação de pelo menos 70% dos recursos destinados a cobertura das ações e serviços de saúde aos Municípios e instituindo os requisitos a serem cumpridos pelos entes para a percepção dos referidos recursos,, sendo eles: a existência de um Fundo de Saúde, Conselho de Saúde, plano de saúde, relatórios de gestão que permitam o controle dos recursos repassados pelo Ministério da Saúde, contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento e a Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS).

3.4 A normas básicas infralegais

3.4.1 A Portaria Ministerial 2.203/1996

A primeira norma infralegal de importância no âmbito da saúde brasileira é a Portaria n. 2.203 de 05 de novembro de 1996. O objetivo central da elaboração dela foi promover e consolidar o poder na função de gestor no plano municipal e do Distrito Federal, redefinindo as responsabilidades dos entes para fins de efetivar no plano concreto a finalidade do SUS. Como definido no tópico 9 da Portaria em tela, em essência buscou-se a consolidação de vínculos entre diferentes segmentos sociais e o SUS e a criação de condições elementares e fundamentais para a eficiência e a eficácia gerenciais, com qualidade.

A Portaria instituiu a criação de subsistemas de saúde municipais, nos quais os municípios gerem tais sistemas. Nessa configuração, houve uma redefinição dos

papéis dos gestores estaduais e federais. Uma vez que cada município deverá ter o seu sistema de saúde atrelado ao SUS, a função do gestor estadual residirá na mediação dos sistemas municipais, enquanto ao federal caberá o mesmo papel, mas só que em relação aos sistemas estaduais.

Para a execução desse modelo de integralização e harmonia, com direção única e descentralizado, é que foram criados os fóruns de negociação entre os gestores, a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e Comissão Intergestores Bipartite (CIB), inseridas na Lei n. 8.080 e já mencionadas no segundo subtópico do presente capítulo.

A remodelação organizacional trazida pela Portaria demonstra a necessidade de normas de baixa hierarquia que complementem as leis e as normas constitucionais para que se busque a efetivação do direito à saúde.

3.4.2 Portaria Ministerial 373/2002

A Portaria Ministerial n. 373 surgiu num contexto, à luz da autoridade competente, de contínuo avanço em relação a pactuação entre os três níveis de gestão. Desse modo, ela estabeleceu o processo de regionalização como instrumento de implantação do modelo hierárquico para fins de promoção de uma maior equidade assistencial. Para esse processo foi instituído o Plano Diretor de Regionalização, para o qual foram estabelecidas prioridades de intervenção condizentes com as necessidades da população local e de fácil acesso aos cidadãos de todas as camadas.

Na mesma esteira a Portaria apresentou a ampliação do acesso e da qualidade da atenção básica, definindo como áreas de atuação prioritárias questões relativas ao controle de tuberculose, eliminação de hanseníase, o controle da diabetes mellitus e a saúde da criança.

Também foram criados módulos assistenciais e da qualificação das microrregiões, os quais definiram um conjunto mínimo de procedimentos de média complexidade como primeiro nível de referência intermunicipal. Esses serviços de média complexidade foram organizados em um conjunto de ações serviços ambulatoriais e hospitalares visando prestar assistência de saúde básica à população sem demandar custos elevados com quadro profissional especializado e material técnico. Já quanto a política de atenção de alta complexidade/custo no SUS, a Portaria

definiu como sendo responsáveis solidariamente o Ministério da Saúde e as secretarias estaduais e do Distrito Federal.

Em síntese, a redação do texto da Portaria é extensa, abarcando ainda questões relativas ao fortalecimento da capacidade de gestão no SUS, critérios de habilitação e desabilitação de municípios e Estados (atribuindo a cada um responsabilidades, cumprimento de requisitos e instituição de prerrogativas).

3.4.3 Resolução 399/2006

A Resolução 399 do Ministério da Saúde publicada em 2006 consiste no Pacto pela Vida, o qual tem por conteúdo uma série de medidas a servirem como norte para a efetivação do direito à saúde no Brasil, traçando prioridades, delegando responsabilidades entre os entes e delineando a estrutura organizacional em termos práticos do SUS. Assim, além de Pacto pela Vida, a resolução também é um Pacto pela Gestão do SUS e um Pacto pelo próprio SUS.

São seis as prioridades traçadas pela resolução no aspecto de Pacto pela Vida, a saber: a saúde do idoso; o controle do câncer de colo de útero e de mama; a redução da mortalidade infantil e materna; o fortalecimento da capacidade de respostas às doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza; a promoção da saúde, e; o fortalecimento da atenção básica. Sobre cada uma dessas prioridades são traçadas metas e diretrizes sobre como os gestores devem atuar para alcançá-las, como exemplo, a meta estipulada em 2006 para a cobertura de 80% do exame preventivo do câncer do colo de útero, devendo ser alcançada através de incentivos para a realização da cirurgia de alta frequência técnica, que acarreta em menor dano à mulher submetida à ele.

No tocante ao Pacto pelo SUS, as diretrizes apontam para um trabalho junto à comunidade a fim de que esta entenda a saúde como um direito, sendo esse trabalho desenvolvido especialmente junto a movimentos sociais e devendo comportar a divulgação de uma Carta dos Direitos dos Usuários do SUS. Também envolve a garantia do financiamento do sistema, com a adimplência dos entes em relação aos valores sob a responsabilidade de cada um deles, realçando o compromisso de cada um perante o sistema de saúde.

Em relação ao Pacto de Gestão pelo SUS, ocorre a distribuição das responsabilidades entre os entes, radicalizando a descentralização de atribuições do

Ministério da Saúde para os estados e municípios, tendo como prioridades a definição de forma inequívoca da responsabilidade sanitária de cada instância gestora do SUS e o estabelecimento de diretrizes para a gestão do SUS, com ênfase na descentralização, regionalização, financiamento, programação pactuada e integrada, regulação, participação e controle social, planejamento, gestão do trabalho e educação na saúde.

Algumas observações a serem feitas: sobre a regionalização, um dos objetivos é garantir acesso e qualidade às ações e serviços de saúde cuja complexidade e contingente populacional transcenda a escala local/municipal.

4 ATUALIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE

4.1 Breve quadro clínico atual do Sistema Único de Saúde

Ao analisar as razões que ensejam a judicialização das demandas de saúde, uma das primeiras constatações a que se chega é a ineficácia das previsões legais no plano concreto, especialmente das camadas sociais mais carentes. À essa ineficácia são atribuídas inúmeras causas, como a corrupção endêmica na sociedade brasileira que não deixa ilesa a prestação do serviço público de saúde, o agigantamento crescente do Estado Brasileiro – que busca inserir-se em mais e mais áreas da vida dos indivíduos, sendo incapaz de ao menos cumprir com as suas responsabilidades básicas -, e a burocratização do sistema, que acarreta por vezes em mora na análise de medicamentos a serem inseridos na rede do SUS, como o caso recente da substância fosfoetanolamina sintética, que vinha sendo testada desde a década de 1990 na Universidade de São Paulo e só após a enxurrada de processos individuais e ações coletivas, a concessão foi suspensa e encontra-se em análise no Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Contudo, ainda que esses lugares sejam comuns nas análises sobre as carências da Administração Pública relativas a saúde pública que resultam em ações judiciais, o simples fato de assim o serem denota que embora as causas não se encerrem nelas, mas elas constituem elementos indispensáveis para traçar o diagnóstico do quadro pretendido por este trabalho.

Em 16 de maio de 2016 o Conselho Federal de Medicina divulgou em seu portal um estudo inédito sobre o quantitativo de leitos de Unidade de Terapia Intensiva no Brasil em estabelecimentos públicos ou conveniados ao SUS. Verificou-se que apenas 505 dos 5.570 municípios brasileiros possuem leitos de UTI. Dos 41 mil leitos de UTI, metade está disponível para o SUS, servindo a cerca de 75% da população brasileira.

Ainda segundo o estudo,

“Segundo o levantamento do CFM, em 70% dos estados não há o número de leitos de UTI preconizado pelo Ministério da Saúde para garantir o bom atendimento de sua população. Segundo a portaria ministerial n. 1.101/2002, deve existir de 2,5 a 3 leitos hospitalares por cada 1 mil habitantes. Já a oferta necessária de leitos de UTI deve ficar entre 4% e 10% do total de leitos hospitalares, o que corresponde a um índice de um a três leitos de UTI para

cada 10 mil habitantes. Se consideradas as unidades públicas e privadas, a quantidade de leitos de UTI representam atualmente 9,3% dos leitos de internação existentes no Brasil – em outras palavras, existe 1,86 leito para cada grupo de 10 mil habitantes, enquanto a rede “não SUS” tem 4,5 leitos para cada 10 mil beneficiários de planos de saúde – quase cinco vezes a oferta da rede pública.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016)

Conforme dados fornecidos por esse estudo, embora em nível nacional apontem para um cenário tenebroso, os números relativos a cidade de São Luís/MA demonstram que a proporção de leitos do SUS a cada 10 mil habitantes é de 2,9%, que em números quantitativos é de 3,55. Com efeito, quando a análise depara-se sobre os números estaduais, observa-se que a quantidade de leitos de UTI SUS a cada 10 mil habitantes no Maranhão é de apenas 0,61. A quinta pior relação leitos SUS/10 mil habitantes do país, perdendo apenas para os Estados de Amapá (0,34), Pará (0,51), Piauí (0,54) e Roraima (0,59).

Em 11 de julho de 2016, o Jornal Bom Dia Brasil, da Rede Globo, promoveu uma série de reportagens sobre o SUS. Em dado momento da reportagem, tem-se a seguinte informação:

“A sífilis congênita é transmitida da mãe para o feto. Se não for tratada precocemente, a doença pode afetar vários órgãos, provocar cegueira e até comprometer o desenvolvimento mental. A Organização Mundial da Saúde tinha estabelecido uma meta para o Brasil até o ano passado: cinco casos de sífilis congênita para cada 10 mil nascidos vivos. Mas ainda estamos muito longe desse desafio. Aqui, o número é dez vezes maior.

‘Sífilis congênita não era para existir nenhuma, a gestante, ela tem como exame obrigatório no pré-natal o teste para sífilis, ela tem nove meses para efetuar o tratamento com antibiótico de baixíssimo custo, que é a penicilina’, diz o obstetra Sérgio Araújo Martins Teixeira.

Situações como essas mostram a deficiência de uma parte fundamental do sistema de saúde: a chamada atenção básica. São os postos de saúde, que devem ficar bem perto de casa, para oferecer atendimento preventivo, para acompanhar o tratamento de doenças, fazer o pré-natal. Se essa assistência primária funcionasse como deveria, especialistas dizem que 80% dos pacientes no Brasil não teriam as doenças agravadas. Não precisariam procurar hospitais. Internações e cirurgias aumentam as despesas do Sistema Único de Saúde. Só as complicações da diabetes custaram R\$ 92 milhões no ano passado.

‘Se você cuidar bem de um paciente com diabetes não se espera que ele tenha amputação, por exemplo, de membros por complicações de diabetes. Se isso estiver ocorrendo, é um sinal de que a atenção básica não está funcionando’, diz o professor da Faculdade de Medicina da USP, Amaury Lélis Dal Fabbro.

Com a sífilis, foram quase R\$ 10 milhões.

‘Nossa conclusão é que essa sífilis congênita tenha aumentado desse jeito em função de um pré-natal de péssima qualidade por causa, justamente, por causa da péssima qualidade da atenção primária’, disse o vice-presidente do Cremerj, Nelson Nahon.

Nos casos de acidente vascular cerebral, comuns em quem tem pressão alta, o valor foi ainda maior: R\$ 238 milhões. O Sistema Único de Saúde estabelece que

a atenção básica é responsabilidade dos municípios, com apoio dos governos estaduais e federal.” (GRUPO GLOBO, 2016)

Ante o elevado número de atendimentos iniciais realizados na Defensoria Pública da União núcleo São Luís/MA (DPU/MA) objetivando a disponibilidade de leitos para cirurgias, o Defensor Público Yuri Costa instaurou um Processo Eletrônico de Assistência Jurídica (PAJ) coletivo com vistas a ajuizar Ação Civil Pública tendo como objeto as longas filas de espera no Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA).

Através de ofícios endereçados ao HUUFMA e ao Ministério da Saúde, o nosocômio universitário forneceu dados insuficientes (no entendimento da DPU/MA) para a correta e ampla análise da situação questionada, qual seja: de um lado a alegação do hospital de que trabalha além da sua capacidade técnica e de infraestrutura para atender os pacientes, e de outro a longa fila de espera composta por pessoas hipossuficientes representadas pela DPU/MA.

ANO	MÉDIA CIRURGIA / ANO	MÈDIA CIRURGIAS / MÊS	MÉDIA CIRURGIAS / DIA (mês com 30 dias)	MÉDIA CIRURGIAS / DIA (mês com 22 dias)
2013	3.927	327,25	10,90	14,87
2014	4.382	365,16	12,17	16,59
2015*	2.436	487,2	16,24	22,14
Total	10.745	370,52	12,35	16,84

Fonte: Defensoria Pública da União. Paj 2015/012-00345.

ESPECIALIDADE	QUANTIDADE DE PROCEDIMENTOS Jan/2013 a maio/2015	Média Mensal Jan/2013 a maio/2015	PERCENTUA L DO TOTAL
Cirurgia Geral	3.067	105,76	28,54%
Urologia	1.996	68,83	18,58%

Ortopedia	1.902	65,59	17,70%
Neurocirurgia	1.147	39,55	10,67%
Cirurgia Cardíaca	875	30,17	8,14%
Proctologia	568	19,59	5,29%
Vascular	500	17,24	4,65%
Buco Maxilo	152	5,24	1,41%
Plástica	144	4,97	1,34%
Cirurgia Torácica	104	3,59	0,97%
Otorrinolaringologia	84	2,90	0,78%
Gastroenterologia (procedimentos realizados em centro cirúrgico)	70	2,41	0,65%
Bariátrica	55	1,90	0,51%
Cabeça e Pescoço	51	1,76	0,47%
Oftalmologia	17	0,59	0,16%
Obstetrícia	7	0,24	0,07%
Anestesiologia/Dor	6	0,21	0,06%
TOTAL	10.745	370,52	100%

Fonte: Defensoria Pública da União. Paj 2015/012-00345.

Diante de tais dados tidos por insuficientes, assim analisou a Defensoria sobre o caso:

- “1. Considerando a capacidade de 30 cirurgias por dia, teríamos mensalmente uma capacidade total para **900 cirurgias**, ou pelo menos de **660**, considerando-se apenas os dias úteis (22 dias/mês);
2. Considerando o total de 10.745 cirurgias realizadas entre Jan./2013 e Maio/2015, podemos concluir que, sendo este período compreendido por 29 meses, **houve uma média de 370,52 cirurgias por mês**. Seguindo esse mesmo raciocínio, podemos auferir uma **média de 12,35 cirurgias por dia (considerando os 30 dias do mês) ou de 16,84 (considerando apenas os dias uteis – 22 dias/mês)**.

3. Verifica-se então que **a quantidade média de cirurgias realizadas por mês fica em torno de 40% a 56% da capacidade total do hospital em realizar cirurgias**, variando, respectivamente, caso se considere o mês com 30 dias ou apenas os dias úteis (22 dias/mês).

4. Por outro lado, **considerando apenas o ano de 2015 (até o mês de maio), verifica-se uma quantidade média de cirurgias entre 54% e 74% da capacidade do hospital**.

5. Quanto aos dois últimos tópicos, mais detalhes no quadro abaixo:

6. Do quantitativo por especialidade, embora só tenham sido fornecidas informações aglutinadas e referentes ao período de Jan./2013 a Maio/2015, também é possível obter uma média mensal.

Pelo exposto, conclui-se que, **embora o HUUFMA alegue estar trabalhando “além da sua capacidade”, em verdade há fortes indícios de que está realizando um quantitativo de cirurgias bastante aquém de sua capacidade instalada, contribuindo para o abarrotamento das filas cirúrgicas, com esperas que demoram anos.** (BRASIL, 2015)³

Segundo dados colhidos pela DPU/MA no mesmo PAJ junto ao Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil (CNES), do Ministério da Saúde, entre os anos 2010 e 2015, houve um aumento na quantidade de leitos de internação da rede SUS em São Luís/MA na ordem de 6%, um salto de 3.010 para 3.197 leitos. Já quando parte-se para a avaliação dos números em nível estadual, vê-se uma assustadora redução de 844 leitos, um decréscimo de 13.086 para 12.242 leitos de internação da rede SUS.

Na edição de abril de 2016, o Jornal Medicina, produzido pela CFM Publicações, apresentou como uma das reportagens principais: “Saúde perde RH 15 bi para a corrupção”. Na matéria, consta que a saúde foi responsável por cerca de 29% dos recursos federais perdidos para a corrupção nos últimos 14 anos, configurando desvio de R\$ 15,9 bilhões, dos quais R\$ 4,5 bilhões correspondem a irregularidades no uso de recursos do Ministério da Saúde, área de maior alvo das auditorias. Esse valor é maior que o orçamento do Ministério da Saúde para o ano de 2015, que foi de R\$ 4 bilhões. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016)

A corrupção não é um fato novo no cenário brasileiro. Embora por vezes tenha-se a postura de acostumar-se com esse tipo de notícia, sempre causa assombro a constatação das vultuosas quantias de dinheiro desviadas do interesse

³ Número do PAJ na Defensoria Pública da União: 2016/012-00345. Número do processo na Justiça Federal no Maranhão: 110258-45.2015.4.01.3700 – tramitação na 6ª Vara Federal Cível. Os dados colhidos pela Defensoria para a propositura da Ação Cível Pública tem servido para fundamentar as petições em ações individuais, como um caso recente do PAJ 2016/012-00776, em que o assistido F.A.S aguarda há dois anos para a realização de uma cirurgia de reconstrução ligamentar intra-articular do joelho, sendo o n. 28.295 na fila de espera do HUUFMA.

público. Mais ainda é quando põe-se tal informação ao lado da precária infraestrutura material e humana na rede pública de saúde.

Ao somar os pontuais casos trazidos à baila sobre o estado do Sistema Único de Saúde, compreende-se as razões do descumprimento da lei por parte do Poder Público. Desse caos emanam as ações judiciais que visam assegurar aos indivíduos o direito de todos, que ao mesmo tempo é dever do Estado de providenciar e garantir.

4.2 A judicialização das demandas de saúde

O processo de judicialização do direito a saúde no Brasil tem como marco inicial a busca pelo provimento jurisdicional relativo a concessão de medicamentos e tratamentos médicos para pessoas portadoras do HIV/AIDS, ainda na década de 1980.

Com o advento da Carta cidadã, a Constituição Federal de 1988, foram inseridos no texto original direitos e garantias que correspondessem aos anseios da sociedade quanto a atuação de um Estado mais comprometido com a dignidade de seu povo. Assim, questões suscitadas na década de 1980 quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico para portadores do **HIV/AIDS** contribuíram para a formulação de um texto constitucional que assegurasse a saúde como direito de todos e dever do Estado de provê-la através de políticas públicas, nas quais inseriu-se como elementos norteadores a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, além de objetivar medidas preventivas em relação a doenças.

No âmbito dos direitos e garantias fundamentais o constituinte optou por inserir a inafastabilidade da jurisdição. Conforme redação do art. 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de direito”. Desse modo, garantiu-se à sociedade o acesso à justiça, para que na esfera do Poder Judiciário conflitos pudessem ser solucionados e direitos reivindicados.

Conforme já exposto no capítulo 2 do presente trabalho, o direito à saúde constitui-se como direito social de caráter fundamental cuja responsabilidade para a sua efetivação recai em última instância exclusivamente no Estado, visto que tanto é dever dele de assegurar tal direito universal à sociedade quanto não há compartilhamento de responsabilidades, como ocorre em relação a educação, na qual a família também possui parcela de contribuição.

Para uma parcela de pesquisadores sobre o tema de judicialização do direito à saúde, o fenômeno de judicialização possui aspectos negativos. Segundo PEPE et al. (2010, página 2406)

Há ponderações sobre os efeitos negativos do fenômeno da judicialização da saúde sob três principais ângulos. O primeiro aponta que o deferimento absoluto de pedidos judiciais pode aprofundar as iniquidades de acesso no sistema público de saúde, infringindo princípio do SUS, uma vez que favorece aqueles que têm maior possibilidade de veicular sua demanda judicialmente, em detrimento dos que não possuem acesso à justiça; igualmente apontam para o possível comprometimento do princípio da integralidade, uma vez que ações de cunho individual não são estendidas aos demais portadores da mesma condição patológica que poderiam se beneficiar do objeto da demanda.

O segundo refere-se às dificuldades na gestão da AF [Assistência Farmacêutica], propriamente dita, uma vez que a ágil resposta às demandas judiciais, não previstas no planejamento dos serviços, faz com que alguns deles criem uma estrutura 'paralela' para seu acompanhamento, se utilizem de procedimentos de compra não usuais na administração pública e tenham maior gasto na aquisição destes medicamentos.

O terceiro refere-se à segurança do paciente em razão de possíveis prescrições inadequadas, mesmo que de medicamentos já selecionados e incorporados no SUS, e, em especial, na prescrição de 'novos' medicamentos e/ou 'novas' indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas.

Sobre o assunto, também destaca MACEDO et al (2015, página 309)

As opiniões sobre a judicialização variam entre os autores. De um lado, apontam-se argumentos que ilustram que o fenômeno resulta de um processo inclusivo e participativo da sociedade, que buscaria o cumprimento dos direitos sociais, conforme Fleury (2012).

Entretanto, Ferreira de Paiva e Neto (2015) expressaram que, aplicando o discurso do direito universal à saúde, em muitos casos, o poder judiciário acabaria favorecendo os cidadãos que possuíssem maior acesso à informação sobre como buscar seus direitos, contrariando, assim, o princípio da equidade. Também, não examinariam questões orçamentárias e de implementação das políticas públicas de saúde, sendo imprescindível identificar os atores envolvidos, estimulando o planejamento das ações de saúde, especialmente em termos de acesso, reduzindo a atual demanda judicial e priorizando a coletividade.

A discussão é interessante e válida. O Tribunal de Contas da União, no seu relatório de 2015 sobre o sistema de saúde brasileiro trouxe à tona as seguintes informações colhidas sobre a judicialização da saúde no Brasil:

Estudo realizado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde apontou que os valores gastos pelo órgão para atendimento de decisões judiciais, por meio de depósito judicial ou de repasses a estados e municípios, saltaram de R\$ 116 mil em 2005, para mais de R\$ 68 milhões em 2012. Já os gastos o Ministério com aquisição direta de medicamentos, equipamentos e insumos

concedidos em decisões judiciais passou de R\$ 2,4 milhões em 2005, para R\$ 287,8 milhões em 2012.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ante o grande número de demandas desse tipo em tramitação no Poder Judiciário, expediu a Recomendação 31/2010, dirigida aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, para que adotassem medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Posteriormente, por meio da Resolução 107/2010-CNJ foi criado o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento das demandas de assistência à saúde. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2015, página 22)

Os números são de fato elevados. Se comparados com a disponibilidade de verbas para a execução das políticas públicas, tornam-se significativos. Não à toa, é comum o argumento nas Contestações dos Entes em demandas de saúde sobre a necessidade de ser observada a reserva do possível, em que se busca demonstrar tanto que as decisões podem comprometer o equilíbrio financeiro do Estado como impõe ao ente o dever de adquirir, por exemplo, medicamentos e materiais médicos para a realização de cirurgias sem o devido procedimento administrativo previsto em lei, como a licitação⁴.

Contribuem de igual modo para as ponderações negativas sobre o fenômeno da judicialização da saúde outros números apresentados no mesmo relatório do Tribunal de Contas da União. No tocante a demandas para aquisição de medicamentos, pode-se observar que as regiões sul e sudeste responderam em 2013 por 73% dos processos de saúde no Brasil. Quando comparado com a região norte, com apenas 1%, a tese de que o processo judicialização da saúde privilegia os mais instruídos, que possuem informação de como assegurar os seus direitos pela via judicial, ganha força. Ainda mais quando somadas a totalidade de decisões judiciais em 2013 de todos os Estados do Nordeste chega-se a um número (1.766) inferior ao total de decisões judiciais só no Estado de Santa Catarina (1.999) (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2015).

O tema de judicização da saúde também alcançou o Supremo Tribunal Federal. Em 2009 a Corte promoveu um fórum de discussão sobre a judicialização da saúde, trazendo para o debate especialistas das mais diversas vertentes. Segundo MENDES (2014),

⁴ Tal observação advém de alguns casos que tramitam ou já tramitaram recentemente na Seção Judiciária do Maranhão (TRF 5), como os seguintes exemplos dados em números dos autos: 14840-17.2014.01.3700; 107134-54.2015.4.01.3700; 1825-10.2016.4.01.3700; 0041217-59.2013.4.01.3700; 0083297-67.2015.4.01.3700; 25145-65.2011.4.01.3700; 35970-34.2012.4.01.3700.

Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública por representantes dos diversos setores envolvidos com a questão, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, como já indicado, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas ao cumprimento inadequado de políticas já existentes.

Ainda conforme MENDES, o que houve com o passar do tempo foi uma contínua realocação de responsabilidades aos municípios que antes competiam apenas aos Estados e à União. A mesma constatação apresentada no capítulo 2 do presente trabalho, com base nos trabalhos do Tribunal de Contas da União e do pesquisador Dresch.

O ápice da discussão iniciada em 2009 deu-se em 2010, quando o Supremo Tribunal Federal, no pedido interposto pela União para a Suspensão da Tutela Antecipada que havia concedido a uma pessoa portadora de patologia neurodegenerativa rara o medicamento Zavesca que, na época, oneraria mensalmente os cofres públicos R\$ 52.000,00 (MENDES, 2014).

A temática é relevante pois abarca questionamentos quanto a eficiência da gestão pública em cumprir universalmente o direito social subjetivo de responsabilidade objetiva do Estado esculpido na Carta Magna. Se por um lado há a preocupação da crescente onda de demandas individuais que almejam atuação do SUS em questões ainda não legitimadas pela ANVISA (como a regularização de medicamentos para a posteriori inclusão na lista do sistema único de saúde), por outro também reside os dramas individuais vivenciados como resultado do ineficiente cumprimento do dever legal por parte do Estado.

Nesse sentido, importa observar a atuação, por exemplo, das Defensorias Públicas. É cediço que no âmbito acadêmico a produção científica tem formulado críticas ao crescimento do fenômeno da judicialização centrando-se tão somente no drama vivenciado pelo próprio Estado ante sua falência em prover o estabelecido no texto constitucional. Além disso, suscitam questões minimamente desconexas da realidade que, se por um lado essa realidade apresenta elementos que refutam os argumentos levantados, por outro esses mesmos elementos demonstram sua parcela de contribuição para o recrudescimento da judicialização das demandas de saúde. Um desses elementos é a Defensoria Pública, tanto nos Estados quanto da União.

Instituição prevista no texto constitucional em 1988 mas criada por lei apenas em 1994, a Defensoria Pública, com o passar dos anos tem ganhado cada vez mais destaque na sociedade através dos instrumentos de divulgação de notícias, como a internet e os noticiários televisivos.

Recentemente, em 2014, através da Emenda Constitucional n. 80, ganhou autonomia funcional (ainda pendente de plena realização no âmbito da União) e, através dessa Emenda, foi alçada ao posto de “Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado...” equiparada à Magistratura e ao Ministério Público. Para entender o seu papel, necessária a menção do art. 134 da CF/88 (BRASIL, 1988).

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º, desta Constituição Federal

Quando as críticas tocam questões como privilégio dos que detêm a informação e capacidade de ingressar na Justiça, esquecem que a Defensoria Pública detém um papel importantíssimo para assegurar aos hipossuficientes o direito de acesso à justiça, seja através de ações individuais, seja através de ações coletivas.

Enquanto outrora de fato os custos advocatícios impediam que os mais carentes ajuizassem ação, ainda que havendo a gratuidade da justiça, a presença da Defensoria Pública cada vez mais forte permite que os marginalizados possam ter suas pretensões apreciadas pelo Judiciário. Aliás, como o ingresso na carreira se dá através de concurso público de provas e títulos cada vez mais concorrido, a qualidade dos membros da carreira asseguram, em dada medida, a qualidade das defesas e dos ataques formulados em juízo.

Isso mostra-se nos números. Por exemplo, o núcleo em São Luís/MA da Defensoria Pública da União realizou ao longo do ano de 2015 213 atendimentos iniciais de demandas de saúde. Já em 2016, só no primeiro semestre foram realizados 216 atendimentos iniciais. Ou seja, em 6 meses, mais que todo o ano de 2015⁵.

⁵ Informação colhida recentemente junto ao setor de Atendimento ao Público da Defensoria Pública da União. Os dados ainda não foram tornados em estatísticas, estando disponíveis no momento somente em formato de Excel. Nas planilhas, consta a ordem de atendimentos, o estagiário que instaurou o PAJ e os Ofícios na DPU/MA para os quais os processos subiram. Nas planilhas não constam os pedidos, como medicamentos, internações e cirurgias.

Ocorre que algumas questões demandam avaliações mais criteriosas. Por um lado, a atuação da Defensoria Pública da União (bem como as estaduais) tem, como já exposto, contribuído decisivamente para o crescente processo de judicialização da saúde, ainda mais em estados como o Maranhão, carente de recursos e de gestão pública eficiente nos três níveis previstos na legislação do SUS. Por outro, como a maioria dos casos são relativos a demandas nascidas do descumprimento do Estado em relação às próprias normativas do SUS, a fundamentação das petições iniciais, via de regra, fundamentam-se em preceitos basilares, como as normas constitucionais e o pedido da tutela de urgência.

De igual modo são as decisões judiciais, tanto as interlocutórias quanto as sentenças. Os autos revelam que a parte autora e o juiz raramente baseiam-se em previsões infralegais que dispõe sobre o medicamento, insumo ou procedimento médico pleiteado. Desta forma, reside na documentação médica o ônus de fundamentar clinicamente a pretensão da parte autora.

Em relação ao documento que segue em anexo aos autos, frisa-se que a Defensoria Pública da União, no núcleo de São Luís, desenvolveu um Ofício padrão de quesitos médicos⁶, no qual o médico responsável que acompanha o assistido ou outro médico que esteja inteirado do caso, responde a questões como o nome da doença, o CID, os materiais e medicamentos necessários, se porventura for cirurgia, se ela é eletiva ou obrigatória/urgente, descrição minuciosa do quadro clínico, prazo que o assistido pode suportar enquanto aguarda sem agravar sua saúde e os riscos da mora. Esse tipo de documento serve para pautar a decisão do juiz, bem como para o Defensor avaliar os procedimentos necessários, se o caso requer o ajuizamento de maneira célere ou se permite uma tentativa de resolução administrativa por um período mais longo.

Com efeito, o problema remanesce, haja vista que o subsídio da decisão judicial ampara-se em normas fundamentais, mas de aplicação genérica, e não em normas específicas que demonstram de maneira cristalina que o arcabouço legal e infralegal em relação a demanda específica apresentada em juízo impõe aos entes o dever de atender ao pedido, o qual estão expressamente descumprindo.

É assim em relação a cirurgias, por exemplo. Em brilhante trabalho monográfico recentemente apresentado, Jorge Bruno Barbosa da Silva aponta um dos

⁶ Modelo em anexo a presente monografia.

problemas clássicos vivenciados por parcela da população maranhense. É o caso das crianças portadoras de cardiopatia congênita grave. Em todos os casos judicializados, via de regra o magistrado decide favoravelmente de modo a que o Hospital Universitário da UFMA interne a criança necessitada do procedimento cirúrgico, o qual é previsto e coberto pelo SUS. Contudo, o grande problema consiste em como será cumprida a decisão, visto que a origem da judicialização desse tipo de caso decorre da insuficiência de leitos no nosocômio universitário (SILVA, PÁGINA 69).

Ainda em casos desse tipo, as decisões centram-se na responsabilidade solidária dos entes em demandas de saúde. É desse tipo de questão que se tem por válidas as ponderações como a da possibilidade do fenômeno de judicialização da saúde caracterizar uma ingerência do Judiciário na gestão pública.

De fato, o arcabouço legal e infralegal de saúde pouco é utilizado nas demandas judicializadas, salvo as normas constitucionais. Desse modo, pouco se faz uso das determinações apresentadas pelo SUS em suas portarias, com o modelo de descentralização e regionalização que atribui a cada um dos entes responsabilidades específicas no intuito de facilitar a prestação da assistência a saúde aos cidadãos.

Por exemplo, em geral, a realização de determinados procedimentos cirúrgicos ortopédicos não se inserem num quadro de alta complexidade. Desse modo, podem os municípios perfeitamente realizarem esse tipo de procedimento em seus nosocômios⁷. A pergunta é: quantos municípios maranhenses possuem hospitais municipais e quantos, dentre os que possuem, oferecem esse tipo de procedimento? Assim, percebe-se que ao não cumprirem com o aspecto de regionalização da assistência à saúde previsto nas Portarias e muito menos com as responsabilidades criadas pelas normas infralegais, os municípios impõem aos cidadãos que se desloquem para centro maiores a fim de realizarem o tratamento médico adequado. Disso também decorrem as longas e intermináveis filas em hospitais como o Universitário da HUUFMA, em que pessoas de, por exemplo, São Raimundo das Mangabeiras atravessam o Estado, quando questões como a formação de regiões/conjunto de municípios poderiam descentralizar o serviço de saúde.

⁷ Notícias como a de 10 de julho de 2015 mostram que municípios podem realizar esse tipo de procedimento. O caso da reportagem é o município de Londrina, no Paraná, que estabeleceu como meta a realização de 720 cirurgias ortopédica num prazo de 12 meses visando reduzir o tamanho da fila de espera.

Por certo, a deficiência por parte da Administração Pública em tornar efetiva a gestão e aplicação dos recursos destinados à saúde é pouca utilizada na judicialização da saúde, mesmo no âmbito da Defensoria Pública. Talvez a principal razão, pelo menos no âmbito da União, decorra da falta de material humano (defensores e servidores) para poder elaborar petições mais específicas, fundamentando na legislação básica do SUS, por exemplo.

Outra, e talvez a principal delas, seja a exorbitante quantidade de casos de saúde, que comprometem tanto um serviço de qualidade por parte do Judiciário (na fundamentação das decisões) quanto da Defensoria, como já destacado.

Sobre essa questão, resume MENDES (2014) em relação a um dos critérios fixados pelo STF em 2010.

Em todo caso, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares. Assim, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Assim, resta configurado que embora existam problemas nos autos das demandas de saúde no tocante a normas e fundamentações genéricas, ainda assim, a maior contribuição para o fenômeno de judicialização é o descompasso abissal entre as previsões normativas legais e infralegais e a execução por parte da gestão pública, deixando padecer parcela significativa da população por conta da ausência de fornecimento de medicamentos, procedimentos médicos e insumos cobertos pelo SUS, mas não providos pelos entes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde está intimamente relacionado com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Embora a formulação conceitual da Organização Mundial da Saúde apresente um aspecto utópico em relação a saúde, reproduzida em dada medida pela Lei n. 8.080/1990, certo é que o direito à saúde constitui-se no rol de direitos sociais fundamentais que visam a valorização da vida humana, o senso de igualdade e honra, e é certo que assim o seja.

Ocorre que ao lado do direito à saúde o Estado, no modelo de bem-estar social, com vistas a garantir tudo ao indivíduo, com receio de que haja áreas na vida desse indivíduo nas quais ele, o Estado, não esteja inserido, acabou por atribuir a si próprio demasiadas responsabilidades que de antemão já sabia que certamente não seriam cumpridas. Acresça-se a este fato o descaso com a coisa pública e a corrupção, mazelas morais infelizmente inerentes à sociedade brasileira, e tem-se a razão do porquê o modelo mostra-se continuamente ineficaz, por mais valorosos que sejam os avanços percebidos.

Desse modo, quando olha-se para a previsão legal quanto ao correto funcionamento do sistema de saúde brasileiro e depois olha-se a realidade, o descompasso entre a norma e o real é um abismo por poucos ultrapassado. Quem o supera, invariavelmente o faz pela via judicial.

E é em meio ao cenário de incapacidade do Poder Público de cumprir a lei, das leis onerarem em demasia o próprio poder público, de parcela significativa de responsáveis nas mais diversas esferas da hierarquia do SUS não cumprirem com suas responsabilidades e da precariedade infraestrutural e humana decorrente de péssimos gestores políticos, é que os mais carentes, pessoas que não possuem condições de arcar com os elevados custos dos planos de saúde e que dependem única e exclusivamente do serviço público, através da Defensoria Pública, Ministério Público e advogados gratuitos procuram a Justiça para que haja justiça nos seus dramas familiares e pessoais.

Estudar o fenômeno da judicialização requer um olhar humano para o marginalizado pelo Poder Público, e críticas severas à este que não cumpre com as responsabilidades básicas inerentes a todo Estado de Direito. Ater-se a questões como limite orçamentário e reserva do possível e tentar entender o todo a partir de um único fragmento de vidro de um enorme mosaico.

Enquanto houver descompasso abissal entre a previsão legal e a execução das políticas públicas no plano real, necessariamente persistirá o fenômeno da judicialização das demandas de saúde no Brasil. Ou, a outro giro, é por principalmente a gestão pública mostrar-se incapaz de tornar efetivo o arcabouço normativo do direito à saúde que tal eficácia será buscada pelo cidadão no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. In. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em 12 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. **Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996**. Disponível em:
<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>
Acesso em 12 ago. 2016.

_____. **Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002**. Disponível em:
<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html>
Acesso em 12 ago. 2016.

_____. **Resolução nº 399, de 22 de fevereiro de 2006**. Disponível em:
<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>
Acesso em 12 ago. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Desvio de recursos do SUS pela corrupção é destaque da edição de abril do jornal de medicina**. Disponível em:
<http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26135:2016-05-02-17-54-18&catid=3> Acesso em 14 ago. 2016.

_____. **5065 municípios brasileiros não possuem leitos de UTI, aponta estudo do CFM**. Disponível em:
<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26167:2016-05-16-12-15-52&catid=3> Acesso em 14 ago. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde**. Rev. Saúde Pública, São Paulo. 1988.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DRESCH, Renato Luís. **A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores**.

FREIDSON, Eliot. **Profissão Médica – Um estudo de sociologia do conhecimento aplicado**. São Paulo: Unesp. Porto Alegre: Editora do Sindicato dos Médicos. 2009.

GRUPO GLOBO. **Atendimento básico precário na saúde faz aumentar número de internações**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/07/atendimento-basico-precario-na-saude-faz-aumentar-internacoes.html>> Acesso em 14 ago. 2016.

JUDT, Tony. **Pós-guerra: Uma história da Europa desde 1945**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LIMA, Márcia Rosa de. **A regulação como meio para dar efetividade ao direito fundamental de proteção e promoção da saúde**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014 [ebook]

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição de 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 03 ago. 2016.

PREFEITURA DE LONDRINA. Município intensifica a realização de cirurgias ortopédicas. Disponível em: <http://www.londrina.pr.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22277%3Amunicipio-intensifica-realizacao-de-cirurgias-ortopedicas&catid=108%3Adestaques&Itemid=147> Acesso em 20 ago. 2016.

SILVA, Jorge Bruno Barbosa. **A atuação da Defensoria Pública da União – núcleo São Luís – na tutela do direito à saúde das crianças cardiopatas**. 2016. Monografia – Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>>
Acesso em 18 ago. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. Rev. E atual.
– São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório Sistêmico de Fiscalização da
Saúde. Disponível em:
<<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-conclui-nova-versao-do-fiscsaude.htm>> Acesso em 20 ago. 2016.

XAVIER, Regina. Dos Males e suas Curas. In: CHALHOUB. S. et al. **Artes e Ofícios de Curar**. Campinas: Unicamp. 2003

ANEXOS


1 – DADOS DO ASSISTIDO: (Uso da DPU-MA)

Número do PAJ:	Data de Atendimento:
Nome do Assistido:	
RG/CPF:	Data de nascimento:

2 - QUANTO AO TRATAMENTO DO PACIENTE, DEVEM SER CONSIDERADAS:(Uso do Médico)

CID:	DOENÇA:
PROCEDIMENTO: () URGÊNCIA () ELETIVA QUAL? _____	HOSPITAL(IS) HABILITADO(S) PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SOLICITADO: () SUS () PRIVADO () AMBOS ESPECIFICAR O(S) HOSPITAL(IS) _____ _____ _____
NECESSITA DE ORTESE/PRÓTESE? () SIM () NÃO QUAL? _____ MODELO: _____ TAMANHO: _____ QUANTIDADE: _____	É FORNECIDA PELO SUS? () SIM () NÃO EM CASO NEGATIVO: SE POSSÍVEL, INDIQUE FORNECEDORES _____
A ORTESE/PROTESE PODE SER SUBSTITUÍDA? () SIM () NÃO POR QUAL? _____ MODELO: _____ TAMANHO: _____ QUANTIDADE: _____	PRAZO MÁXIMO DE ESPERA PELO ASSISTIDO SEM QUE HAJA COMPLICAÇÃO DO QUADRO? (Especificar quantidade) () DIAS () MESES () ANOS
A NÃO REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO/CIRURGIA OCASIONA AO PACIENTE: () RISCO DE MORTE () PERDA IRREVERSÍVEL DE ÓRGÃO OU DE FUNÇÃO	O MÉDICO SUBSCRITOR DESTES LAUDOS ATENDEU O PACIENTE PELO SUS? () SIM () NÃO HOSPITAL/CLÍNICA: _____

<p>() RISCO DE CEGUEIRA () COMPROMETIMENTO DE FUNÇÃO () OUTROS, O QUE _____</p>	<p>_____</p>
--	--------------

3 – ESPECIFICAR QUADRO CLÍNICO/PECULIARIDADES DO PACIENTE E DEMAIS CONSIDERAÇÕES:

<p>Assinatura com carimbo e CRM</p>

São Luís, __/__/____