

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES-UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**UM ESTUDO PRAGMÁTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM
PERNAMBUCO E SEUS CONTORNOS ATUAIS**

JANIELE DE MOURA SANTOS LIMA

**CARUARU
2016**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES-UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**UM ESTUDO PRAGMÁTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM
PERNAMBUCO E SEUS CONTORNOS ATUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Universidade ASCES-UNITA, como requisito parcial, para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Silvano José Gomes Flumignan.

JANIELE DE MOURA SANTOS LIMA

**CARUARU
2016**

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___.

Presidente: Professor Doutor Silvano José Gomes Flumignan

Primeiro Avaliador: Prof. .

Segundo Avaliador: Prof. ..

AGRADECIMENTOS

Ao Criador das belas coisas que os olhos humanos podem contemplar, Àquele a quem posso chamar de Pai e não apenas Deus, por todo o auxílio e força que me foram dados nesta caminhada, especialmente quando perdi meu querido pai José Aristo que por pouco poderia ter visto o fim dos meus esforços.

Ao meu velho, em memória, por cada palavra de incentivo, por ter sido meu grande e melhor amigo, onde até mesmo sua ausência me deu forças para não desistir, ao saber que esse era o maior desejo seu.

Ao meu amado esposo, Wadson Rafael C. de Lima, adorável companheiro, que a cada dia me incentivou, me compreendeu e me auxiliou pacientemente em todas as coisas.

A minha mãe que tanto amo, e que tanto me ensinou com seu exemplo como agir para vencer na vida com respeito e serviço em prol do meu próximo.

A equipe da procuradoria do Estado de Pernambuco, Regional Caruaru, que me cederam gentilmente informações e dados, para elaboração do presente, lugar onde passei em estágio com muita satisfação e construí boas amizades. Em especial aos procuradores, Dr. Olímpio, Dr. Eugênio, Dr. Marcos e Dr. Eduardo, por terem me sugerido e emprestado algumas obras e por terem me dado o prazer de partilharem seus conhecimentos jurídicos sobre a temática em cada curto espaço de tempo que possuía.

Por fim e em gratidão desmedida, ao meu orientador, Dr. Silvano, que apesar do notável saber jurídico que possui, não suplanta o que de melhor pode oferecer: a humilde paciência para ouvir e orientar, corrigir sem desmerecer e incentivar o crescimento, são valores assim, que marcam uma história.

RESUMO

No presente trabalho de conclusão de curso busca-se abordar sobre como o direito à saúde tem sido compreendido pelos atores de justiça e pela sociedade nesta era de direitos. Bem como busca-se analisar que tipo de hermenêutica, dita constitucional, vem sendo aplicada na prática pelos magistrados em Pernambuco em meio a realidade da crescente judicialização e, se diante disso é possível afirmar que o Judiciário tem ou não contribuído para o alcance da finalidade da Constituição Federal em seu art. 196. Ademais, busca-se verificar quais as possíveis consequências de um ativismo judicial desmedido, diante do que, para que haja a efetivação do direito à saúde como se deseja, é preciso seja adotada uma nova postura dos envolvidos e interessados na concretização deste direito fundamental. Quanto aos métodos de abordagem do tema, foi utilizado o método indutivo, com o objetivo de a partir das conceituações e dados trabalhados tornar compreendida a temática. Do ponto de vista da forma de abordagem do problema, foi empregada a pesquisa qualitativa, através de pesquisa bibliográfica, doutrinas, jurisprudências do TJPE, STF, legislações, teses, bem como artigos, periódicos, revistas inclusive em meios eletrônicos, cujo objetivo foi captar as múltiplas e complexas relações que envolvem a problemática da judicialização da saúde quando a atuação judicial se dá sem limites e sem critério algum, o que pode causar consequências fáticas e jurídicas nem sempre positivas, daí a necessidade de que temas como os limites de atuação, a forma adequada de interpretação judicial, uma fundamentação substancial e finalidade da Constituição, sejam melhor discutidos. Aplicou-se também a pesquisa quantitativa no que diz respeito as estratégias de coletas de dados, dos estudos realizados pelos institutos de pesquisas oficiais em especial – IBGE, PNS, TABNET/PE, SUS, SIOPS, SAJ, dentre outros, para extração de informações sobre a gestão do orçamento destinado às políticas públicas de saúde no Estado e sua atual situação, compreendidos os anos 2015-2016 frente à quantidade de demandas judiciais no Estado que versam sobre direito à saúde nos últimos anos.

Palavras-Chave: Judicialização da saúde; Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; Hermenêutica; Consequências práticas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE..	9
1.1 Concepção da Saúde como Direito Social à luz da Constituição Federal....	9
1.2 Orçamento público e o direito à Saúde.....	10
1.2.1 Financiamento do SUS em Pernambuco.....	15
1.2.2 Contornos atuais das políticas públicas de Saúde em Pernambuco.....	18
1.3 Natureza Jurídica do Direito à Saúde.....	24
1.3.1 Dignidade da pessoa humana e seus limites.....	27
1.3.2 Princípios da Universalidade e da Integralidade do Atendimento no SUS.	29
1.4 Contextualização do problema.....	34
1.5 Instrumentos Judiciais para exigibilidade do direito fundamental à saúde...	37
1.5.1 Ação Ordinária com pedido de tutela provisória de urgência.....	38
1.5.2 Mandado de Segurança Individual ou Coletivo.....	38
1.5.3 Ação Civil Pública.....	40
1.5.4 Ação Popular.....	40
CAPÍTULO II SENTENÇAS JUDICIAIS NAS DEMANDAS DE SAÚDE	42
2.1 Sentença, um dever constitucional.....	42
2.2 Fundamentação no Novo Código de Processo Civil, outro dever Constitucional.....	43
2.3 Hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão judicial (decisão interlocutória, sentenças, acórdãos).....	49
CAPÍTULO III PERSPECTIVA PRAGMÁTICA QUANTO À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE APLICADA NAS DECISÕES JUDICIAIS SOB ANÁLISE	57
3.1 Contornos do Ativismo Judicial no Estado como resultado do neoconstitucionalismo.....	57
3.2 O Princípio Constitucional da Separação dos Poderes na abordagem da judicialização da saúde.....	64
3.3 Reserva do Possível: Tirar de onde os recursos, e o que fazer com o que se tem? Uma resposta que o Judiciário não dá.....	72
CAPÍTULO IV VERIFICAÇÕES PRÁTICAS DA ATUAÇÃO JUDICIAL EM PERNAMBUCO E POSSÍVEIS DEBATES QUE PRECISAM SER ENFRENTADOS	78
4.1 Análise de outras verificações práticas.....	78
4.2 Consequências possíveis do ativismo judicial em Pernambuco.....	79
4.2.1 Primeira Consequência prática do ativismo judicial no TJPE: Inviabilidade na Gestão Pública.....	81
4.2.2 Segunda Consequência prática do ativismo judicial no TJPE: Quebra do princípio da isonomia.....	83
4.3 Parâmetros e Critérios determinantes para uma atuação judicial equilibrada.....	86
4.4 Diálogos Institucionais.....	96

4.5 E por que não transigir?	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, é a partir de um estudo pragmático da judicialização da saúde em Pernambuco que se pretende analisar quais as consequências práticas que podem advir da atuação jurisdicional que pode ser mais ativa (ativismo) ou autocontida. Não há que se confundir o ativismo judicial com judicialização da política já que pode ser resultado direto desta.

Dado isso, falar nestes dias em ativismo judicial pode parecer não mais despertar tanto interesse para alguns como antes, justo por ser tema tão debatido no mundo jurídico e acadêmico. No entanto, o objetivo deste trabalho diferentemente, não está fundado em posições radicalmente a favor ou contra a prática ativista, mas identificar primeiramente se as sentenças analisadas foram fruto de ativismo judicial em solo pernambucano e a partir destas verificações, ponderar quais são seus efeitos e naturalmente, se e como seria possível contorná-los.

Como forma de aclarar o tema, busca-se firmar a base teórica do que vem a ser o direito a saúde, como sendo um direito fundamental e como ele costuma ser efetivado pelos três Poderes. A compreensão da natureza do direito à saúde - se ilimitado, incondicional, absoluto ou não - se demonstra importante na definição do contraponto entre a reserva do possível e do mínimo existencial.

Em seguida, far-se-á uma objetiva abordagem sobre a realidade de que, diante da cultura da judicialização e da herança dos ideais neoconstitucionais as pessoas têm levado à apreciação do Judiciário violação ao direito fundamental à saúde, sofrida por ação ou omissão do Executivo quando este não fornece serviços tal qual se precisa – ou mesmo se deseja – e, para obterem cirurgia, transplante, tratamento-médico hospitalar, próteses, fraudas, medicamentos etc, existem vários instrumentos judiciais.

Neste ponto, ao chegar litígios desta natureza nas mãos do julgador sabe-se que ele tem indiscutivelmente um caso difícil de resolver e o dever constitucional de proferir uma sentença substancialmente fundamentada, e agora não restam dúvidas conforme horizontes trazidos pelo Novo CPC, sob pena de ser anulada. Questões que no segundo capítulo serão abordadas, ao se confrontar a teoria processual com o

resultado obtido na verificação de algumas sentenças produzidas pelo Judiciário de Pernambuco.

Após isso, no terceiro capítulo com base em ditas decisões judiciais, será feito um exame do tipo de hermenêutica aplicada no que toca o direito fundamental à saúde e quais os contornos do ativismo judicial no Estado, bem como examinar-se-á quais os tipos de defesas do Estado e se elas foram relevantes para influenciar a decisão do julgador diante dos ideais do neoconstitucionalismo.

Finalmente, no quarto capítulo, serão analisadas todas as verificações práticas da pesquisa desenvolvida, inclusive as consequências práticas do ativismo judicial e questões que precisam ser enfrentadas pelo Judiciário do Estado, dentre elas cite-se o estabelecimento de diversos critérios para a atuação judicial na seara de políticas públicas, antes de se decidir favoravelmente em processo sobre o direito à saúde.

Diante do exposto e do que se demonstrará, pretende-se que o objetivo primeiro deste trabalho seja alcançado, qual seja, estabelecer uma proposta de remodulação na forma de se pensar, entender e aplicar o direito fundamental à saúde no Estado, de forma a se alcançar efetivamente a finalidade da Constituição.

CAPÍTULO I

PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE

1.1 Concepção da Saúde como Direito Social à luz da Constituição Federal.

Definir o conceito de *saúde* é tarefa que exige alguns esforços, visto que a evolução do conceito de saúde acompanha o desenvolvimento dos povos.

A palavra saúde tem sua origem no latim *salutis*, que remete à ideia de *curar*. Para CIRO CARVALHO MIRANDA, se trata de uma palavra polissêmica e tomada de forte subjetivismo semântico, visto não haver “consenso universal no que venha a constituí-la integralmente”. (2009, p. 1)

Entretanto, em 1948, a Organização Mundial de Saúde (OMS) adotou o conceito de saúde como sendo “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, reafirmando a concepção construída no decorrer dos anos de que a *saúde*, tratava-se de um bem valioso que merecia receber proteção integral por parte do particular e em especial do Estado.

Em Brasília, no ano de 1986, foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde-CNS. A definição de saúde ocorreu no item I do relatório: “a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, lazer, liberdade, acesso a posse da terra e acesso a serviços de saúde”.

Assim, ao voltar os olhos para acontecimentos pretéritos da história nacional, visualiza-se a construção de um caminho árduo - a partir do Movimento Sanitarista na década de 80 e a 8ª CNS de 1986, que almejava dar um novo conceito de *saúde* para o país ao findar com o modelo anterior e reconhecer a saúde como verdadeiro direito que, de maneira progressiva foi se incorporando à legislação pátria. (SANTOS, 2011)

Atualmente, expressiva é a quantidade de textos normativos constitucionais e infraconstitucionais que protegem e promovem a efetivação do direito à saúde por parte do Estado aos seus cidadãos.

A concepção de que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* está encartada no texto Constitucional de 1988, que o reconheceu como um direito social, prevendo expressamente no art. 196 que:

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

Explica ANA LUIZA LIMA FAZZA que o “Estado Liberal trouxe a primeira dimensão dos direitos fundamentais”, num cenário em que o Estado quase não intervinha na vida social e o indivíduo possuía mais autonomia. Sendo que tais direitos não foram suficientes para promover os ideais de igualdade que se esperava, visto que “a garantia de liberdades individuais (direitos civis e políticos) serviu como uma forma de opressão da burguesia sobre os trabalhadores”. (2015, p. 2)

Durante as revoluções industriais, surge então o Estado Social, trazendo a segunda dimensão dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos sociais.

Hoje a Carta Política de 1988 (art. 6º), compreende o rol dos direitos sociais, a saber “a educação, a saúde, 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.”

LUIZ FERREIRA TÔRRES NETO (2012, p. 170), tece comentários sobre os direitos fundamentais de segunda geração:

Com precisão, os direitos fundamentais da supracitada geração visam consagrar uma conduta comissiva do Estado, que note-se, efetiva uma liberdade outrora apenas experimentada formalmente. São direitos fundamentais de segunda geração: a implementação de políticas públicas destinadas à saúde, segurança, educação, por exemplo.

E é justamente por ser um direito fundamental social que o direito à saúde recebe proteção especial em diversos institutos normativos a fim de que se garanta, *por meio de políticas públicas*, a redução do risco de doença e o acesso universal igualitário às ações e serviços, para sua promoção, proteção e recuperação. (art. 196 da CF/88)

1.2 Orçamento público e o direito à Saúde.

‘*Por meio de políticas públicas*’, essa foi a frase escolhida pelo Constituinte Originário para determinar primeiramente como o Estado iria garantir a efetivação do direito à saúde em suas três dimensões: promoção, proteção e recuperação.

Compreender o que seja política pública não exige muitos esforços, pois nada mais é do que um conjunto de ações criadas e implementadas pelo poder público com a finalidade de se efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição.

Destaca MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA que “a política pública satisfaz um poder-dever de iniciativa do Poder Executivo que visa à materialização e efetivação de direitos, como forma de garantir o desenvolvimento nacional – art. 3º II, da CF/88.” (2013, p.42)

Por esse ângulo, a competência para cuidar da Saúde pública pertence à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em comum (art. 23 da CF/88), cujas ações devem seguir as diretrizes previstas no art. 198, as quais vale a pena transcrever:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Destacou-se)

Grande avanço para a realidade brasileira, foi a criação da Lei Orgânica da Saúde (8.080/1990) dois anos após a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, bem como regulamentou o art. 200 da CF/88, que trata das atribuições do Sistema Único de Saúde - SUS.

O artigo 15 da Lei 8.080/90, também prevê um rol de 25 (vinte e cinco) atribuições comuns à União, Estado, Municípios e Distrito Federal, entre elas, estão a(o):

- I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;**
- X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;**

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
 XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.**(grifo nosso)**

MARINA COELHO DE ARRUDA SILVA (2012, p. 225) menciona como se dá essa repartição de tarefas:

Em 1988, com a Constituição Federal, determinou-se que é dever do Estado garantir saúde a toda a população criando desta forma o Sistema Único de Saúde- SUS, que tem como objetivo principal o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da atenção à saúde. Busca-se reforçar a autonomia municipal e a participação da comunidade. A cada Município compete prestar serviços de atendimento à saúde da população e à União e aos Estados arcar com a parte técnica e financeira.

Por esta lógica, enquanto a União atua através do Ministério da Saúde, os Estados e Municípios da Federação atuam por meio de suas Secretarias de Saúde - SES, órgão gestor do SUS nos Estados, sendo esta regra além de previsão legal é entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal:

'Diferença de classe' sem ônus para o SUS. Resolução 283 do extinto Inamps. Artigo 196 da CF. Competência da Justiça Estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da CF), **cabem, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente.**" (RE 261.268, rel. min. Moreira Alves, julgamento em 28-8-2001, Primeira Turma, DJ de 5-10-2001.)**(grifado)**

Conquanto, não se pode olvidar que "em se tratando dos direitos sociais a prestações, sua efetivação depende da alocação direta de recursos financeiros". (GLOECKNER, 2013, p.5)

Deste modo, é certo que as políticas públicas de saúde não sairão do *papel* ou do *imaginário social* a menos que haja recurso financeiro destinado para tanto, ou seja, se inexistente uma organização e dotação orçamentária em observância às Leis pertinentes, restará inviável a efetivação de políticas públicas de saúde que assegurem direitos, no maior alcance possível aos cidadãos como pretende à Carta Política de 1988.

Intencionalmente, destacou-se acima o §1º do art. 198 da CF/88, para pontuar que existe a previsão clara de como o SUS será financiado: através dos recursos provenientes das contribuições sociais (art. 195 da CF/88), além de *outras fontes*. Essas *outras fontes* podem ser originárias de doações, donativos, rendimentos de

capital, taxas, emolumentos e multa, preço público arrecadados no âmbito do SUS e outros. (Art.32 da Lei Orgânica da Saúde-LOS)

O art. 31 da Lei 8.080/90-LOS, no capítulo *dos recursos* e em consonância com texto constitucional prevê que:

O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, **tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.(grifado)**

Portanto, o financiamento do SUS se dá de “forma ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União”. (BRUNO e ANDRADE, 2007, p.5)

As normas aplicáveis ao Orçamento Público do Poder Executivo estão previstas a partir do art. 165 da CF/88 e compreendem o Plano Plurianual(PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias(LDO) e a Lei Orçamentária Anual(LOA), sendo impostas à todos os entes da Federação no âmbito da Administração Pública.

Em razão do Poder Constituinte derivado decorrente e do princípio da simetria, os Estados-Membros, quando da elaboração de suas Constituições Estaduais, costumam adotar o mesmo modelo previsto na Constituição Federal, reproduzindo o texto da *Seção II - Dos orçamentos*, adaptando à esfera estadual, visto que a previsão do texto constitucional trata do *Orçamento Público* apenas no plano da União.

Não se pretende esmiuçar a temática de orçamento público nem discorrer sobre o procedimento de criação das leis orçamentárias, por não ser este o objeto deste estudo, mas expor conceitos abstratos a permitir uma introdutória contextualização.

A concepção do que seja o Plano Plurianual (PPA) está descrita no parágrafo primeiro do artigo 165 da CF/88. Trata-se de uma lei formal que deve ser criada pelo ente competente para vigor por um período de quatro anos. E que deve estabelecer de forma regionalizada, as *diretrizes, objetivos e metas* da administração pública federal (estadual, municipal e distrital- ante o princípio da simetria-) para as despesas

de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Desta forma, os planos e programas da Administração, elaborados por qualquer dos entes da federação, devem ser feitos em conformidade com Plano Plurianual e apreciados pela respectiva Casa Legislativa. (§4, art. 165 da CF/88)

Para RICARDO LOBO TORRES, citado por DEZEN JUNIOR, o PPA é mais uma lei formal que em seu conteúdo constitui uma programação ou orientação, que deve ser seguida pelo Executivo quando da execução dos orçamentos anuais, e acrescenta que o Poder Legislativo não ficará vinculado quando da criação das leis orçamentárias.(2010, p. 1262)

A Lei de Diretriz Orçamentária–LDO, por sua vez, estabelece prioridades dentre as metas do PPA e orienta a elaboração do orçamento, seu conteúdo está previsto no § 2 do artigo 165, que diz:

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da **lei orçamentária anual**, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Note-se a extensão da matéria a ser abarcada pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, que deve compreender as “metas e prioridades da administração pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente e, mais que isso, tem por objetivo orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.” (ADI 612-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 3-6-1993, Plenário, DJ de 6-5-1994.)

Por isso, GABRIEL DEZEN JUNIOR apoiado nos ensinamentos de KIYOSHI HARADA ao tratar da LDO explica que todos os anos a lei de diretrizes orçamentárias deve anteceder à lei orçamentária anual e isso deve ocorrer em todas as esferas de governo ante o princípio da simetria. (2010, p. 1265)

A Lei Orçamentária Anual por sua vez, “ irá conter todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão.”(VILAÇA NETO, 2013)

Ainda na explicação de JOSÉ DE SOUZA VILAÇA NETO (2013) é imprescindível que esta lei seja compatível com a LDO, não podendo haver divergência entre seus textos e acrescenta que :

Os orçamentos anuais quantificam as programações, expressando a política orçamentária em números. Expressa grandes opções governamentais em matéria de política econômico-financeira, relevando os custos envolvidos e os rumos que se pretende conferir ao plano de desenvolvimento.

Considerando que a LOA deve compreender as espécies orçamentárias dispostas nos incisos I a III do art. 165 (orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social), fica vedada à Administração Pública iniciar programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual, ante comando do art. 167 da CF. Esta vedação abre um leque de discussões quando da tratativa da Judicialização da Saúde.

Desta forma, concluímos com as ponderações de ANA LUIZA LIMA FAZZA (2015, p.18):

A alocação de recursos incumbe ao Executivo e ao Legislativo, cabendo a eles, diante da estimativa de arrecadação tributária, distribuir as verbas de modo a concretizar as políticas públicas de saúde, atendendo sempre o maior número possível de beneficiados, realizando verdadeiros juízos de ponderação nas escolhas alocativas. A lei orçamentária deve consignar recursos suficientes para promover a universalização do direito à saúde, atendendo, prioritariamente, as políticas públicas de saúde de primeira necessidade.

Superadas as conceituações gerais sobre as leis orçamentárias, tem-se que a importância da temática recai, dentre outras abordagens, na verificação do evento da judicialização da saúde em si, sob uma perspectiva do pragmatismo jurídico, sobre o orçamento público do Estado de Pernambuco a ser adiante trabalhada.

1.2.1 Financiamento do SUS em Pernambuco.

Como dito alhures, o SUS é um sistema público de ações e serviços que visa a promoção, proteção e recuperação da saúde, organizado por uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, que possui direção única, exercida em cada esfera de governo, sendo no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde e nos Estados e Municípios por suas respectivas Secretarias de Saúde(art. 198 CF).

Em cada esfera administrativa, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão dentre tantas atribuições: *a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde e a elaboração da*

proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde. (art. 15, II e X da LOS)

Estas ações e serviços públicos de saúde, incluindo aqueles serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS, devem obedecer as diretrizes do art. 198 da Constituição Federal e princípios diversos como o da universalidade no atendimento, da igualdade de assistência e a conjugação dos recursos financeiros dos entes federativos, na prestação de serviços de assistência à saúde.(art. 7, I,IV e XI da LOS)

Razão pela qual, a Lei Complementar 141/2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal quanto aos percentuais mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos em ações e serviços públicos de saúde, e estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde, traz em seu artigo 6º que os Estados devem aplicar:

no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Ou seja, cabe aos Estados, dentro dos seus respectivos orçamentos, aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos estaduais (ICMS, ICMS e IPVA) e dos recursos repassados pela União (receita oriunda dos IR e IPI), deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios, nas ações e serviços públicos de saúde.

Depois da Emenda Constitucional (EC) nº 86/ 2015, o inciso I do § 2º do art. 198 da CF/88, passou a prever que no caso da União, esta deve aplicar o percentual nunca inferior a 15%, sobre a receita corrente líquida do respectivo ano.

Interessante que a LC 141/2012 delimita o que vem a ser *despesas* com ações e serviços de saúde, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos mencionados, considerando como despesas apenas as hipóteses elencadas nos doze incisos do art. 4º .

Para gestão do SUS, foi necessária a criação do Fundo Nacional de Saúde(FNS), instituído pelo Decreto nº 64.867/1969, como uma espécie de gestor contábil dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito federal, isto à priori, pois todos os entes possuem seus fundos especiais.

Nesta sequência, os “recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade, serão aplicados por meio de fundo de saúde, que será acompanhado e fiscalizado pelo Conselho de Saúde”, conforme a Emenda Constitucional 29/2000 e a Lei Complementar 141/2012 que a regulamentou. (fonte: sitio do FNS)

Adentrando na especificidade das competências Estaduais, o artigo 17 da Lei Orgânica da Saúde traça as atividades que os Estados devem realizar na direção do SUS, passo em que cada Estado deve ter seu próprio Conselho de Saúde e elaborar seus próprios planos de ação.

O Ministério da Saúde elaborou trabalho esclarecedor sobre o Financiamento Público de Saúde (2013, p. 52), onde relata em termos explicativos que de modo geral, as fontes de receitas para o financiamento da Saúde nos Estados são provenientes de:

- a) impostos, multas, juros de mora e outros encargos decorrentes dos impostos;
- b) dívida ativa dos impostos, multas, juros de mora, atualização monetária e outros encargos da dívida ativa dos impostos;
- c) receitas de transferências constitucionais e legais;
- d) transferência de recursos do SUS;
- e) transferências voluntárias;
- f) receitas de operações de crédito vinculadas à Saúde;
- g) outras receitas orçamentárias.

Em suma, são fontes de receitas para financiamento da Saúde nos Estados, aqueles recursos oriundos da arrecadação dos impostos estaduais, contribuições sociais e de outros repasses da União.

Com base nos princípios e normas constitucionais, bem como nas leis federais, o Governo de Pernambuco, editou atos normativos com o objetivo de obter a melhor condução das ações no campo da Saúde no Estado.

O Executivo de Pernambuco estabelece suas dotações orçamentárias para 2016, na Lei de Diretrizes Orçamentárias de n.15.586/2015, dispondo quanto ao financiamento do SUS em seu art. 6º que:

§ 2º Os orçamentos dos órgãos e das entidades que compõem a seguridade social do Estado, na forma do disposto no § 4º do art. 125 e no art. 158 da Constituição Estadual, integrarão o orçamento fiscal e compreenderão as dotações destinadas a atender as ações nas áreas de assistência social, previdência social e saúde.

Em sintonia com a Lei Complementar 141/2012, o § 1º do art. 23 da LDO de PE dispõe que :

A Lei Orçamentária Anual e o decreto que estabelecer a programação financeira anual, prevista no caput, assegurarão, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal, **para ações e serviços públicos de saúde**, nos termos do art. 6º da Lei Complementar Federal nº 141, 13 de janeiro de 2012.(grifado)

Conforme dados do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), no último quadrimestre de 2015, o executivo de Pernambuco aplicou, 16,2% de sua receita corrente líquida na área de Saúde, superando assim o mínimo estabelecido na Lei Complementar destacada.

Em virtude do que a Secretaria de Saúde do Estado de PE divulgou em Março de 2016, no Nordeste, é Pernambuco quem ocupa hoje o primeiro lugar entre aqueles que mais investem recursos próprios na saúde, conforme banco de dados do SIOPS - “plataforma do Ministério da Saúde que disponibiliza informações sobre despesas em saúde de todos os entes federados”.

A Constituição do Estado de Pernambuco, portanto, trata da Saúde entre os artigos 159 e 170, e reproduz em seu bojo, as normas da Constituição Federal e de outras leis federais adaptando-as à realidade regional em conformidade com elas.

As referidas normas representam os anseios das instituições políticas e administrativas quando visam atribuir à um ente federativo os elementos necessários para atender as demandas sociais que lhe são impostas, através de políticas públicas.

Em verdade, para a fixação destas políticas, não basta uma atividade legislativa que positive regras, antes é preciso que se visualize a maneira como serão implementadas pelo executivo.

Ao encontro dessa ideia, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO assevera ser necessário, para a fixação de políticas públicas, obediência a duas etapas: a atividade da função legiferante estabelecendo ações e metas a serem alcançadas e a atividade complementar da função administrativa que enuncie “os mecanismos de implementação das políticas planejadas”.(2008, p. 111)

1.2.2 Contornos atuais das políticas públicas de Saúde em Pernambuco.

A Constituição é clara ao disciplinar que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem lhe dar efetividade, com a redução do risco de agravos e visando a promoção, proteção e recuperação da saúde de todos.(art. 196 CF/88)

Analisando este dispositivo, RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO pondera no sentido de que “não se admite que o Poder Público se limite à incorporar formalmente normas, como o artigo 196 da CR no sistema, sem lhe dar efetividade necessária na realidade social.” (2008, p. 293)

Para a autora, é inconcebível pensar em políticas públicas de saúde somente como o fornecimento de medicamentos, atendimentos emergenciais nos hospitais e à realização de exames sem que se entenda o complexo de atividades para a promoção da saúde pública. (2008, p. 293)

Tal afirmação encontra fundamento na asserção de que as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde dizem respeito á um conjunto complexo de atos desempenhados pelo legislativo e executivo, voltado á efetivar o direito à saúde, na garantia de uma ampla qualidade de vida.

Segundo nos informa o Guia de Direitos, site organizacional:

A criação do SUS está diretamente relacionada a tomada de responsabilidade por parte do Estado. A ideia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessar quando precisem, a proposta é que seja possível atuar antes disso, através dos agentes de saúde que visitam frequentemente as famílias para se antecipar os problemas e conhecer a realidade de cada família, encaminhando as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário.(grifo nosso)

Ou seja, trata-se de atividades que vão desde a vigilância sanitária ao favorecimento de um meio ambiente sustentável, desde medidas educativas e preventivas a medidas curativas. Cite-se á título de exemplo programas que ampliam o acesso à saúde no âmbito Federal, quais sejam: Mais Médicos, o Serviço de Atendimento Médico de Urgência (Samu) e mesmo a Estratégia Saúde da Família (ESF), todos estes fazem parte do SUS e é por ele custeado.

Não é por outra razão que as atribuições do SUS previstas no art. 200 da CRFB são abrangentes e incluem como *ações e serviços de saúde*, dentre outros: (1) o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participação de produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, (2) a vigilância sanitária e

epidemiológica, até mesmo a saúde do trabalhador, (3) a formulação da política e da execução das ações de saneamento básico, (4) a participação do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, (5) a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho etc.

Observe-se ainda que o artigo 17 da Lei 8.080/90 trata mais especificamente do SUS nos Estados, admitindo que compete à direção estadual:

- I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;
- II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);
- III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios **e executar supletivamente ações e serviços de saúde;**
- IV - coordenar e, em caráter complementar, **executar ações e serviços:**
 - a) de vigilância epidemiológica;**
 - b) de vigilância sanitária;**
 - c) de alimentação e nutrição; e**
 - d) de saúde do trabalhador;**
- V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos **do meio ambiente** que tenham repercussão na saúde humana;
- VI - participar da formulação da política e da execução de ações de **saneamento básico;**
- VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos **ambientes de trabalho;**
- VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de **insumos e equipamentos para a saúde;**
- IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;
- X - coordenar a **rede estadual de laboratórios de saúde pública** e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;
- XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;
- XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;
- XIII - colaborar com a União na execução **da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;**
- XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de **morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.(grifo nosso)**

Em função desta gama de atividades e serviços que buscam promover, proteger e recuperar à saúde, a administração estadual atua, não sem enfrentar grandes obstáculos orçamentários, para garantir a ampla proteção ao direito à saúde dos membros da sociedade.

Em outras palavras, é possível afirmar com RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO(2008, p. 294) que:

é também medida promocional de saúde pública, a reconstrução dos espaços de convivência comum nas cidades, como praças, parques, afim de viabilizar

que atividades físicas realizadas pelos cidadãos lhes tragam qualidade de vida superior, com a prevenção do surgimento de doenças coronarianas, o fortalecimento dos laços de amizade e familiares, bem como reforço à idéia de coletividade saudável.

Indo mais além, pontifica que:

Projetos como os implantados por agentes comunitários de saúde, o fomento à prática de esportes, a criação de bibliotecas públicas, o saneamento básico e a preservação dos recursos naturais ambientais são, também, instrumentos possíveis para a concretização da saúde nas esferas física e psíquica do ser humano. (2008, p. 294)

Como se sabe, a despeito de qualquer limitação orçamentária, o ente estatal arrecada recursos para os cofres públicos e dentro de sua dotação deve empreender esforços para efetivar as políticas públicas voltadas à atender as necessidades de saúde da população.

E quando se fala em saúde pública, não é difícil perceber que a *opinião popular*, em todos os estados, reflete insatisfação, cuja motivação talvez esteja fundada no fato de que, muitos tenham sofrido, direta ou indiretamente, algum dano decorrente de omissão estatal.

Seja por conta das longas esperas em filas para atendimento ambulatorial ou emergencial, seja por erro médico, mau atendimento dos servidores ou não recebimento de medicamentos necessários ou mesmo porque não seja possível obter serviços públicos com a mesma qualidade fornecida pelos planos de saúde na rede privada, enfim, seja qual for o motivo, a população em sua maioria e em escala nacional, não tem estado satisfeita com o cenário apresentado.

A bem da verdade, até aqueles que não necessitam utilizar-se dos serviços públicos de saúde não lhe credita confiança e tecem comentários negativos sobre o sistema público de saúde.

E não bastasse, informações midiáticas encham o imaginário comum e induzem à conclusão de que em nenhum Estado do país existe um sistema de saúde estadual que atenda aos anseios da população. Se é verdade o motivo de tamanha irresignação, isso será comentado mais adiante.

Considerando que os cidadãos têm acesso às informações no tocante à administração do Erário e que as portas da transparência estão abertas para acompanhamento dos gastos públicos, não é de todo aceitável, fechar os olhos para o que tem sido objeto de ações e programas de governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal.

A realidade da saúde no Estado de Pernambuco, segue o mesmo rumo de muitos outros Estados, no tocante a mínima realização de atividades na prestação do direito à saúde, por não se amoldarem aos anseios dos seus habitantes.

Entretanto, no campo das atividades realizadas, mesmo em meio à tantos desafios enfrentados, o Estado tem nas últimas décadas pretendido delinear planos e programas, mediante os quais seja possível atender o maior número de pessoas na rede pública.

Sob a coordenação da Secretaria Executiva de Atenção à Saúde, estão os órgãos e serviços que caracterizam o SUS, como as grandes emergências da Região Metropolitana do Recife, os hospitais metropolitanos, assistência farmacêutica, saúde mental etc. (fonte: site da SES/PE)

Um aspecto importante dos objetivos encontrados na atividade estatal, está a preocupação em se estabelecer planos de ação para a assistência à saúde dos cidadãos, o que é extraído da seguinte afirmação:

No gerenciamento de uma rede tão ampla e complexa de serviços, essa secretaria-executiva atua na definição do perfil dos hospitais, seu fluxo de atendimento, otimização da rede e ampliação da assistência, ao mesmo passo em que promove os hábitos saudáveis e a oferta de exames, consultas e campanhas educativas. (Secretaria de Saúde de Pernambuco)

Se na prática não se vislumbra atendimento a *todas* as necessidades de *toda* a população pernambucana, isso é uma outra história a ser igualmente comentada mais adiante. Por hora, vale deixar de lado as insatisfações subjetivas da maioria, para se observar que não existe uma absoluta omissão na atuação administrativa no Estado de Pernambuco no tocante às políticas públicas de saúde.

Seria possível citar inúmeros exemplos de programas e ações do executivo estabelecidas em planos plurianuais que objetivaram superar as deficiências existentes, mediante investimento de receitas na promoção, recuperação e proteção da saúde no Estado, onde seria possível perceber que a questão sanitária, não se limita a “casos de fornecimento de medicamentos ou procedimentos, mas questões que envolve políticas públicas e escolhas difíceis”. (GEBRAN NETO, 2015, p.151)

Quanto aos estabelecimentos de saúde, conforme dados da SES/PE atualizados até junho de 2016, o Estado possui 242 tipos de estabelecimentos, dentre eles 17 Centro de Unidade Básica de Saúde, 7 Centros de Atenção Hemoterápica, 54 Clínicas Especializadas, 14 hospitais especializados etc.

Além disso, a Secretaria Executiva de Atenção à Saúde busca a promoção de diversos programas de apoio à Atenção Primária, como atenção às doenças crônicas degenerativas, à imunização, à saúde bucal, à saúde do homem, do idoso, do trabalhador, do deficiente, da mulher e da gestante, da criança e do adolescente, saúde da população negra, saúde Integral LGBT, Saúde Mental, enfim, são inúmeras as ações e programas.

Perceba-se no gráfico ilustrativo a seguir os investimentos do Estado em programas e ações de saúde em 2015 e 2016.

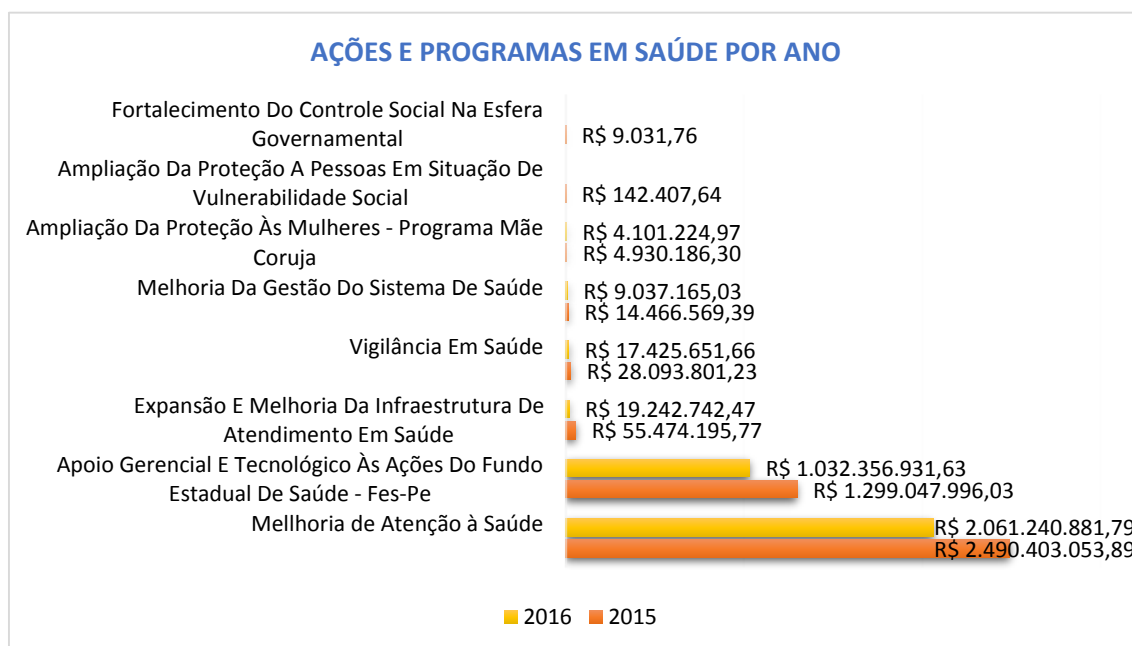


Gráfico I. Fonte Tribunal de Contas do Estado de PE.

Tais exposições tem duas razões de ser: a primeira, reafirmar que a ideia de *ações e serviços de saúde*, não se restringem ao fornecimento de medicamentos ou a propiciação de atendimentos ambulatorial ou emergencial nas unidades de saúde.

E a segunda, lembrar que toda ação estatal na prestação de saúde pública gera despesas colossais. De acordo com os dados disponíveis em sites governamentais de controle (TCE e transparências) é sempre possível aferir que as despesas com saúde não são ínfimas e que o estado de Pernambuco tem, ainda que parcimoniosamente, aplicado os recursos destinados à saúde como previsto em Lei.

No entanto, é inconteste a insuficiência de ações de governo e o fato de que as políticas públicas previstas em planos plurianuais ainda faltam ser implementadas com as devidas correções de falhas anteriores e com uma gestão orçamentária que enfrente politicamente a escassez dos recursos. Some-se à todas estas dificuldades

de gestão, que além das despesas e investimentos preestabelecidos nas leis orçamentárias, Pernambuco também tem arcado com um importe considerável fruto de decisões judiciais.

1.3 Natureza Jurídica do Direito à Saúde.

A importância de se definir a natureza jurídica do Direito à saúde repousa em se estabelecer seu conteúdo afim de analisar sua exigibilidade perante o Poder Público, frente às possibilidades fáticas e jurídicas (FAZZA, 2015, p. 9).

Que o direito à saúde ascendeu à categoria de direito fundamental social pela Constituição Federal, não há o que se questionar, eis um diálogo corrente e sem tantas controvérsias no pensamento jurídico.

Nas palavras de GUSTAVO DO AMARAL MARTINS os direitos fundamentais "investem o indivíduo em um status jurídico no qual lhe é facultado formular pretensões perante o Estado, pretensões essas que podem dirigir-se a uma abstenção estatal (pretensão negativa) ou a uma ação do Estado (pretensão positiva)". (2001, p. 101)

No que toca ao direito fundamental à saúde, SILVIA BADIM MARQUES (2004, p. 140), discorre sobre o pensamento de GUSTAVO DO AMARAL, para quem:

o direito fundamental à saúde, por exemplo, não depende da ocorrência de nenhum fato para ser pleiteado e não encontra correlação necessária em deveres estatais. Tanto os sãos quanto os doentes têm este mesmo direito, pelo simples fato de pertencerem a uma dada sociedade e "sendo assim, devem tais direitos valer para todos que se encontram em condições de recebê-los.

No entanto, para uma discussão doutrinária, em que se busca delimitar se a proteção ao núcleo de um direito fundamental seria absoluta ou relativa.

Identificar se dita proteção é absoluta ou não, será a linha demarcatória que auxiliará a hermenêutica constitucional a definir os rumos para a aplicação do Direito nas demandas judiciais de saúde.

Enlevada por esta preocupação, ANA LUIZA LIMA FAZZA (2015) busca estabelecer com base nas teorias de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN, a natureza da norma fundamental do direito à saúde, se regra ou princípio ou, ambos. Na medida em que, para a autora, sendo o direito à saúde um princípio, admitir-se-á

ponderações, mas sendo regra, será uma norma absoluta, exigível na medida do tudo ou nada.

Tratando dos princípios e regras, LUIS ROBERTO BARROSO após esclarecer como ocorreu a trajetória do pós - positivismo e a valorização dos princípios ao status de norma jurídica - passando a ter aplicação direta e imediata, explica que, regras (teor objetivo) e princípios (teor abstrato), possuem o mesmo status de norma jurídica e integram sem hierarquia o sistema de referência do hermenauta, desempenhando funções diferentes dentro do ordenamento. (2009, p. 352)

O autor descreve que essa distinção fundava-se apenas no critério da generalidade mas surgiu uma nova distinção estrutural entre as regras e os princípios, fundada nas ideias de RONALDO DWORKIN e ROBERT ALEXY, os quais defendem que regras são relatos descritivos de condutas aplicados à situações limitadas e específicas e que sua aplicação se daria pela *subsunção* e que os princípios são relatos eivados de maior abstração, aplicados a situações indeterminadas, mediante *ponderação*. (BARROSO, 2009, pp. 353-355)

Com este raciocínio e voltando para a abordagem de ANA LUIZA LIMA FAZZA (2015) ela levanta uma notável distinção entre *norma-princípio* e *norma-regra*, que em caso de conflitos entre o direito à saúde e outros direitos, estabelecer-se-ia se absoluto ou não, consoante se depreende desse trecho:

Enquanto **uma norma-princípio**, o direito à saúde deve ser concretizado na maior medida do possível, mas, ao encontrar-se em conflito com outros direitos sociais, sobretudo por inexistirem recursos para atender a todos os direitos, é admitido o seu sopesamento segundo a máxima da proporcionalidade, **não sendo, portanto, um direito absoluto.**

Enquanto **uma norma-regra**, o direito à saúde seria absoluto, devendo ser concretizado à maneira do tudo ou nada. Sendo a norma constitucional uma regra válida, deve o Estado fazer exatamente aquilo que ela exige. Assim, a saúde deve ser tratada com prioridade em relação a outros direitos fundamentais sociais assegurados, garantindo-se preferência na formulação de políticas públicas e destinação de recursos para atendê-las.**(grifei)**

Para ROBERT ALEXY as normas de direitos fundamentais são inicialmente ou “regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos”.(2011, p. 141)

Apoiada no pensamento de ALEXY, explica ANA LUIZA LIMA FAZZA(2015, p. 12), que uma “norma constitucional pode apresentar uma estrutura híbrida,

detendo, ao mesmo tempo, um conteúdo de regra e um conteúdo de princípio” e talvez por isso, acredita, que o direito social à saúde previsto na Constituição Federal possui natureza normativa de princípio, mas que quanto ao seu núcleo essencial, teria força normativa de regra, nos seguintes termos:

[...]a norma positivadora do direito à saúde é em verdade uma norma híbrida: tem natureza de norma-princípio, porém, no tocante ao núcleo essencial do direito, tem natureza de norma- regra. O Pós-Positivismo tornou os princípios vinculantes e obrigatórios, não sendo mais meros vetores do ordenamento jurídico e/ou supressores de lacunas. O direito à saúde, enquanto princípio, não pode ser esvaziado completamente, demandando- se a proteção ao seu núcleo essencial, que tem, por isso, natureza de regra.

Passo em que a autora compreende que o direito à saúde está positivado em uma norma híbrida, que muito embora esteja vazado em uma norma-princípio, o seu núcleo essencial, ligado ao mínimo existencial está esculpido em uma norma-regra. Pormenoriza também que na consecução das demandas de saúde de segunda necessidade, o direito à saúde é uma norma-princípio e devem ser concretizadas na medida do possível, de acordo com a disponibilidade financeira.

Mas como norma-regra, o núcleo essencial do direito seria “intangível, devendo ser preservado em qualquer hipótese”. Não se admitiria discricionariedade do administrador, que deve atender o mínimo existencial, ligado às demandas de saúde de primeira necessidade, como reflexo do direito à vida, que devem ser implementadas integralmente e atendidas na medida do *tudo ou nada*.(FAZZA, 2015, p.12-15)

Por sua vez, CLENIO JAIR SCHULZE em sua brilhante obra, já adentrando na problemática da judicialização da saúde menciona sem contudo concordar, que é comum no meio jurídico o pensamento de que o direito à saúde é absoluto, talvez por que a máxima consensual seja que “sem saúde não há dignidade humana”.(2015, pp. 38)

Ele não faz distinção entre demandas de primeira e segunda necessidade como a autora retro mencionada o faz, para dizer se o direito há saúde seria absoluto ou não. Com acerto, não nega o dever do Estado de prestar articuladamente os serviços de saúde nas esferas preventivas e curativas, tanto individuais quanto coletivos no “seu aspecto mais amplo possível”, mas se inquieta ante à prática jurisdicional que trata o direito á saúde como absoluto e por isso pretende analisar a amplitude deste direito à luz da atuação jurisdicional(SCHULZE, 2015, pp. 38-41).

Para tanto, ele aponta dois motivos razoáveis para justificar sua posição: o primeiro, consoante doutrina majoritária e Supremo Tribunal Federal é que, não existem direitos absolutos, pois até mesmo a Constituição Federal limita o direito à vida, na hipótese em que permite a pena de morte em guerra declarada. Depois, parte da análise do aspecto fático, atinente a inevitabilidade da escassez de recursos financeiros, humanos e tecnológicos - mesmo que não esteja positivada (SCHULZE, 2015, pp. 38-41).

Segundo ele apresenta, não há previsão constitucional que confira *a cada um e a toda* a população brasileira o direito da melhor prestação de saúde do universo, como também afirma que, inexistente no mundo um modelo de sistema de saúde que seja completo e perfeito e que atenda a todos como se deseja, justamente em razão das limitações financeiras, humanas e tecnológicas que inevitavelmente existem.

Os multicitados autores HOLMES e SUSNTEIN epigrafados por CLENIO JAIR SCHULZE já diziam que não passa de *floreio retórico*, descrever os direitos como invioláveis, pois “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. (2015, p. 40)

Por fim, conclui ainda o Magistrado, que “a despeito da necessidade de maximização da concretização do direito fundamental à saúde é correta a posição que não o interpreta como direito absoluto”. (2015, p. 43)

Existem três outros princípios comentados a seguir, também utilizados como argumentação para se perquirir a prestação do direito à saúde e que na prática vem sendo erroneamente interpretados e inadequadamente empregados, gerando uma aplicação falha e incorreta do referido direito fundamental pelos juristas. O primeiro deles é o *da dignidade da pessoa humana* e os outros dois dizem respeito ao SUS: o *da Universalidade e o da Integralidade do Atendimento*.

1.3.1 Dignidade da pessoa humana e seus limites.

Muitos juristas entendem que o direito à saúde é um reflexo ou melhor, uma extensão do direito à vida e está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico que visa proteger o valor imensurável do homem, simplesmente por ser um humano e, nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO se “tornou o centro axiológico da concepção de Estado

Democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”.(2009, p. 377)

Explica CLENIO JAIR SCHULZE que no plano jurídico, os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata e que não podem ser suprimidos por configurarem cláusula pétrea. Na perspectiva do autor, o Estado tem a obrigação de cumprir mandamentos outros que fundamentam a teoria dos direitos sociais, como a “dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em saúde, vedação ao retrocesso social e o dever de progresso em saúde”(2015, p. 31).

Entende ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2001, pp. 122-123) que a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico sob o fundamento antropológico do que seja pessoa humana,

pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

Com apoio nos ensinamentos de LUIS ROBERTO BARROSO, é possível compreender o princípio da dignidade da pessoa humana a partir de três sentidos diferentes, o que ele prefere chamar de elementos: a) o valor individual intrínseco que diferencia a pessoa de outros seres e das coisas, o qual origina direitos como a vida, a igualdade, integridade física, moral ou psíquica; b) a autonomia da vontade, consistente na liberdade de se decidir sobre questões pessoais, sem interferência de outros e do Estado, tendo como pressuposto a realização do mínimo existencial para tanto; c) e o valor comunitário, que traz a ideia de solidariedade, com o objetivo de proteção dos direitos do outro e dos valores sociais(2013, p. 43-47).

Com isso lembra CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p. 32) que:

A dignidade projeta-se de forma multifacetada, englobando conjuntamente a perspectiva solitária- individual – e a dimensão social – solidária e representa, também, a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da impossibilidade de aceitar a pessoa diferente.

É um princípio relativo como qualquer outro, mas contempla um valor fundamental para o sistema jurídico, potencializando os direitos fundamentais e o Estado Constitucional. **(grifo nosso)**

Surge no entanto, uma problemática no instante em que o caráter ambíguo da dignidade da pessoa humana permite avocá-la em qualquer situação jurídica e em todos os casos (JORGE MIRANDA apud SCHULZE 2015, p. 32).

Por isso mesmo, para o retrocitado autor é importante antes de se avocar o referido princípio, identificar quais os fatos jurídicos que o autorizam para proteção do direito à saúde, e exige-se que a arguição do referido princípio deva vir acompanhada do princípio do mínimo existencial.

Nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (2008, p. 35) :

A caracterização do direito à saúde como direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim **como da dignidade humana da pessoa** individualmente considerada em suas particularidades, **até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um.(grifo nosso)**

Outrossim, noutra brilhante obra os referidos autores mencionam que o mínimo existencial independe de previsão expressa na constituição, muito embora a CRFB garanta o mínimo existencial no rol dos princípios e objetivos da ordem econômica, e que os direitos sociais (saúde, educação, moradia etc) abarcaram algumas dimensões do mínimo existencial. Sendo este compreendido como “todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 184)

Mas inevitavelmente, não se tem como negar que em relação ao direito à saúde em sua moldura fática, surgirão conflitos entre este e o princípio da reserva do possível como aponta ANA LUIZA LIMA FAZZA, para quem a solução deste confronto será possível mediante a prévia definição da norma positivadora do direito à saúde como sendo norma híbrida(2015, p. 14).

Nos próximos capítulos, serão tecidas análises das formas utilizadas para se resolver os conflitos entre normas - princípios ou regras, que tratam do direito à saúde e sobre a interpretação e aplicação do direito à saúde pelo Judiciário.

1.3.2 Princípios da Universalidade e da Integralidade do Atendimento no SUS.

Ainda nas colocações de ANA LUIZA LIMA FAZZA o “Estado tem o dever de assegurar o acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde, atendendo

tanto as demandas de primeira necessidade quanto as de segunda necessidade”. (2015, P. 10)

Adotando posição mais comedida, JOÃO PEDRO GEBRAN NETO assinala que a promessa constitucional de garantia do direito à saúde, precisa ser construída de modo consciente com o fortalecimento do SUS reconhecendo-se que os preceitos constitucionais possuem limites dentro e fora da norma fundamental e que, para entender esses preceitos é essencial inferir o significado dos termos neles empregados(2015, p. 123-125).

Os artigos 196 e 198, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) asseguram que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso *universal* e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, através de “*atendimento integral*”.

A *Universalidade* de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência e a *Integralidade de assistência*, são princípios também previstos no art. 7º, inciso I e II da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90).

Assim, os legisladores, constituinte e ordinário, além de assegurarem a saúde como direito de todos, precisaram que o acesso seria universal e o atendimento integral, por meio do SUS.

E possível concluir com LENIR SANTOS (2009, p. 65) que:

Os serviços de saúde prestados pelo SUS estão sujeitos a uma organização e se fundamentam em diretrizes e princípios, não sendo o SUS um balcão de demandas livres. E a universalidade do acesso – todo cidadão tem direito a esses serviços, também não autoriza a interpretação de que todos têm irrestrito direito a tudo na saúde. **Além de não ter esse elastério, não pode ser interpretado isoladamente dos arts. 198 e 200 e de outras leis que o regulamentam.(grifos nossos)**

É a partir do princípio da Universalidade que todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer discriminação de raça, cor, credo, etnia, classe social, têm direito ao acesso às ações e serviços de saúde.

Neste pensar, GUSTAVO CORRÊA MATTA, no verbete Universalidade, que redigiu para o Dicionário da Educação Profissional em Saúde (EPSJV, 2009), pondera que:

A universalidade aponta para o rompimento com a tradição previdenciária e meritocrática do sistema de saúde brasileiro, que conferia unicamente aos trabalhadores formais, por meio da contribuição previdenciária, o acesso às ações e serviços de saúde. Com a instituição do SUS, a saúde tornou-se um direito de qualquer cidadão brasileiro, independente de raça, renda,

escolaridade, religião ou qualquer outra forma de discriminação, e um dever do Estado brasileiro em prover esses serviços.

Isto porque, antes da criação do SUS com a Constituição Federal, apenas pessoas que contribuíam para a previdência social é quem poderiam utilizar os serviços públicos de saúde e aos demais restava apenas a opção de pagar pelos serviços privados.

Com precisão, demonstrando que o princípio da universalidade significa a garantia conferida pelo Estado de condições necessárias à saúde em todos os seus níveis, conclui JOÃO PEDRO GEBRAN NETO (2015, p. 126) que:

[...]isto já é bastante ambicioso. Esta abordagem veda que pessoas de outros estados ou outros municípios não sejam tratadas em localidades diversas de seus domicílios. Também elimina a restrição até então existente de assegurar o acesso a tratamentos exclusivamente para aqueles que contribuíam para a previdência social.

Quando porém, a Constituição prevê ser a saúde um direito de todos, isso significa que a saúde é mesmo um direito e “não um serviço a que se tem acesso por meio de uma contribuição ou pagamento de qualquer espécie”. (MATTA, 2010, p. 248)

Conceituado com está, cabe ligeiramente perquirir se seria possível relativizar tal princípio. Em artigo recentemente publicado o oncologista e imunologista Dr. DRÁUZIO VARELLA (2016) inova ao registrar sua aversão à um rígido princípio da universalidade nos tempos modernos, ao considerar que aqueles que podem pagar pelos serviços de saúde, não deveriam se utilizar do SUS, nestes termos comenta:

Não há como fugir da realidade: se as verbas destinadas à saúde são insuficientes, quanto menos utilizarem os serviços do sistema único os brasileiros que podem pagar por eles, mais recursos sobrarão para atender os que contam apenas com o SUS.

Num país cartorial, com as desigualdades abissais do nosso, é absurda e injusta a ideia de considerarmos todos iguais diante do SUS, porque os mais ricos e influentes passarão na frente dos mais necessitados.

Entra na sala de espera do pronto-socorro público da cidadezinha o fazendeiro mais influente da região, quem será atendido antes? É justo o cidadão bater o BMW, gastar R\$ 250 mil na oficina e operar o rosto no Hospital das Clínicas? Está certo precisar de um remédio importado e mover ação judicial contra o SUS, porque o advogado considera mais fácil ganhar do Estado do que enfrentar o departamento jurídico do plano de saúde?

[...]

A discussão viria em momento propício: se não há dinheiro para todos, que **os estratos mais ricos da população cuidem da própria saúde e deixem o SUS para os que não têm alternativa.** Não é lógico?(grifado)

Quanto ao princípio da *integralidade* ou *do atendimento integral*, este visa abarcar o conjunto organizado de ações e serviços exigidos para cada caso, de

natureza preventiva e curativa, tanto individuais quanto coletivos, nos níveis de atenção básica, média e de alta complexidade.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) afirma que o atendimento integral deve priorizar as “atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”(art. 198, II), oferecidos por um único Sistema de Saúde.

Trata-se de um preceito “que precisa de contornos para facilitar e até prevenir o tortuoso dilema que se coloca na saúde quando se impõem ao agente público duras escolhas entre o que garantir e o que mitigar no direito à saúde”.(SANTOS, 2009, p. 64)

A partir desta previsão o usuário do SUS tem direito a serviços que atendam as suas necessidades em todos os níveis de complexidade desde a “vacina ao transplante, com prioridade para o desenvolvimento de ações preventivas.”(MATTA, 2010, p. 249)

Neste contexto, para ROSENI PINHEIRO (2009, p. 258) o fato de entender a integralidade do atendimento como instrumento de concretizar a saúde significa:

compreender sua operacionalização a partir de dois movimentos recíprocos a serem desenvolvidos pelos sujeitos implicados nos processos organizativos em saúde: a superação de obstáculos e a implantação de inovações no cotidiano dos serviços de saúde, nas relações entre os níveis de gestão do SUS e nas relações destes com a sociedade.

Em resumo, GUSTAVO CORRÊA MATTA apresenta quatro sentidos a partir dos quais o princípio da integralidade pode ser entendido. Primeiro, pode ser concebido como “uma ruptura histórica e institucional derivada da crítica à separação existente entre as ações preventivas e curativas, desde a origem da formalização das políticas de saúde no Brasil”. Segundo, se pautava em que a noção de atenção integral “compreende as diversas dimensões que determinam a produção da saúde e da doença, e que envolvem o sujeito, seu corpo e suas relações com a sociedade e o meio ambiente”. (2010, p. 249-250)

Como penúltimo sentido, as políticas de saúde devem ser formuladas tendo em vista a atenção às necessidades de grupos específicos bem como a relação com outras políticas de saúde, citando como exemplos “a atenção integral à saúde da mulher e a política de atenção às doenças sexualmente transmissíveis (DST) e à AIDS.” E por fim, num último sentido, ao destacar a formação de trabalhadores e o

processo de trabalho em saúde, enxergando-os “como sujeitos políticos na luta pela consolidação dos princípios e diretrizes do SUS.” (MATTA, 2010, p. 249-250)

No entendimento de JOÃO PEDRO GEBRAN NETO (2015, p. 127-128), diferentemente do que se extrai de uma literal interpretação, a integralidade, não se confunde com a ideia de se ter direito à um dever prestacional do Estado amplo e irrestrito no que concerne à saúde e :

Aliás, não há país no mundo que garanta direito nesta proporção. O que se deve garantir é a realização de políticas públicas preventivas, protetivas e de recuperação, num programa que seja o mais abrangente possível.

A integralidade [...] não pressupõe o acolhimento de todas as expectativas individuais, mas a obrigação do poder público instituir políticas públicas progressivas para dar maior cobertura, melhor atendimento e incorporação de procedimentos, tecnologias e medicamentos.

A integralidade da assistência, conforme defende com acerto LENIR SANTOS ao comentar o art. 196, é uma exigência indireta de “melhoria dos fatores que condicionam a saúde, como alimentação, moradia, meio ambiente, trabalho, renda, lazer, educação e outros, conforme expresso no art. 3º, da Lei n. 8.080/90” e ainda há, uma exigência de prestação de serviços públicos pelo Estado com foco na prevenção e na cura (2009, p.65).

Por fim, ante a leitura dos dispositivos legais e constitucionais é identificável que o legislador não tinha a intenção de prevê uma garantia irrestrita conferindo todo e qualquer tipo de atendimento aos cidadãos, não era esse o intuito, mas sim, servir de diretriz ordenadora das políticas públicas(GEBRAN NETO, 2015, p. 127).

1.4 Contextualização do problema.

Não é novidade que as políticas públicas de competência do Legislativo e Executivo na área da saúde não alcançam os ideais da população, seja por conta da má gestão com a falta de alocação adequada de recursos públicos, seja por omissão estatal, desvios do dinheiro público ou ainda por fatores externos alheios ao controle da Administração.

O Sistema Único de Saúde atual, apesar de se demonstrar evoluído comparado com o sistema anterior e com sistemas de outros países, ainda enfrenta suas crises e jaz muito distante de assegurar aos indivíduos o direito tão almejado. (GEBRAN NETO, 2015, p. 123)

Precisa é a crítica feita por MARINA COELHO DE ARRUDA SILVA quando reconhece que apesar de o SUS ter atendido milhares de pessoas ao longo de sua criação, salvado muitas vidas e possuir vitórias significativas, ainda enfrenta dificuldades e a cada ano, pessoas sofrem diante do letárgico sistema que submetem os usuários a esperarem muito tempo para serem atendidos, para realizarem exames, serem submetidos a procedimentos especializados, receberem medicamentos, enfim. (2012, p. 228-229)

Por isso há que se concordar com ela quando diz que “o SUS é um sistema bem planejado, porém a divisão orçamentária e a falta de gestão é quem compromete o seu atendimento.” (2012, p. 228-229)

Por outro lado, a mesma autora em irresignação, parafraseia afirmativa tal, que merece algumas anotações pois carece de cautela, quando conclui no sentido de que: “sendo assim, só tem atendimento à saúde, quem tem condições de pagar as consultas ou exames ou um plano privado de saúde.”(2012, p.230)

Ou seja, interpretando este texto a autora estaria afirmando que o SUS - plano público de saúde - é tão falho que seus usuários, não teriam atendimento de qualidade de maneira gratuita. Ora, a assertiva não condiz com a realidade, visto que usando de sensatez, ainda é possível afirmar que por mais falho que seja o Sistema, ainda há atendimentos que acodem às necessidades de seus usuários.

O problema é que assim como a autora, a maioria dos usuários como vítimas que são da dualidade de sistema público e privado, são levados à comparar os sistemas e desejar sempre que andem em pé de igualdade.

Quando a Constituição Federal (BRASIL, 1988) diz que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”(art. 199), além de permitir que empresas privadas participem de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio” ela estava criando a possibilidade do surgimento do Sistema Privado de Saúde a conviver paralelamente com o Sistema Único de Saúde.

Essa dualidade de sistema público e privado, inspira JOÃO PEDRO GEBRAN NETO a concluir que esta convivência apresenta pontos positivos e negativos. Ele explica que ocorre uma ruptura da lógica Constitucional, pois, em um momento se eleva a saúde a um patamar diferenciado, assegurando-a como um direito fundamental social de todos os indivíduos, com acesso universal, atendimento integral e igualitário, ao passo em que, também autoriza um sistema privado de saúde, com

atendimento restrito, seletivo, para aqueles que possuem condições de custeá-lo (2015, p. 129).

Alíás, o fator mais interessante abordado pelo autor é que não é toda a população que depende exclusivamente dos serviços públicos de saúde.

Nessa linha, em entrevista enviada à BBC Brasil (2014) o médico especialista em radioterapia Fábio Cury, comparando os Sistemas de Saúde do Brasil com o do Canadá, pondera que:

A vantagem de ter um sistema único realmente único (como acontece no Canadá) e não ter um sistema paralelo, como o sistema privado ou o plano de saúde, é que todo mundo tem que ser tratado, e bem tratado, sob aquele sistema (público)”.
[...]

Toda a população tem acesso aos mesmos tratamentos, aos mesmos médicos, independentemente da sua classe social. É diferente do Brasil, onde uma pessoa com mais recursos será tratada em um hospital particular, e outra, com menos recursos, às vezes não será sequer tratada, ou será tratada em um hospital com menos tecnologia.

Inclusive o profissional de saúde sugere que o ideal seria que o Brasil adotasse o mesmo tipo de sistema único e universal, sem se facultar a ninguém pagar mais para ser atendido mais rápido.

Sem fugir ao tema proposto, convém discordar desta sugestão, pois muito embora seja boa a intenção, trata-se de uma visão imoderada e utópica, pois na prática, o Brasil não está preparado para tanto, gerindo um SUS que atende a uma população de quase 206 milhões de habitantes (IBGE: 2016), ou seja, quase seis vezes maior que a população canadense.

Voltando às ideias e contribuições de GEBRAN NETO, é possível destacar que há uma parcela diminuta da sociedade que tem condições de pagar planos privados de saúde com acesso a serviços de excelência, aos melhores tratamentos, com médicos altamente qualificados e renomados internacionalmente, como se encontra nos Hospitais de excelência do Brasil: Hospital Albert Einstein (São Paulo, SP), Hospital Sírio-Libanês (São Paulo, SP), Hospital Esperança (Recife, PE), Hospital Real Português (Recife-PE), Hospital Copa D’Or (Rio de Janeiro, RJ) etc.

Por outro lado, outra parcela da população, possui acesso a alguns destes serviços por meio de planos ou seguros de saúde, a depender da cobertura dos mesmos, cujo regime de contrato oferece serviços mais delimitados.

O autor menciona que este grupo por circunstância da vida, se subdividiria e criaria um terceiro grupo eventual que passa a se comportar “como grupos de pessoas

absolutamente desassistidas”, quando não o são. Seriam aqueles que possuem planos, que todavia não dão cobertura à todos os serviços que pretendem ou necessitam, pois não dão acesso a tratamentos ou medicamentos “mais sofisticados, modernos e onerosos”.(2012, p. 130)

Conclui que existe um quarto e ultimo grupo, representado pela maior parcela da população, que possui acesso unicamente aos serviços públicos de saúde. E que esta parcela, somada ao o terceiro grupo - nos casos em que pleiteiam benefícios não oferecidos nos seus planos de saúde:

É aquela que quer os serviços públicos de saúde, representados pelo SUS das filas, dos postos de saúde, da falta de especialistas, da carência de leitos e UTIs, dos médicos importados, etc. Os serviços prestados contrastam com os da saúde privada, acessíveis apenas ao primeiro e segundo grupo da população.(2012, p.130)

Para o autor, seria justamente essa dualidade de sistemas público e privado que levariam muitos a buscarem o acesso e/ou o padrão de atendimento que nem sempre é alcançável por todos e por isso judicializam as demandas de saúde, onde “se busca conceder aos indivíduos que tem acesso apenas ao SUS um padrão de qualidade e atendimento mais próximo possível daquele dispensado aos indivíduos” que tem condições de arcar com os custos do sistema privado. (2012, p.130)

Seria portanto o terceiro grupo citado acima o responsável pelo maior número de ações em matéria de saúde, porque conhecem diretamente dos dois sistemas e compara-os pois provam parcialmente dos serviços privados, no entanto não tem condições de arcar com aqueles que estão fora da cobertura dos seus planos de saúde, e por isso buscam judicializar os demais serviços(GEBRAN NETO, 2015, p. 131).

Os que fazem parte do quarto grupo, receberiam a assistência do Ministério Público e da Defensoria Pública para ajuizarem causas por meio das quais, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial buscam atendimentos médicos, realização de cirurgias, exames clínicos e laboratoriais, médicos especialistas, estabelecimentos hospitalares, direitos a leitos e a medicamentos, fomentando a judicialização da saúde, a qual tem atualmente ignorado a realidade fática(2015,p. 131).

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário e ALEXANDRE DE MORAES comentando este dispositivo, pontua que o princípio da legalidade é fundamental na existência do

Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia pelo Poder Judiciário sempre que houver ameaça ou violação do direito(2007, p. 269).

Assim, quando de alguma forma o indivíduo ou a coletividade entende que não houve alguma prestação de serviço público nos moldes dos preceitos legais ou como lhes convinham, recorrem ao Judiciário para que este ofereça uma solução. Tem sido crescente as demandas que visam assistência à saúde da coletividade, medicamentos, tratamentos e intervenções cirúrgicas das mais diversas formas.

Pronunciando-se a respeito do tema, ALAÍDE MARIA DE PAULA (2013, p.42) observa que:

a judicialização do direito à saúde tomou dimensão tamanha que O Supremo Tribunal Federal realizou a Audiência Pública nº 04, ocasião que vários segmentos da sociedade civil, da saúde, do Ministério Público manifestaram suas preocupações com o exagero de demandas judiciais buscando o direito à saúde. O fenômeno tem sido preocupação para vários setores da saúde e do Judiciário.

Inclusive o Conselho Nacional de Justiça recentemente, com a mesma preocupação e diante da proporção alcançada pela judicialização, emitiu a resolução de nº 238 de 06/09/2016 dispondo sobre a criação de Comitês Estaduais de Saúde pelos Tribunais de Justiça, bem como a criação de varas especializadas para atender as demandas de saúde.

As mudanças sociais e as interpretações judiciais à luz do neoconstitucionalismo abriram um debate jurídico e doutrinário, a saber, se a judicialização das políticas públicas, em especial da saúde, seria um bem ou um mal social, ou ainda um tipo de mal necessário.

1.5 Instrumentos Judiciais para exigibilidade do direito fundamental à saúde.

A análise das ações objeto deste estudo permitiu extrair os instrumentos de ações mais utilizados pelos demandantes que pleiteiam medicamentos e tratamentos de baixa, média e alta complexidade, procedimento cirúrgico, Home Care, Tratamento Fora de Domicílio, medicamentos e tratamentos especializados para o câncer e outras doenças graves, bem como fraldas geriátricas etc.

De fato, a maior parte das demandas versam sobre medicamentos incorporados ou não ao SUS, mas há também muitas “ações judiciais versando sobre procedimentos médicos, internações hospitalares, leitos em UTI’s, órteses, próteses,

consultas por especialistas, tratamentos no exterior, entre outros pedidos”.(GEBRAN NETO, 2012, p. 173).

Independente do objeto das demandas de saúde o Judiciário tem atuado com o fito de suprir a omissão do Executivo quanto às políticas públicas e este controle se dá mediante a possibilidade de que um lesado se socorra das vias judiciais através de instrumentos processuais diversos para que alcance a efetivação de seus direitos.

1.5.1 Ação Ordinária com pedido de tutela provisória de urgência.

Esta é ação mais rotineira no leito do Judiciário em que se busca a efetivação de algum direito à saúde. Possui este nome em razão do procedimento que deve seguir e na maioria das vezes costuma trazer juntamente com o pedido principal a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, a conhecida tutela antecipada, com base nos artigos 300 e 311 do Código de Processo Civil, a fim de que o juiz antecipe o provimento jurisdicional para evitar prejuízos ao demandante a exemplo da entrega de medicamentos ou realização de cirurgias que não podem esperar sob o risco de morte do autor ou agravamento de sua enfermidade.

Assim, caberá a ação ordinária em qualquer situação que não caiba outros instrumentos, como as ações civis públicas ou de ação popular ou mandado de segurança, podendo ser proposta por qualquer pessoa, o que a torna um importante mecanismo de tutela do direito à saúde do indivíduo que procura o Judiciário.(FAZZA, 2015, p. 19)

1.5.2 Mandado de Segurança Individual ou Coletivo.

O mandado de segurança é um instrumento previsto na Lei nº 12.016/2009 que visa proteger um direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, de qualquer pessoa física ou jurídica que venha a sofrer violação ou incorrer em justo receio de sofrê-la por parte de autoridade seja por sua ilegalidade ou com abuso de poder.

Também é corrente a impetração dos mandados de segurança individual no Tribunal de Justiça de Pernambuco, porque sendo menos burocrático e mais célere pode conferir uma prestação à saúde em tempo hábil. Para ANA LUIZA LIMA FAZZA, “representa um meio eficiente de tutela do direito à saúde, já que garante a concessão

de medidas eficientes e ligeiras, aptas a coibirem omissões estatais violadoras de direitos sociais.”(2015, p. 20)

1.5.3 Ação Civil Pública.

A Ação Civil Pública é regida pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, na busca de proteger os interesses da coletividade, a ação civil poderá ser principal ou cautelar e “ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” contra qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, que cause danos “ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.(Art. 3º e seguintes)

Na prática forense não é incomum visualizar ações propostas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública em face do Estado de Pernambuco, objetivando a defesa de interesse difuso ou coletivo em matéria de saúde (Art. 1º, IV) para que o Estado seja compelido a corrigir algum ato realizado causador de dano coletivo ou quando omissor, para que tome providências necessárias que traga benefícios à população.

Curiosa a Ação Civil Pública do Ministério Público proposta contra o Estado de PE de nº 0003297-60.2015.8.17.0480 para que a Administração seja compelida a implementar no Hospital Regional do Agreste “aparelhos de Tomografia e de Raio X em Centro de Imagem adequado, com as respectivas instalações, materiais e servidores (técnicos, operadores e auxiliares), segundo às normas de regência, de modo a atender eficazmente a demanda do dito estabelecimento, no prazo de 90 dias”.(Inicial digitalizada no e-SAJ da PGE/PE)

Muito embora a matéria do pedido seja passível de ponderações outras, em janeiro de 2016, a sentença como de costume, deferiu o pleito por entender que o Hospital não conseguia “oferecer o mínimo existencial ao cidadão que eventualmente necessite de atendimento traumatológico de urgência” e condenou o Estado a executar as medidas sugeridas pelo Ministério Público.(site:<http://www.tjpe.jus.br>)

Decisão que agrada aos defensores do direito absoluto à saúde. Nessa linha, ANA LUIZA LIMA FAZZA (2015,p. 20) entende que:

Diante de uma omissão estatal na execução das políticas públicas, permite-se que através da Ação Civil Pública o Judiciário imponha o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer à Administração Pública. Como a sentença prolatada produzirá efeitos erga omnes, funciona a Ação Civil Pública como um importante instrumento para o alcance da universalidade do direito à saúde, vez que as medidas impostas ao Poder Público atingirão indistintamente uma coletividade indeterminada[...].

No entanto, estão sendo mais frequentes as ações promovidas pelo Ministério Público de cunho individual, cuja defesa do interesse dos indivíduos se assemelha à assistência oferecida pela Defensoria Pública.

Dos muitos exemplos extrai-se o da Ação Civil Pública de nº 0005574-24.2013.8.17.0220, onde o Ministério Público em favor de Josias Lopes de Lima, ajuizou demanda para que fosse fornecida a medicação NUTROSSON SOYA, de forma contínua, sendo 17 latas de 800g por mês a contar da liminar deferida. A sentença terminativa julgou procedente a ação, confirmou a tutela antecipada e ainda arbitrou multa cominatória de R\$ 500,00 por dia, com possibilidade de bloqueio nas contas públicas em caso de descumprimento.(site:<http://www.tjpe.jus.br>)

1.5.4 Ação Popular.

Outro instrumento processual é a Ação Popular prevista na Lei nº 4.717/65, não tão usual como as demais, mas não menos importante, pois possibilita a qualquer cidadão recorrer ao Judiciário para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público praticados pelos agentes públicos e assemelhados ou quando a administração por sua omissão, der oportunidade à lesão.

A ação deve ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º da Lei, dentro do prazo de prescricional de 5 (cinco) anos, observado a competência do juízo prevista na lei.

O § 4º do art.5º, prevê que na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, mas se a ação for julgada procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

ANA LUIZA LIMA FAZZA entende que a Ação Popular “pode ser um eficiente instrumento na tutela do direito à saúde, desde que a concessão de uma medida para determinado cidadão não implique a violação do direito à saúde de várias pessoas”.(2015, p. 20)

Interessante citar a Ação Popular de nº 0020334-25.2011.4.05.8300 que versa sobre o direito à saúde da coletividade no Judiciário de Pernambuco, ajuizada pelos médicos Antonio Jordão de Oliveira Neto e Liliane Medeiros Viana Peritore, em face da União, do Governo do Estado de Pernambuco e do Instituto de Medicina Integrada de Pernambuco (IMIP).

Eles pleitearam a reabertura do Centro de Transplantes de Medula Óssea (CTMO) da Fundação de Hematologia e Hemoterapia de Pernambuco (Hemope), o qual fora fechado em determinação do Governo do Estado por entender que pelas limitações estruturais, já não poderia oferecer condições para a modernização e ampliação do serviço ali prestado e encaminhou os pacientes para o Real Hospital Português.

O fundamento levantado pelos autores na Ação era que o encerramento se deu de forma irregular e sem manifestação dos Conselhos Estadual e Federal de Saúde, cujo encaminhamento dos pacientes para o hospital privado se deu “sem conhecimento se o local possuía condições de recebê-los”.

Finalmente, em 26.11.2013 a ação foi julgada procedente suspendendo o fechamento e determinando a manutenção dos serviços prestados no CTMO/HEMOPE(fonte: <http://tebas.jfpe.jus.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>).

Nos capítulos seguintes, considerando a realidade de que em Pernambuco são mais de duzentas ações recebidas por mês pela Procuradoria do Estado na área da saúde (fonte: site SES/PE), surgiu a necessidade de primeiramente analisar algumas sentenças pesquisadas no Tribunal de Justiça do Estado, em especial suas fundamentações e outros aspectos. Segundamente, insta destacar algumas defesas do Estado nas referidas ações e se estão sendo levadas em consideração na *ratio decidendi* das sentenças analisadas.

CAPÍTULO II

SENTENÇAS JUDICIAIS NAS DEMANDAS DE SAÚDE

2.1 Sentença, um dever constitucional.

A expansão da atuação do Judiciário nas últimas décadas visualizada pelos seus posicionamentos a respeito de temas em parte abandonados pelo Legislativo, deu margem a crescente judicialização e também ao que muitos intitulam de ativismo judicial, quando por exemplo, obriga que o Poder Público ofereça determinados e específicos serviços de saúde, “como tratamentos contra a obesidade mórbida, infertilidade feminina” e outros tantos (TAVARES, 2012, p. 24).

Esse poder conferido aos magistrados pela Constituição Federal, também fora fortalecido pelo Código de Processo Civil ao valorizar, por exemplo, que as sentenças devam seguir entendimento sumulado dos Tribunais Superiores.

Ante o princípio da indeclinabilidade, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, o juiz não pode se eximir de decidir ainda que se alegue lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico visto ser esta sua função jurisdicional (art. 140, NCPC).

O juiz possui o poder-dever de decidir e para resolver determinado conflito de interesse deve conferir seu pronunciamento final, uma sentença. A definição de sentença adotada pelo NCPC no art. 203 §1º trata-se de um “pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

O Código de Processo Civil, no art. 486, trata da sentença terminativa que extingue o processo, mas sem julgar o mérito, e o art. 487 do mesmo diploma, cuida da sentença definitiva, como aquela que resolve o mérito, em que o juiz ou acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor.

É através do processo judicial, instrumento que visa tutelar um direito perseguido, que o cidadão busca o seu reconhecimento junto ao Poder Judiciário. Em suma, as partes envolvidas em uma demanda sempre objetivam por meio de um processo justo obter uma sentença igualmente justa.

JOÃO VITOR VILLAR RAPOSO (2015, p. 55), destacando a importância do processo, expõe que:

Por ser algo tão duramente adquirido e tão caro ao Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, aos indivíduos e à sociedade brasileira, é que o processo não pode ser vilipendiado naquilo que deveria ser sua coroa: **a decisão judicial.(grifo nosso)**

A sentença surge (ou deveria surgir) como resultado da análise dos fatos e provas apresentadas pelas partes envolvidas em um processo, por parte do julgador no exercício concomitante de sua interpretação sobre as fontes formais e materiais do direito (leis, doutrina, jurisprudência) para conferir uma resposta final ao caso concreto.

Muito embora se tenha contemplado muitos juízes decidindo conforme sua própria consciência, descartando por vezes as fontes formais e materiais do direito, esta forma de interpretação é alvo de críticas pelo jurista LENIO LUIZ STRECK (2011) na obra *“O que é isto: decidir conforme a consciência”?*

Mas para além destas questões, cabe perscrutar quando uma decisão judicial está substancialmente fundamentada e qual seria o papel e limite do Juiz Constitucional no exercício da interpretação jurídica.

O que se faz salutar por hora é a análise de um dos elementos essenciais das sentenças a saber: os fundamentos, sem o qual ela pode vir a ser anulada. À luz do que se pôde extrair das sentenças objeto de estudo, no tocante às ações de tutela à saúde pública, imperioso averiguar se os magistrados fundamentaram ou não suas sentenças em respeito às normas constitucionais e processuais.

2.2 Fundamentação no Novo Código de Processo Civil, outro dever Constitucional.

Um outro dever que recai sobre os magistrados, além daquele que lhe obriga a decidir, está previsto no art. 93, IX, da CF/88, é o da motivação de qualquer decisão que venham a proferir no processo, sob pena de nulidade, por ser esta uma garantia constitucional contra possíveis excessos do próprio Judiciário.

Na essência, JULIANA OKA pontua que esta garantia seria responsável por legitimar a atuação do Poder Judiciário, já que por não ter passado por um processo eleitoral, teria “sua legitimidade democrática fundada na justificação”. Assevera ainda que:

No Estado Democrático de Direito, **poder que não se justifica plenamente** é poder ilegítimo. Nesta senda, a sociedade, ao ter acesso à justificação, terá plena capacidade para avaliar o modo de funcionamento do sistema e a qualidade de sua atuação. **(grifos nossos)**

Ainda sobre esta garantia constitucional, o STF já entendeu que é por meio dela que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, principalmente por não serem ato autoritário do julgador. Esta garantia é tanto uma exigência inerente ao Estado Democrático de Direito como também um instrumento que possibilita o controle das decisões judiciais e o exercício do direito de defesa (RE 540.995, rel. min. Menezes Direito, j. 19-2-2008, 1ª T, DJE de 2-5-2008. p. 826).

Vale dizer, para que se possa controlar as argumentações do magistrado, estas mesmas precisam ser claras e estar explicitamente apresentadas. No entender de LUIS ROBERTO BARROSO (2009, p. 366):

[...] toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar se torna ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, **por que decidiu por uma direção ou sentido e não por outro. (grifo nosso)**

Em reforço à estes entendimentos, o Novo Código de Processo Civil, trouxe expressamente no art. 11, o dever de fundamentação por parte dos julgadores. Nos seguintes termos: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*.

Assim, o novo diploma reafirmou o que já existia antes na Constituição e ainda tornou mais detalhada a exigência para uma fundamentação qualificada, substancial, já que o código processual anterior não exigia uma motivação qualitativa das sentenças. Assim dispunha o CPC/73 sobre a fundamentação (art. 165 e 485 CPC/73):

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

A preocupação em uma fundamentação substantiva pode ter nascido da nítida ausência de qualidade e clareza na exposição das motivações sentençiais, daí a

afirmação de LUIS ROBERTO BARROSO de que “nunca se motivou tão pouco e tão mal”. Ele explica que isso pode ter surgido por vários motivos, desde o excesso de trabalho conferido aos juízes, perpassando pelas autorizadas motivações concisas até as reformas processuais que permitiram a mera referência às súmulas como fundamentação(2009, p.366).

Nesta mesma linha, entende FERNANDO PEREZ (2015):

O volume de processos judiciais, acabou por fragilizar as decisões judiciais. Tornando-as, pouco esclarecedoras do ponto de vista de uma fundamentação qualitativa. Ao revés, passou-se a importar para o sistema, a quantidade de decisões, pouco importando a qualidade dos arestos. O Novo CPC, faz exigência da indicação esmerada dos fatos e justificação clara do direito aplicado. Por conseguinte, a explicação deve ser correlata as questões postas nos autos.

No mesmo compasso, observa JOÃO VITOR VILLAR RAPOSO (2015, p. 65):

Em suma: decisões judiciais mal ou não fundamentadas violam a Constituição, prejudicam o funcionamento do Poder Judiciário e perpetuam os conflitos a ele submetidos, pondo em risco, inclusive, a duração razoável do processo – um de seus princípios norteadores.

Por certo, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil, os elementos essenciais da sentença continuam sendo: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

E acrescenta os seus parágrafos:

Art. 489 [...]

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.**(grifo nosso)**

Segundo o entendimento do ministro MARCO AURÉLIO, em julgamento de Recurso Especial de sua relatoria:

A decisão, como ato de inteligência, deve ser a mais completa e convincente possível. Deve o magistrado observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Por ser ele um perito na arte de proceder e julgar, deve enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.(RE 435.256, rel. min. Marco Aurélio, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009, p. 825)

A fundamentação das decisões judiciais nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI em obra coletiva seria o ponto de apoio do Estado Constitucional e o elemento inafastável de um processo justo. Segundo o autor, é na fundamentação que o juiz deve analisar o problema jurídico apresentado pelas partes, a este propósito o inciso II do art. 489 fala em questões de fato e questões de direito (2016, p. 576).

É verdade que a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais, segundo entendimento do STF, em julgado de relatoria do Ministro CELSO DE MELO e, que a ausência de motivação “afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial”. (HC 80.892, rel. min. Celso de Mello, j. 16-10-2001, 2ª T, DJ de 23-11-2007, p. 828)

Ainda no entender de LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (2016, p. 576), o ato de fundamentar significa dar as razões que visam demonstrar a opção interpretativa constante na sentença, viabilizar o controle da argumentação e oferecer material necessário para construção de precedente. E prosseguem explicando que:

Em outras palavras: a justificação das decisões serve como ferramenta para o adequado funcionamento do sistema jurídico. A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa: deve dizer respeito ao caso concreto,

estruturar-se a partir de conceitos e critérios claros e pertinentes e conter uma completa análise dos argumentos relevantes sustentados pela partes em suas manifestações. Fora daí não se considera fundamentada qualquer decisão.

LÊNIO LUIZ STRECK (2008, pp. 60-61) foi além ao entender que seria necessário mais do que fundamentar uma decisão, justificar o que fora fundamentado, ou seja, *fundamentar a fundamentação*. E apregoa que:

A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ainda no que diz respeito à fundamentação, JORGE AMAURY MAIA NUNES e GUILHERME PUPE DA NÓBREGA (2015) citam pensamento do jurista italiano PIERI CALAMANDREI, para quem:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.

O novo Diploma Processual, portanto, deixa claro as hipóteses em que uma sentença não se considerará fundamentada, o que pode acarretar sua anulação. Trata-se de exigência de uma fundamentação substantiva.

Registre-se, no entanto, que mesmo antes da vigência do Novo CPC era (e ainda permanece) admissível a fundamentação concisa. Inclusive, existia precedentes do STF no sentido de que a falta de fundamentação não há de se confundir com uma fundamentação sucinta (HC 105.349 AgR, rel. min. Ayres Britto, DJE de 17-2-2011).

Em linha similar o enunciado de nº 10, aprovado por magistrados durante o Seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, realizado em agosto de 2015 confirmou os entendimentos existentes:

10. A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão **se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.(grifo nosso)**

Assim, nos termos do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC, quando a decisão por exemplo se limitar à indicar, reproduzir ou parafrasear um ato normativo, “sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, ou empregar conceitos

jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, ou invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” ou deixar de enfrentar “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” etc., esta decisão não estará fundamentada.

Vale dizer, ao dispor o que não é uma decisão fundamentada, o artigo 489 do novo CPC estabeleceu de maneira satisfatória “um núcleo mínimo de conteúdo ao qual se deve sempre observância quando da elaboração do ato judicial” (OKA, JULIANA).

Sobre a fundamentação das decisões no novo CPC, o TRF da 2ª Região, publicou em 22 de Março deste ano, matéria sobre entrevista realizada com o Desembargador Federal ANDRÉ FONTES sobre o importante seminário intitulado "O Poder Judiciário e o novo CPC" ocorrido em agosto de 2015 e realizado no auditório do STJ que teve a participação de mais de quatrocentos magistrados de todo o país, os quais aprovaram inclusive sessenta e dois enunciados, divulgados pela Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados.

Para o citado Desembargador, comentando sobre o art. 489, a respeito das hipóteses em que não se considera fundamentada a sentença, o novo tratamento dado ao dever de fundamentar atende a uma legítima vindicação dos advogados e vem fornecer elementos definidos sobre o dever de motivação do magistrado, garantindo às partes “o amplo acesso ao raciocínio jurídico do juiz sobre o pedido submetido ao Poder Judiciário, bem como lhe dar elementos para melhor embasar seus recursos.”

Ademais, ampliar-se-ia o direito ao contraditório e tornaria o processo democrático se o juiz no momento de proferir uma decisão, considerasse todas as questões levantadas pelas partes. Nas palavras do palestrante não se admite no novo CPC que “a decisão seja puramente cerebrina e abstrata, unilateral e apriorística”. Explica didaticamente o Desembargador que:

Diante das novas regras que disciplinam a matéria, o juiz não poderá, por exemplo, limitar-se a declarar que o ato contestado simplesmente **viola a dignidade da pessoa humana**, ou a função social da propriedade, já que não basta invocar conceitos, sem especificar as razões pelas quais tais conceitos se inserem no caso concreto. E essa condição não se limita à aplicação de conceitos e princípios do Direito; estendem-se às invocações de enunciados de súmula e aos assim chamados precedentes dos Tribunais.

Além disso, não basta apenas, conforme a dicção do art. 489, mencionar o dispositivo de lei infringido em tese, **sem elucidar de que maneira a hipótese normativa se aplica ao caso em julgamento**[...]. Em outras

palavras, o uso da paráfrase é um dos expedientes rejeitados pelas novas normas processuais.

A Lei nº 13.105/2015, por outro lado, estabelece que não se considera fundamentada a decisão que invoca razões capazes de ser aplicadas a qualquer caso. Ora, se a decisão fundamenta “tudo”, então ela, na verdade, não fundamenta “nada”. É dever do magistrado, segundo o novo código, examinar e manifestar-se sobre tese que tenha aplicado na decisão ao caso e que tenha sido impugnada pela parte, o que não podia acontecer sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, pois a decisão de um caso poderia, por exemplo, ser repetida para muitos outros casos, sempre em fundamentação geral e hipotética. **(grifo nosso)**

Em conclusão, menciona o Magistrado que a condição do juiz se legitima mais pela excelência da fundamentação do que por sua autoridade de agente de Estado e “que o processo é dialético, ele pressupõe a existência de convergências e divergências. O devido processo legal só existe se houver esse contraponto, senão se torna arbitrário o pronunciamento do juiz”.

Nas decisões objetos de estudo, percebeu-se que em sua maioria não há fundamentação substantiva nos termos do Diploma Processual Civil, parágrafo primeiro do art. 489 que elenca as hipóteses de ausência de fundamentação expostas a seguir.

2.3 Hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão judicial (decisão interlocutória, sentenças, acórdãos).

A primeira hipótese do que seria um pronunciamento judicial não fundamentado é quando este:

- I. Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.

Nos dizeres de LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, a fundamentação deve ser concreta e deve “mostrar com qual significado o dispositivo é entendido e apontar qual é a sua relação com o caso concreto”, do contrário ela não será fundamentada (2016, p. 577).

Na mesma linha de pensamento, NAYARA MARTINAZZO(2015) pontua que este seria o caso em que a decisão indica ou reproduz um ato normativo “onde não resta devidamente demonstrado a correlação entre a norma suscitada e o caso concreto que se está julgando”.

A segunda hipótese enumerada acontece quando uma sentença:

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Na opinião de LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART E DANIEL MITIDIERO (2016, p. 577), quando o legislador emprega diversas vezes termos vagos como função social, boa fé, dignidade etc., neste caso, pede-se ao Judiciário que ofereça conceitos mais nítidos ao significado do termo. E prosseguem dizendo:

É por essa razão que a simples invocação dos termos vagos pelo juiz – e pelas partes em suas manifestações – sem que se outorgue apropriados contornos ao termo e argumente-se por quais motivos o seu emprego é pertinente no caso concreto não constitui uma razão válida para sustentar qualquer posição jurídica e qualquer decisão. **Assim, toda vez que se invocar em juízo um termo vago é preciso mostrar com qual significado ele é empregado, por que razão serve para disciplina do caso concreto e quais os efeitos jurídicos que dele são extraídos.** Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão. **(grifo nosso)**

Comentando sobre o inciso, acrescenta JOÃO VITOR VILLAR RAPOSO que ele se justapõe também quando da aplicação dos princípios que trazem em si “alta carga de indeterminabilidade ou vagueza, tais como o princípio da dignidade humana, princípio da boa-fé, princípio da eficiência etc.”(2015, p. 111).

Além disso, para o autor esta hipótese busca também “combater a inexatidão e a fundamentação meramente formal” e ainda “desconsiderar fundamentada a decisão que não expõe racionalmente seus argumentos”(RAPOSO, 2015, p. 109).

Nesse contexto, o grande desafio da função jurisdicional alertado por CLENIO JAIR SCHULZE seria “estabelecer os limites, a extensão e o alcance da dignidade da pessoa humana, vale dizer, de saber quais os fatos jurídicos que autorizam a invocação do princípio para a proteção do direito fundamental à saúde”(2015,p. 33).

A terceira hipótese está elencada no inciso III, em que a ausência de fundamentação ocorrerá quando a sentença:

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Esta hipótese é uma das mais corriqueiras nas sentenças que versam sobre o direito à saúde, visto que a motivação acompanha uma espécie de padronização de decisões deixando-se de analisar todas as questões de fato e de direito arguidas pelas partes.

Corroborar outra vez JOÃO VITOR VILLAR RAPOSO que sentenças que possam vir a ser aplicadas “indiscriminadamente a inúmeros casos” contêm certa imprecisão e generalidade(2015, p. 119). Nada mais verdadeiro.

No entender do autor, foi por conta da crescente judicialização e do sucateamento da prestação jurisdicional que os juízes passaram a fazer uso das “decisões-modelo, pré-fabricadas, cuja fundamentação é a mesma (idêntica) aplicada a centenas de casos diferentes”, o que cria o risco de que, o juiz na sentença “não guarde relação de complexidade com a causa”(2015, p.119).

Em outros termos, uma fundamentação genérica e abstrata não enfrentará a demanda de forma individualizada. Quando na verdade, cada processo exige um esforço de argumentação individualizado, pois por mais semelhantes que sejam os fatos e o direito, cada caso guarda sua particularidade e sempre será diferente um do outro.

Afirmar esta que não é novidade no mundo jurídico. Daí porque LÊNIO LUIZ STRECK (2008, p. 44-45) critica o que ocorre na prática ao pontuar que:

Na verdade, ao construir “pautas gerais”, “conceitos lexicográficos”, “verbetes doutrinários e jurisprudenciais”, ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, **os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”, fenômeno**, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico.(grifo nosso)

Vale destacar novamente a doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (2016, p. 577) quando tecem comentários sobre este inciso e consideram que inexistente fundamentação se esta é redigida de tal maneira que serve para justificar qualquer decisão, explicam:

É que a fundamentação constitui, antes de qualquer coisa, a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar nesse ou naquele sentido determinado caso concreto. Se a decisão se presta para justificar qualquer decisão, é porque normalmente não se atém aos fatos concretos que singularizam a causa que a fundamentação tem justamente por endereço resolver. **Vale dizer: não serve para solucionar o caso concreto para o qual a sentença se encontra pré-ordenada.** Por essa razão, não se considera fundamentada a decisão, por absoluto deslocamento do caso, a sentença que invoca motivos que servem para justificar qualquer outra decisão.(grifo nosso)

CAROLINA VIEIRA FONTES apud NAYARA MARTINAZZO (2015) sobre a necessidade de uma motivação substancial e não genérica leciona:

Paralelamente, cabe frisar que o motivo também não pode estar completamente dissociado do fundamento fático que lhe dá base, pois é através da demonstração dessa correlação que será possível afirmar que aquele motivo não é genérico. A intenção é que fique claro para a parte

interessada, através da fundamentação, de que modo e por quais razões aquele fato tem essa conclusão.

A quarta hipótese de inexistência de fundamentação se dará quando o juiz:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

A garantia constitucional do contraditório direciona o dever do Juiz de enfrentar todos aquelas questões que possam invalidar/abortar a conclusão por ele adotada.

ROGÉRIO DE VIDAL CUNHA, citado por NAYARA MARTINAZZO(2015), entende que este inciso é talvez o mais complexo, “posto que, os demais incisos representam tão somente a previsão legal de efeitos naturais do dever de fundamentação previsto no art. 93, IX da Constituição”.

O STF antes da redação do inciso IV, art. 485 no novo CPC assentava entendimento de que “não há afronta ao art. 93, IX e X, da Constituição da República quando a decisão for motivada, não sendo necessário analisar todos *os argumentos* apresentados pelas partes” (MS 26.163, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-4-2008, P, DJE de 5-9-2008. p. 826).

Muito embora o próprio texto do inciso IV traga a expressão *todos os argumentos*, é importante uma correta interpretação do dispositivo, por se exigir do julgador a análise do *fundamento* levantado pelas partes e não de qualquer *argumento*, o qual busca tão somente reforçar o primeiro. Diferenciam-se.

Argumento seria “qualquer razão, prova, demonstração, indício, motivo capaz de captar o assentimento e de induzir à persuasão ou à convicção”.(CUNHA apud NAYARA MARTINAZZO, 2015)

Acompanhando o pensamento sobre a necessidade de cisão entre *argumento* e *fundamento* para se compreender corretamente o novo inciso, JOÃO VITOR VILLAR RAPOSO (2015, p. 137-138) traz a ideia de que existe de um lado o *argumento* irrelevante, que versa sobre assuntos não jurídicos (questões morais e filosóficas) e de outro lado o próprio *fundamento jurídico*, o qual deve ser debatido pelo julgador com maior importância. Para o autor:

Isso significa que toda a atividade judicial orbita em torno de questões jurídicas e não outras, alheias à Ciência do Direito. O juiz deve, mais especificamente, concentrar seus esforços argumentativos em torno das questões, entendidas estas em sua acepção jurídica.
[...]

O julgador deve ater-se, com maior cuidado, aos fundamentos jurídicos que se inserem nas questões do processo, de modo que os argumentos não jurídicos terão uma importância secundária no desfecho da lide. Repise-se, contudo, que, ao menos de maneira breve, deverá o juiz, ainda assim, afastar, na decisão, aquilo que considera como mero argumento levantado pelas partes.

Segundo NAYARA MARTINAZZO(2015):

[..] os **fundamentos** constituem os pontos apresentados pelas partes que dão embasamento à procedência ou improcedência da sua pretensão, estes sim, devem ser analisados um a um. Já, os **argumentos** são espécies de reforços aos fundamentos apresentados com o intuito de convencimento e persuasão. **(grifo nosso)**

Com a mesma preocupação, mas em outra perspectiva, LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO apontam a ideia dos *argumentos relevantes e argumentos irrelevantes*. Os relevantes são aqueles idôneos a alterar o julgamento e que se o juiz se omite em analisá-los, a sentença não estará fundamentada(2016, p. 578).

Por fim, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, apud NAYARA MARTINAZZO (2015), complementa que:

O Juiz, por certo, não está adstrito a responder, um a um, os argumentos das partes; tem o dever, contudo, de examinar as questões (= pontos controvertidos), todas elas, que possam servir de fundamento essencial à acolhida, total ou parcial, ou à rejeição, no todo ou em parte, do pedido formulado pelo demandante. Se não o fizer, a sentença estará incompleta.

No entanto, na prática jurídica das sentenças analisadas, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito absoluto, daí retirou-se a possibilidade de que o poder público demandado influenciasse nas decisões, isso em desarmonia com a Constituição.

Destaca MARCIO OLIVEIRA ROCHA, refletindo o pensamento de FREDIE DIDIER JUNIOR, que para a compreensão do princípio do contraditório numa perspectiva substancial e não apenas formal, se pressupõe a participação das partes e a possibilidade de elas influenciarem de alguma forma na decisão judicial(2013, pp. 31, 32).

Por fim, as duas últimas hipóteses previstas nos incisos V e VI ocorrerão quando a sentença:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Os precedentes e as súmulas devem ser empregados com a demonstração de sua efetiva relação com o caso *sub examine* levado ao juiz. Ou seja, os precedentes precisam passar pelo campo da interpretação antes de serem aplicados ou afastados do caso sob julgamento.

Assim, nas lições de LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (2016, p.578) o “trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fáticas- jurídicas que nela recaem”, ou seja, devem guardar pertinência com o caso concreto. Para os citados processualistas:

Não se considera fundamentada a decisão, portanto, que **finge aplicar precedentes**, mas que na verdade não patrocina efetivo processo de identificação de razões e de demonstração da pertinência da *ratio decidendi* com o caso concreto. Como refere o art. 489, §1º, V, CPC, é preciso identificar as razões determinantes das decisões e a efetiva ligação com o caso concreto, demonstrando-se que esse se ajusta àqueles fundamentos. Do contrário, não há que se falar em decisão fundamentada. **(grifo nosso)**

Nas palavras de NAYARA MARTINAZZO(2015), exige-se que o juiz não aplique determinado entendimento automaticamente “apenas pela coincidência de assunto”, mas que antes verifique a “compatibilidade das circunstâncias fáticas entre o presente caso e o já julgado”.

Se as partes também invocarem precedentes que eventualmente deixem de ser aplicados pelo julgador, este deve agora se manifestar apontando a *distinção* entre o caso do precedente e o caso sob julgamento ou a *superação* do entendimento pelas cortes supremas, caso contrário a sentença não estará fundamentada.

Não bastaria, pelo exemplo dado por JOÃO VITOR VILLAR RAPOSO, que o magistrado justificasse: *‘tendo em vista o disposto na súmula X, indefiro o pedido de tutela antecipada da parte’*. Mas resta indispensável que se perscrute quais “as razões que ensejaram a edição do enunciado de súmula ou a prolação da decisão tomada como precedente” (RAPOSO, 2015, p. 170-171).

Tais posicionamentos nos remete as teorias de LENIO LUIZ STRECK (p. 286) ao discorrer em 2003 sobre a crise da hermenêutica jurídica e suas consequências:

As decisões, transformadas em resumos prêt-à porters, servem para o balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Não é demais referir, neste contexto, que as críticas dirigidas ao ensino jurídico e a operacionalidade do Direito, feitas há mais de vinte anos, continuam atuais. **Considerável parcela**

das decisões judiciais continuam a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica, de objetificação do processo interpretativo, onde o verbete (doutrinário ou jurisprudencial) serve como “categoria” para o operador elaborar “deduções” ou “subsunções”, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica.**(grifo nosso)**

Corroborando o autor PAULO PESSOA PEREIRA apud NAYARA MARTINAZZO (2015) sobre o uso das súmulas vinculantes que:

O fato das decisões das Cortes Supremas serem vinculantes não significa que não haja margem de jogo no nível dos tribunais inferiores ou dos juízes de primeiro grau, ainda quando pareça que exista um precedente vinculante ao alcance da mão. **Isso porque, o juiz ou tribunal de hierarquia inferior pode fazer distinção entre o caso atual e o precedente.** O que importa dizer que, na verdade, um precedente vinculante obriga ao tribunal e juiz inferior na hierarquia judiciária **que o siga ou que faça uma distinção.(grifo nosso)**

Por essa linha de enfrentamento, percebeu-se que as decisões judiciais analisadas apresentaram na grande maioria, ausência de motivação substantiva com abusos de pleonasmos, ausência de relação ao se empregar conceitos jurídicos, ato normativo e precedentes com o caso concreto sob exame do julgador e cujos fundamentos percebe-se que são facilmente aplicados a qualquer outra decisão seguindo um tipo de padronização das sentenças.

A propósito, CLENIO JAIR SCHULZE (2015, pp. 67, 68) analisando o direito à saúde à luz da judicialização e a fundamentação das decisões, menciona com acerto o seguinte:

Vale dizer, não basta [o juiz] mencionar apenas que o direito à saúde está garantido na Constituição a partir do artigo 5º e do artigo 196. É necessário, também, na análise do caso judicializado, a investigação do diagnóstico, do quadro clínico e principalmente, a comprovação da melhor prática de evidência científica, além da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do medicamento, produto ou procedimento postulado, sem dispensar, também, a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (observância da relação custo-benefício). (com acréscimos)

Cumpra lembrar ainda a crítica que LENIO LUIZ STRECK fez (e continua a fazer) sobre a atual hermenêutica e à discricionariedade conferida aos juízes que possuem inclusive, responsabilidade política sobre suas decisões, bem como apresenta a necessidade de uma correta e adequada resposta interpretativa para o caso concreto. Para tanto, o teórico indica que existe diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação, porque a primeira “trabalha com uma justificação do

mundo prático”, ao contrário da última, “que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental”.(2008, pp. 53-60)

Em uma análise mais pragmática e talvez mais complexa, a maioria das fundamentações analisadas nos casos observados não procederam com um exame prévio das consequências práticas destas decisões.

Os magistrados se valeram da nova hermenêutica constitucional, mas dissociada do seu fim maior que é: permitir a aplicação do direito conferindo uma “solução jurídica adequada às compreensões jurídicas, morais, sociológicas e éticas”, compreensões estas que também são utilizadas pelo pragmatismo jurídico para construção de um direito que oferte soluções práticas para os problemas sociais (ROCHA, 2013, p. 51).

CAPÍTULO III

PERSPECTIVA PRAGMÁTICA QUANTO A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE APLICADA NAS DECISÕES JUDICIAIS SOB ANÁLISE

3.1 Contornos do Ativismo Judicial no Estado como resultado do neoconstitucionalismo.

O surgimento do neoconstitucionalismo permitiu uma atuação mais ampla do Judiciário na interpretação da Constituição para efetivar direitos fundamentais como o direito à saúde, por exemplo.

É a noção de Estado social que “forma uma ligação indissociável com a realização destes direitos fundamentais”, entre eles, os direitos sociais. Ocorreria verdadeiramente “uma reformulação da hermenêutica tradicional, que acompanha proximamente os direitos fundamentais e a sua aplicação assegurada pela Constituição”. (KELLER, 2007, p. 243-244)

Nas palavras de MARIO OLIVEIRA ROCHA, o neoconstitucionalismo “é um pensamento que idealiza uma mudança de paradigma na maneira de se observar e encarar o ordenamento jurídico, no sentido de fortalecer o texto constitucional” e tem seu fundamento com o “reconhecimento da rigidez constitucional, da força normativa da Constituição, da interpretação conforme a Constituição” e especialmente com a expansão da atuação da jurisdição constitucional e a “irradiação nos demais ramos do direito”.(2013, pp. 47,52)

Essa nova interpretação constitucional surgiu para acompanhar uma sociedade que evoluiu e se tornou mais complexa e pluralista e para lidar com situações desta natureza incorporou novas categorias como a “normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica”(BARROSO, 2013, p. 36).

Ainda segundo ARNO ARNOLDO KELLER foi o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito que “evidenciou o entendimento da força normativa da

Constituição, o valor dos princípios e da materialidade da Constituição” e colocou à disposição dos indivíduos os meios necessários para se exigir do poder público que transforme a Constituição em “força normativa do cumprimento dos direitos positivos”. (2007, p.232)

Como podera MARCIO OLIVEIRA ROCHA, foi precisamente a teoria da força normativa da Constituição que também exigiu dos juízes uma mudança no pensamento e espírito jurídico, para que ela se converta em uma força ativa, por isso também afirma que o “ativismo judicial é um aspecto do ideal neoconstitucional” (2013, p. 48, 53).

Tendo em vista que esta atuação sempre encontrará limites, ANDRÉ RAMOS TAVARES em brilhante trabalho busca respostas para a indagação sobre como deve se comportar um juiz constitucional, já que os magistrados passaram a ter o dever funcional até de controlar a constitucionalidade das leis, serem os porta-vozes da Constituição e de reinterpretarem as leis existentes à luz da Carta Magna (2012, p. 20-30).

Nada obstante, como o pensamento neoconstitucional possibilita a aplicação do uso da ponderação, confere discricionariedade e, nas palavras de LENIO LUIZ STRECK “contribuiu para o estado de fragmentação das decisões em terrae brasilis” ele abandonou a tese e preferiu chamar o neoconstitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo(2014).

No entanto, é pertinente o esclarecimento feito por MARCIO OLIVERIA ROCHA ao destacar que o enfraquecimento do positivismo jurídico e o surgimento de novas reflexões pós positivistas permitiu a “reaproximação do direito às compreensões filosóficas, históricas, morais, sociológicas e éticas” (2013, p. 50).

E que muito embora esta reaproximação confira aos magistrados uma maior liberdade de atuação, “não pode ser considerada como uma forma de excitar a insegurança jurídica de maneira extrema” como no exercício de um *governo* de juízes. Pelo contrário, ela deve servir como um recurso para se obter “informações de forma livre e sem apego a dogmas absolutos e inquestionáveis” de sorte que se possa “encontrar soluções possivelmente mais adequadas aos casos concretos” (2013, pp. 50-52).

Discorrendo sobre a nova interpretação constitucional, LUIS ROBERTO BARROSO retoma a ideia da separação lógico-estrutural dos casos fáceis e casos difíceis, em que para os primeiros bastaria a aplicação de uma solução pré-pronta no

direito positivo, uma espécie de subsunção simples do fato à norma. Já quanto aos casos difíceis - *hard case* -, haveria situações em que não existiria uma solução pré-moldada no Direito, onde a solução teria de “ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito” (2013, p.27).

Entende-se que o direito à saúde no Judiciário não pode ser interpretado como algo simples, por envolver direitos fundamentais de um *versus* direitos fundamentais de toda a coletividade e ainda por exigir a ponderação de princípios e regras.

Acrescenta MARCIO OLIVEIRA ROCHA que as ações que versam sobre concretização dos direitos fundamentais sociais relativos à saúde tratam-se de “casos difíceis - pois, lidam com a saúde das partes *versus* a possibilidade ou não de interferência administrativa -, o que exige do julgador uma maior energia de criação do direito”.(2013, p. 26)

Ademais, o estudo deveria se dar caso a caso, até porque na grande maioria destas ações a resposta mais adequada não será aquela advinda de soluções pré prontas, padronizadas. Daí a afirmação de LUIS ROBERTO BARROSO (2013, p. 38) no que toca à colisão de normas constitucionais ou direitos fundamentais:

Naturalmente, como os dois lados têm normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver esse problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, porque mais de uma postula incidência sobre a hipótese. Diante disso a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso concreto.

Muito embora se afirme que o estudo caso a caso seja necessário, “tais afirmações não encontram comprovação na cotidianidade das práticas jurídicas” (STRECK, 2008, p. 44).

Em “contramão” às fundamentações das sentenças analisadas, há que se concluir que não existe uma forma única de exegese correta – engessada -, para se conferir tutela à saúde até porque, como disse LUIS ROBERTO BARROSO, o “domínio de conflitos de direitos fundamentais não é de verdades ou certezas absolutas” (2009, p.370).

Compete aos juízes buscar uma exegese que diante das circunstâncias seja considerada a mais adequada para aquela situação específica, por assim dizer “os textos normativos não contém ‘em si’ o sentido correto para sua aplicação” (CATÃO apud ROCHA, 2013, p. 20).

Postura totalmente diferente adota LENIO LUIZ STRECK, ferrenho crítico dessas teses que admitem interpretações relativistas - inclusive das ponderações para os casos difíceis -, por conferirem discricionariedade aos julgadores, ao defender que a “hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou de “realismo””(2008, p. 43) e, por isso, ele insiste em sustentar que a ponderação, o uso do termo *proporcionalidade* para solucionar todas as ambiguidades e a distinção estrutural entre casos simples e casos complexos abrem perigosa margem para o exercício da discricionariedade dos juízes (2011, p.222).

No entanto, o mencionado jurista acentua que a crítica que faz à discricionariedade não se trata de uma proibição de se interpretar. Entende que “interpretar é dar sentido”, mas que a realização daqueles textos jurídicos eivados de vaguesa, não pode depender de uma *subjetividade assujeitadora* dos juízes. O teórico critica a discricionariedade - antes permitida pelo positivismo que mais parece não ter sido abandonada pelos adeptos do chamado pós-positivismo -, porque ela acaba transformando “juízes em legisladores” (2011, p. 239).

Para além desta ideia, RICHARD A. POSNER argumenta que “na verdade, falar em ‘empregar discricionariedade’ talvez seja muita pretensão. Os juízes alteram regras e ponto final. Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhes caem em mãos” (POSNER apud ROCHA, 2013, p. 15).

Em recente entrevista ao Jornal da Lei - Porto Alegre, LENIO LUIZ STRECK critica outra vez o excesso de subjetividade dos juízes brasileiros ao atuarem nos processos. Com elogio se transcreve a sua posição ao conclamar uma reflexão social:

Se ele [juiz] não é escravo da lei, também não é dono da lei. Não vamos ao Judiciário para saber a opinião pessoal do Juiz sobre um assunto. Queremos saber o que a lei diz. E ele deve ler a lei. **Mas não fazer uma nova, segundo o seu pensamento individual.(com acréscimos e grifos)**

Daí continua a discussão se, no ato de interpretar, o juiz estaria ou não criando direito novo, especialmente quando atua num cenário em que os outros poderes(executivo e legislativo) muitas vezes se fazem omissos.

Não se pode negar que pela incompletude do sistema jurídico, existirão casos que não serão regulados pelo direito e para esta situação, RONALD DWORKIN propunha que a solução não poderia “vir da discricionariedade”, os juízes não deveriam criar um novo direito para o caso concreto, pois não teriam legitimidade para criar normas, mas deveriam - para aqueles casos considerados difíceis - identificar e

aplicar os princípios implícitos que guardam coerência com o direito, fechando as lacunas existentes (DWORKIN apud KELLER, 2007, pp. 216, 240 e 241).

Em posição contrária à solução dada por RONALD DWORKIN, o filósofo HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, citado por ARNO ARNOLDO KELLER, entende que nos casos difíceis - não regulados pelo direito em virtude das indeterminações do sistema jurídico -, a solução adequada seria mesmo a atividade discricionária do juiz, pois ele teria condições de criar o direito para o caso concreto preenchendo as lacunas do Direito (2007, p. 240).

Lado outro, MARCIO OLIVERA ROCHA retira da hermenêutica jurídico-filosófica a conclusão de que só o ato de interpretar já perfaz uma criação de uma situação/ compreensão fática ou jurídica em face do direito perseguido. Assim, sob uma visão filosófico-pragmática, entende que de fato, os juízes “criam os direitos dos casos concretos, seja aplicando, interpretando ou construindo relações jurídicas concretas” (2013, pp. 19, 20).

Desta maneira, no entender do autor, haveria sempre “uma margem de indeterminação do direito que seria suprida no ato de criação da norma, por parte dos magistrados, para o caso concreto”, não importa qual seja o método de interpretação adotado. Salaria porém, que esta atuação deve observar suas consequências práticas sob o risco de se distanciar de sua finalidade precípua: que é um Judiciário solucionador de conflitos e produtor da contenção social (2013, p. 21).

Muito embora parte da comunidade jurídica seja contrária à tese de que os juízes possam, tal como *legisladores* criar o direito para as partes, quando na verdade, deveriam cumprir seu dever funcional aplicando e não criando o direito, BENJAMIN NATHAN CARDOZO retratado por MARCIO OLIVEIRA ROCHA segue por caminho diverso ao defender que seria possível sim haver ‘juízes legisladores’ que criam o direito no caso concreto, pois tanto o juiz quanto o legislador estariam legislando ainda que “dentro dos limites de sua competência. Não há dúvidas de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre as lacunas. Ele preenche as brechas da lei” (ROCHA, 2013, p. 15).

Todavia, ressalte-se que as nomeclaturas servidas para indicar a atuação dos magistrados como as de “juízes legisladores” ou “legisladores secundários”- se empregadas ou repelidas, não são determinantes para conduzir neste momento a conclusão de que na prática, essa atuação (ativismo) seria ‘por si só’ algo positivo ou negativo no Estado Social.

E não se pretende com este trabalho adotar uma posição contrária ou a favor do ativismo judicial a ser comentado mais adiante, mas destacar que diante do problema prático que se apresenta, não importa saber se os juízes como intérpretes da norma estariam em tese “legislando”(ou não) para preencherem as lacunas existentes ou se estariam “criando” um direito para aquele caso concreto ou tão somente aplicando - o, mas identificar e não mais que isso, se os magistrados têm interpretado adequadamente a Constituição e as teorias que nela se apoiam e se estão preocupados com as consequências práticas de suas decisões sobre direito à saúde no Estado.

Ainda sobre a atuação dos juízes, convocados a exercerem o chamado *controle de virtude* sobre os atos do legislativo, ANDRÉ RAMOS TAVARES (2012, p. 31) aduz haver limites à magistratura, pois esta atuação “não deve chegar ao ponto de sucumbir às tentações do jusrealismo, que repele a Constituição-texto como limite de sentido constitucional.” Acrescentando que:

O realismo jurídico extremado faz o Direito Constitucional depender de prévia decisão judicial, sem a qual o texto torna-se apenas um enigma, sem qualquer orientação prospectiva ou valência de instância limitadora.

[...]

A desconfiança judicial é bem vinda, mas precisa encontrar limites, para não se transformar na temível tirania judicial.

Uma das maiores preocupações deste estudo está na forma como se tem buscado resolver celeumas sociais e se *dizer o direito* à obtenção de determinada política pública de saúde, justo porque os juízes monocráticos em nome de uma interpretação conforme a Constituição, determinaram fosse adotado comportamento descrito na regra que em verdade tem violado “gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”(BARROS, 2009, p. 357).

Ou seja, aplicaram regras e/ou princípios em nome da força normativa da Constituição que, no entanto, impedem paradoxalmente o alcance de sua finalidade - garantir o direito de *todos à saúde, mediante políticas públicas e econômicas*”, inviabilizando-se ainda mais a efetividade da prestação ao direito fundamental-social à saúde, como se verá adiante.

Explica MARCIO OLIVEIRA ROCHA que para que seja alcançada a finalidade da força normativa da Constituição, “o intérprete deve buscar uma interpretação que promova a correlação do texto normativo constitucional com a realidade social” e de

fato, não há outra maneira, lembrando que o texto não deve ser “redimensionado ou reformulado pelo Poder Judiciário”.(2013, pag. 73)

Qual foi a finalidade do constituinte originário quando redigiu o texto do art. 196, que diz “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”? Debruçando-se sobre a possível resposta MARCIO OLIVEIRA ROCHA (2013, p. 59) questiona se

[...]era responsabilizar solidariamente todos os entes da Federação da República sem distinção alguma, obrigando todos a fornecer medicamentos, fraldas descartáveis, passagens aéreas para realização de transplante de córneas em outro Estado da Federação, todos os tipos de exames médicos, intervenções cirúrgicas, medicamentos ou qualquer procedimento médico independente da análise orçamentária, da repartição de atribuições públicas e da própria criação de políticas públicas regionalizadas?

Para o autor, a resposta é negativa, pois a melhor compreensão ou exegese do art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) seria aquela feita com base na verificação pragmática da realidade social, política e econômica de cada ente federativo, devendo o ativismo judicial observar “a reserva do possível, o mínimo existencial, o ideal de democracia e a releitura da separação dos poderes”(2013, p. 60).

Por fim, uma importante questão é apontada por LENIO LUIZ STRECK (2011, p. 246) ao se apoiar na verdade de que as “teorias do direito e da Constituição” que se preocupam com a efetivação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Carta Magna, não podem abrir mão daqueles princípios que possuem a função clara de estabelecer padrões hermenêuticos e cujas finalidades são:

- a) Preservar a autonomia do direito;
- b) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (ratio final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade)
- c) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;
- d) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e
- e) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

As fundamentações nos julgados analisados pareciam refletir muito mais uma argumentação - oriunda da *vontade* dos julgadores em nome de livre convencimento motivado sem uma justificação substancial, do que uma interpretação jurídica adequada e livre da imposição da *vontade subjetiva* do aplicador do direito.

Não há nada de novo quando se fala do dever que os Juízes possuem de na atividade da hermenêutica jurídica e motivação sentencial, se aterem as provas e aos argumentos relevantes trazidos pelas partes.

Nas ações objeto de estudo, observou-se as matérias mais comumente levantadas como defesa pela Administração Pública nas demandas de saúde no Estado e que em sua maioria não foram consideradas pelo Judiciário de Pernambuco.

Dentre as principais alegações impeditivas das pretensões judicializadas (SCHULZE, 2015, p.68), tem-se a falta de comprovação da efetiva necessidade (econômica e eficácia curativa) de obtenção do tratamento/medicamento solicitado pelo autor, também fala-se na impossibilidade de vinculação à marca para fornecimento de fármacos, além daquelas mais veementemente defendidas, isto é: a afronta ao princípio da separação dos poderes e a observância da reserva do possível, argumentos que na perspectiva do próprio neoconstitucionalismo não perderam sua importância, e que a partir do pragmatismo jurídico passarão a ser analisados.

3.2 O Princípio Constitucional da Separação dos Poderes na abordagem da judicialização da saúde.

Retomando o que foi comentado no primeiro capítulo, quando se leva ao Judiciário uma questão de cunho político para reconhecimento do direito à saúde (execução de políticas públicas de saúde) esse fenômeno recebe o famoso título de Judicialização da Política.

A judicialização da política é um tema polêmico que gera no mundo jurídico e acadêmico opiniões conflitantes, mas que guardam pertinência diante da necessidade de se alcançar uma atuação jurídica responsável e legítima e de encontrar uma solução à redução dos problemas jurídicos, político-econômico e sociais que se apresentam, já que os efeitos das decisões jurídicas - *erga omnes* ou mesmo *inter partes* - sobre assuntos políticos, hão de respingar direta ou indiretamente sobre toda a coletividade.

Apurou-se que o Estado de Pernambuco demandado produziu defesas no intuito de - se não conseguir mudar o rumo do processo -, ao menos influenciar na decisão do julgador aduzindo em síntese: que se for proferida uma decisão de deferimento do pedido autoral - liminarmente ou ao final -, para criação de políticas públicas de saúde, o julgador incorreria na ofensa ao princípio constitucional da

Separação dos Poderes, daí surge a pergunta: por que razão essa interferência, ou melhor, essa sugerida ofensa principiológica poderia ocorrer?

Explica ARNO ARNOLDO KELLER (2007, p. 260) que o deslocamento das decisões do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário poderia causar uma tensão entre os poderes e segundo suas observações essa tensão

[...]seria entendida como uma ingerência do Judiciário nos demais poderes na elaboração do orçamento anual e do plano plurianual, que é competência comum do Executivo e do Legislativo. Aliás, a doutrina e jurisprudência majoritária rejeitam a atuação do Judiciário no mérito do ato administrativo, considerando que lhe cabe apenas discutir a sua legalidade e legitimidade.

Teoricamente, não pairam dúvidas sobre quais poderes possuem a competência primeira para implementar políticas públicas, já que a Constituição reparte as competências de cada um deles.

Acerca da distribuição dessas funções destaca JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2014, p. 7):

Enquanto o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo (*ius novum*) e o da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno.

De sorte que, como elucida LUIS ROBERTO BARROSO(2007, p.11):

(...) a idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

Relembrando a clássica teoria da Separação dos Poderes estampada na obra de Montesquieu - ‘O espírito das leis’ -, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO menciona que esta teoria pregava que entre os três poderes “deveria haver equilíbrio tal que não houvesse supremacia de qualquer deles sobre outro” (2014. p. 2).

Durante muito tempo o Executivo e o Legislativo tiveram a *faculdade* de criar políticas públicas para efetivar direitos constitucionais e o Judiciário em respeito aos demais poderes se mantinha passivo, autocontido, alegando que não poderia interferir na discricionariedade do administrador e legislador, fato que perdurou até a chegada do pensamento neoconstitucional como já fora comentado(SCHULZE, 2015, p.46).

Assim, com as mudanças estruturais da sociedade, os cenários jurídico e político-social contemporâneo parece ter redefinido a ideia do princípio constitucional da Separação dos Poderes, pois é possível contemplar um Judiciário mais ativo

quando interfere em temas sobre políticas públicas de saúde. Sublinhe-se que para que se conclua se existe ou não efeitos negativos nisso, é preciso partir de uma análise jurídico-pragmática, o que será feito oportunamente.

Para entender essa mudança, é importante lembrar que a chegada do Estado Democrático de Direito refletiu num maior intervencionismo estatal, recebendo 'em mãos' a chefia política para prestação dos direitos dos indivíduos. Conquanto tenha sido incapaz de prestá-los totalmente, o Estado enveredou rumo a crises prestacionais percebidas pela atuação de um Legislativo alienado da realidade que o cerca (quando da criação das leis e fiscalização do executivo) e um Executivo por vezes omissivo quando da concretização dos direitos fundamentais sociais.

Segundo CLENIO JAIR SCHULZE, essa crise teria aumentado “a necessidade de maior controle da atuação estatal, com o aumento da exigência atribuída ao Judiciário, a fim de corrigir os desvios e omissões dos demais poderes”, ou seja, as tarefas dos outros poderes passariam por um controle maior do Judiciário. (2015, p. 51)

Explica MARCIO OLIVEIRA ROCHA (2013, pp. 19, 22) que esta mencionada mudança da posição judicial só implica em ativismo quando o Poder Judiciário começa a desempenhar uma atribuição que genuinamente pertence a outro poder, seja a referida atuação “justificada como legítima ou não”. Aduz que as teorias constitucionais se dedicam em propagar que

[...] o ativismo judicial representa, de um lado, uma forma de energia criativa do direito que não se revela amoldada ao ordenamento jurídico e , de outro lado, consiste numa mudança de paradigma da hermenêutica constitucional, perspectiva esta trazida com o pensamento neoconstitucionalista, rechaçando a **possibilidade de certos limites jurisdicionais, dentre os quais se destacam a separação dos poderes, a segurança jurídica, a reserva do possível e os ideais de democracia participativa[...].(grifo nosso)**

É bem verdade que se os poderes competentes não criam ou não implementam políticas públicas para prestação de serviços públicos de saúde adequados, a solução - por que não dizer opção? - escolhida por muitos acaba sendo a de enveredar pela judicialização deste tema.

Há quem concorde que a judicialização das políticas públicas corresponderia à um ativismo a serviço da tutela de direitos fundamentais não garantidos em razão da omissão do poder Executivo e Legislativo e, que por isso, não existiria qualquer ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Inclusive, este é o posicionamento

dos juízes nas sentenças analisadas ao reproduzirem na fundamentação uma espécie de nova interpretação do texto constitucional a respeito deste princípio.

Todos os julgados analisados que reformularam a ideia do princípio da Separação dos Poderes, entenderam que este princípio não pode ser um óbice à concretização do direito fundamental à saúde e merecia “ser superado no sentido de possibilitar ao Poder Judiciário interferir ou, ao que parece, gerir as decisões e o controle do mérito das decisões político-administrativas no que diz respeito ao direito à saúde”. (ROCHA, 2013, p. 86)

ALAÍDE MARIA DE PAULA (2013, pp. 38-39) advoga pela interferência do Judiciário nos assuntos políticos quando existe omissão abusiva do Executivo, e diz que:

Em regra, não cabe ao Poder Judiciário, então, interferir na Administração Pública em relação ao mérito de suas decisões e atos, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. **Contudo**, admite-se que em situações de **omissão abusiva ou de estrita necessidade em virtude de fatos que coloquem em risco a instituição ou as pessoas que dela dependem, como é o caso do direito à saúde**, pode-se impor ao Poder Executivo estadual a referida obrigação de fazer. **(grifo nosso)**

Acrescenta CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p. 63):

É ao Judiciário, contudo que se conferiu recentemente maior ênfase de atuação. Isso é decorrência das omissões do Legislativo e Executivo. Mas não apenas. É que o **judicial review** permite a mais completa revisão e correção dos atos estatais e particulares, ressaltando o poder que a Constituição reserva ao Judiciário.

Nas palavras de MARCUS VINÍCIUS LINS ROSA (2012, p. 213) quando se está diante da precariedade da atuação dos demais poderes o ativismo judicial seria considerado uma espécie de “mal necessário”, leia-se:

Assim considerando, verificamos a possibilidade de assunção de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sobretudo, considerada a Jurisdição Constitucional e à tutela à Dignidade da Pessoa Humana. No que se refere ao ativismo Judiciário, verificamos o risco ao qual é submetido todo o Estado Democrático de Direito em sua utilização, pelo que, atualmente, é considerado um mal necessário, **dada a ausência de postura do Legislativo e do Executivo em determinadas ocasiões.** **(grifo nosso)**

Antes disso, também havia concluído MORTON SCHEINBERG (2009):

Comemoramos em 2008 os 20 anos da criação do SUS e do direito constitucional à saúde, mas no que concerne ao acesso a novas tecnologias e medicamentos não há muito o que comemorar. Existe uma excessiva lentidão na incorporação de avanços médicos pelo SUS, inaceitável em certos casos. No meu entender, a judicialização se torna um mal necessário.

O próprio crescimento da judicialização da saúde tende a representar certos desajustes nas atividades do Poder Público que num momento ou outro, deixou de efetivar ou criar alguma política pública de saúde. Nas palavras da magistrada ALAÍDE MARIA DE PAULA, “a proliferação da judicialização representa, em regra, a omissão do Poder Público em executar as ações por ele mesmo elaboradas” (2013, p. 20).

O que não se pode olvidar é que a judicialização da saúde não ocorre somente por conta da omissão do Estado, muitas vezes ele até tem efetiva política pública mas ainda assim é demandado judicialmente, seja porque não se ofereceu serviço no nível de qualidade que se esperava, seja porque “há abuso do cidadão (do Ministério Público ou da Defensoria Pública) na busca por um direito que não existe”. (SCHULZE, 2015, p.45)

A partir das correntes procedimentalistas e substancialistas, surge o debate entre a autocontenção judicial e ativismo judicial (e seus limites) nos casos em que o juiz atravessa a seara do direito e avança em varga política.

Para a corrente procedimentalista, a atuação do Judiciário deve ser mais limitada “pois ele não possui legitimidade para decidir sobre todas as questões” sem que haja a participação social, especialmente quando o assunto diz respeito a disposição da *res pública* (SCHULZE, 2015, p. 53).

ELIVAL DA SILVA RAMOS, citado por VITOR SOLIANO (2013, pp.592,593) adota posição neste sentido:

Ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). **Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.(grifo nosso)**

O procedimentalista CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL citado por ANDREY STEPHANO SILVA DE ARRUDA (2012, p.16) também entende que neste tipo de ativismo, há afronta ao princípio da Separação dos Poderes, pois o juiz

[...] resolve problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos[...]. Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos.[...] O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, **na extração de um princípio que fundamente a decisão(razoável ou não), acaba por afrontar a separação dos poderes.(grifo nosso)**

Os adeptos da teoria procedimentalista, aversos ao ativismo judicial afirmam também que o Judiciário não deve se imiscuir em assuntos dos quais não possui conhecimento técnico e/ou econômico quando se trata do direito à saúde. Nas palavras de CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p.61) os críticos ao ativismo judicial nas ações de saúde alegam

[...]o risco de uma Judiciocracia, da criação de um super Poder Judiciário, do governo dos juízes.

[...]que o Judiciário não tem legitimidade, pois o juiz não foi eleito pelo povo.

[...]invasão indevida no orçamento dos demais Poderes, diante da imposição decorrente do cumprimento das decisões, que determinam, por exemplo, o fornecimento de tratamento médico não incorporado.

[...]a atuação judiciária substitutiva desorganiza a atuação dos órgãos da administração[...].

Somado a isso, apresenta-se a crítica técnica, segundo a qual o juiz não tem conhecimento para atuar no campo da saúde pública[...].

E por isso o juiz deveria se limitar à obediência do princípio da deferência e se curvar, em respeito aos demais Poderes.(grifo nosso)

O modelo substancialista, por sua vez, advoga a participação intervencionista do Judiciário na política e nas relações sociais para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

É defensor deste modelo ANDREY STEPHANO SILVA DE ARRUDA para quem a “intervenção por parte do Judiciário no intuito de garantir aos cidadãos brasileiros pelo menos o mínimo existencial” elencado na Constituição, não violaria o “Princípio da Separação dos Poderes”. (2012, p. 19)

Segundo WAGNER MILLANEZ VIANA DE ASSUMÇÃO - também adepto da corrente substancialista -, quando o Judiciário concretiza direitos fundamentais estaria “apenas legitimando atribuições estatais que em ultima análise também são de sua competência” (2012, p. 295).

Nessa linha, HÉLDER FÁBIO CABRAL BARBOSA citado por ANDREY STEPHANO SILVA DE ARRUDA discorda da afirmação de que o ativismo judicial desvirtua a finalidade Judiciário, “uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.” (2012, p. 17).

No entanto, uma terceira corrente adota o entendimento de que seja preciso fomentar a junção de ambas as teorias (substancialista e procedimentalista) afim de adequar-se a realidade brasileira e em prol do Estado Democrático, ou seja, seria preciso construir um modelo que permita uma democracia participativa, mas sem retirar a atuação do Judiciário sobre as questões de relevo social, que deve agir de

forma equilibrada e dentro dos parâmetros constitucionais (SCHULZE, 2015, pp. 57-61).

Como defensor desta terceira corrente, está J. J GOMES CANOTILHO, apontado por ARNO ARNOLDO KELLER que não concorda com uma total judicialização da política nem adota uma visão isolacionista das correntes procedimentais e substanciais, mas defende tenazmente a aplicação dos princípios (2007, p. 262).

LENIO LUIZ STRECK mencionado por ARNO ARNOLDO KELLER (2007, p. 246) afirmava que na prática jurídica no Brasil, diante da inefetividade dos direitos fundamentais sociais nenhuma destas correntes é perceptível. Ademais, parece ter adotado a linha da terceira corrente, quando se posiciona em sua obra *Verdade e Consenso* (STRECK, 2011, p. 200):

De minha parte, sempre tenho defendido a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais (inclusive, de políticas públicas), [mas] criticando, com veemência, a objeção representada pela invocação da “reserva do possível”. [acréscimos]

Segundo CLENIO JAIR SCHULZE (2015,p. 57), dever-se-ia tentar uma aproximação de ambos os modelos, porque

O déficit democrático também precisa de correção na via judicial. O exemplo da histórica omissão em relação ao direito à saúde demonstra a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para corrigir, **com equilíbrio**, as omissões do Executivo e do Legislativo.**(grifo nosso)**

Portanto, na discussão sobre a atuação do Judiciário estar contra ou a favor da ordem constitucional, esta terceira corrente jurídica aparece para tentar achar um ponto de equilíbrio, sugerindo uma adequada efetivação dos direitos fundamentais sem se subverter a ordem jurídica e econômico-social, através de uma judicialização que observe critérios definidos e de um ativismo que se preocupe em atingir a real finalidade da Constituição.

Registre-se, por relevante, que não mais se discute (nem se pretende) que o Judiciário não possa hoje atuar em prol da observância do texto constitucional tampouco que ele não deva efetivar direitos fundamentais, desde que dentro de seu limite de atuação, justo porque sem muitas alternativas, não há como refutar - e seria surreal entender diferente - que “um dos paradigmas do novo constitucionalismo é a judicialização de temas políticos e das relações sociais” (SCHULZE, 2015, p. 52).

Também não se pretendeu criticar o ativismo judicial, nem se sugerir um Judiciário mais ativo ou autocontido, mas averiguar este tipo de atuação na prática para identificar quais as consequências jurídicas e sociais desta análise.

Daí, adotando uma concepção mais completa é possível concluir que nos casos em que alguém postula em juízo um direito que já existe, mas que lhe é negado administrativamente, como os medicamentos ou tratamentos incorporados no SUS, mas não entregues ao cidadão - postulação que deveria ter sido resolvida administrativamente -, para CLENIO JAIR SCHULZE não haveria a “criação de política pública de saúde por força judicial”, caso em que inexistiria ofensa ao princípio da separação dos poderes (2015, p. 50).

Quando, porém, se trata de direitos não reconhecidos administrativamente, nos casos de medicamentos sem registro na ANVISA, de tratamento experimental ainda não internalizados no comércio brasileiro, tecnologia não incorporada no SUS ou nos casos em que o autor não atende as condições para o seu fornecimento, aí reside uma maior preocupação com a atuação judicial que deve sofrer uma limitação da própria hermenêutica constitucional.

Nesses casos o papel do Judiciário deve ser comedido e o “processo deve ser analisado com rigorismo, pois não há previsão legal à sua concessão ou fornecimento pelo administrador”, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Lembrando ainda que “condenações indevidas podem causar prejuízo financeiro muito grande e dificuldades na execução do planejamento orçamentário do ente público” (SCHULZE, 2015, p. 50).

Outrossim, ainda é bem-recebida a ressalva feita pelo jurista LUIS ROBERTO BARROSO - embora simpatizante da judicialização da saúde – quando anotou que o Judiciário “não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos” (2007, p. 04).

Por isso, concorda-se com a colocação do multicidado juiz federal CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p. 65):

Importa registrar que a liberdade conferida ao Judiciário não pode ser confundida com abusos, discricionariedades ou decisiosimos. Os juízes devem dar cumprimento à Constituição sem abusos ou golpes.[...]
A atuação do Judiciário deve acontecer de forma equilibrada, sem abusos do próprio Judiciário. Ou seja, os juízes não devem ser chamados a resolver todos os problemas do país.

Pactua-se também da opinião feita por INGO WOLFGANG SARLET registrada na importante Audiência Pública no STF sobre “O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário” em 2009 quando destacou ser necessário “superar a era dos extremos” rejeitando-se a mera programaticidade como também combatendo e controlando o famoso “pediu-levou”, pois parece que não importa quem pediu, nem o que pediu, ou as conseqüências dessas decisões.

3.3 Reserva do Possível: Tirar de onde os recursos, e o que fazer com o que se tem? Uma resposta que o Judiciário não dá.

Outra defesa levantada pelo Ente Público demandado trata-se aplicação da cláusula – teoria ou princípio - da reserva do possível e junto a esta, o argumento de que o Judiciário não deve se imiscuir no que toca a assuntos de alocação de recursos públicos. Em verdade sugere o Estado que seja analisada a exigibilidade do direito à saúde frente às “possibilidades fáticas (princípio da reserva do possível) e jurídicas (máxima da proporcionalidade)”.(FAZZA, 2015, p. 9)

Essa teoria entrou no Direito brasileiro redefinida para reserva do financeiramente possível, devendo ser observada a tríplice dimensão desta teoria apresentada por INGO WOLFGANG SARLET, qual seja: disponibilidade fática, disponibilidade jurídica, razoabilidade e proporcionalidade para sua utilização(SARLET, 2008, p. 307).

A comunidade jurídica de modo geral, salvo raras exceções, entende que nas demandas em que o Poder Público é parte, esta cláusula da reserva do possível é arguida com o fito de limitar a efetivação dos direitos fundamentais, ante a escassez de recursos públicos ou a ausência de previsão orçamentária.(AGUIAR, 2012, p. 39)

Note-se a lição de LUIZ FERREIRA TÔRRES NETO (2012, pp. 174-175), sobre esse assunto:

A reserva do possível, nesta senda, serve como limitação à plena efetivação dos direitos sociais. Impedindo que pretensões despropositadas sejam deferidas, justifica, ainda, conduta estatal tolhida às dotações orçamentárias que frise-se, são limitadas. É que não se pode exigir do Poder Público atuação para além do possível.

[...]

Aliado a todos esses fatos, há a reserva do possível como limitação fática à implementação das políticas públicas pelo Executivo, em cumprimento ao ato normativo emitido pelo Legislativo. Quando o Judiciário, desprovido de qualquer parâmetro acerca desta limitação, determina uma conduta comissiva do Executivo na concretização de específico direito social, faz com que este poder seja forçado a realocar receitas previamente programadas,

causando com isso, um manifesto prejuízo em outras atuações do Poder Público, além de lesionar a sociedade indiretamente.

Na visão de ALAÍDE MARIA DE PAULA (2013, p.33) a teoria da reserva do possível se mostra

como um balanceamento utilizado em decisões tanto no âmbito administrativo quanto judicial, que objetivem uma prestação material, devendo a decisão ser tomada por meio da ponderação dos interesses e disponibilidade financeira em questão; não sendo possível a aplicação da teoria da reserva do possível tão somente como suporte ao Poder Público na omissão social.

Os argumentos de ARNO ARNOLDO KELLER (2007, p. 265) representam o pensamento extremado daqueles que compreendem de maneira vaga a cláusula da reserva do possível e a repudia de pronto quando diz:

O óbice orçamentário, a falta de recursos ou reserva do possível – uma nova construção dogmática – não passam de mera retórica e, diante da concepção da garantia jurídica – constitucional, equivalem ao “grau zero”. Esperar que os cofres públicos estivessem cheios para atender aos direitos fundamentais-sociais, na prática, não tem nenhuma vinculação jurídica.

Lado outro, os que aderem à aplicação da cláusula da reserva do possível de maneira geral, consideram-na o instrumento de mitigação dos prejuízos orçamentários decorrentes das condenações e, da desaceleração da judicialização da saúde, desde que não seja usada como escusa para omissão do Poder Público e que ele demonstre na ação que “a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais”, já que sobre ele recai o ônus de provar a insuficiência de recursos “capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental”. (LIMA apud PAULA (2013, p.32)

Nas demandas objeto de estudo, quase todas as defesas não trouxeram elementos comprobatórios da insuficiência de recursos, ficando apenas no campo das alegações. E no tocante à necessidade de se comprovar a alegada cláusula da reserva do possível, apontam FRANCYS GOMES FREITAS e MICHELLE DE FREITAS VAZ (2012, p. 20) que:

Deste modo, constata-se que tal cláusula constitui uma limitação à implementação dos direitos sociais. Entretanto, não basta sua alegação pelo ente público para negar um pedido de fornecimento de um determinado medicamento, faz-se necessária sua comprovação, mediante elementos objetivos, em cada caso concreto, visando a racionalização dos gastos públicos, de modo a atender o maior número possível de indivíduos.

Ademais, quando o Executivo evoca a cláusula para justificar sua omissão, acredita TÂNIA MARGARETE MEZZOMO KEINERT (2009, p. 100) que não se poderia abrir mão de cuidados devidos, aduzindo o seguinte:

Lembra-se que deve haver máxima cautela quando o Poder Executivo vale-se ao argumento da reserva do possível para justificar a sua omissão na área da efetivação dos direitos fundamentais, como uma desculpa genérica para não concretizar um direito social, como o direito à saúde. Sendo assim, deve o Estado demonstrar eficiência e publicidade na sua administração pública, facilitando o controle social sobre a destinação dos recursos públicos, além de sobre as prioridades na aplicação de recursos finitos.

Importa não olvidar que alguns autores a exemplo de ANA LUIZA LIMA FAZZA (2015, pag. 15) entendem que há situações em que será legítima a alegação da reserva do possível por parte da Administração, mas não o será quando for alegada em face do princípio do mínimo existencial, inferindo pois, que muito embora haja limites financeiros para concretização do direito à saúde, o mínimo existencial deve ser atendido sempre. Passo em que, classifica as demandas em dois tipos para chegar à seguinte conclusão:

As demandas de saúde de primeira necessidade, como reflexo do direito à vida, devem ser implementadas integralmente, não havendo margem de discricionariedade para a Administração Pública. O núcleo essencial do direito à saúde é intangível, devendo ser preservado em qualquer hipótese. A insuficiência de recursos sucumbe frente à garantia do mínimo existencial, de forma que alegação da reserva do possível pelo Estado se mostra ilegítima.[...]O mínimo existencial prevalecerá sobre o princípio da reserva do possível.

Por outro lado, sendo uma demanda de saúde de segunda necessidade, situada fora do núcleo essencial, se a escolha do Poder Público foi proporcional, atendendo a outros direitos fundamentais relevantes, será legítima a alegação da reserva possível.

O que torna limitada a efetivação de direitos sociais nada mais é do que a incapacidade financeira de se prestar todos os direitos sociais aos indivíduos. É a partir de então, que nasce a necessidade de se compreender corretamente os termos *universalidade* e *integralidade* da assistência na saúde, como outrora analisado no primeiro capítulo deste trabalho. Ninguém melhor para resumir com louvor essa temática, do que LENIR SANTOS (2009, p. 65) para quem:

Os serviços de saúde prestados pelo SUS estão sujeitos a uma organização e se fundamentam em diretrizes e princípios, **não sendo o SUS um balcão de demandas livres**. E a universalidade do acesso – todo cidadão tem direito a esses serviços, também não autoriza a **interpretação de que todos têm irrestrito direito a tudo na saúde**. Além de não ter esse elastério, não pode ser interpretado isoladamente dos arts. 198 e 20011[sic] e de outras leis que o regulamentam.

Entender a saúde pública como um serviço que assegura serviços lato sensu, sem nenhuma regulação, planejamento, previsão de recursos

financeiros, enfoque epidemiológico é um despropósito e uma utopia que poderá levar a sua falência.

[...] o SUS não tem o poder nem o dever de atuar em todas as áreas com implicações na saúde e que não são poucas. Daí poder afirmar que o SUS deve assegurar ao cidadão ações e serviços descritos no art. 200 da CF e explicitados nos arts. 5º e 6º da Lei 8.080/90, **sendo responsabilidade de outros setores do Estado Federal e também da sociedade, da pessoa, da família e das empresas (§ 2º do art. 2º da Lei 8.080/90) a adoção de providências que evitem danos à saúde individual e coletiva, de forma ampla e genérica, no sentido da garantia de qualidade de vida razoável que assegure dignidade ao ser humano. (grifo nosso)**

O Estado não poderia - nem deveria - ser visto como garantidor universal de toda e qualquer reclamação apresentada ao Sistema de Saúde Público e, do mesmo modo que muitos não compreendem corretamente a cláusula da reserva do possível, limitadora da prestação aos direitos fundamentais, magistrados podem acabar incorrendo numa percepção imprecisa desta cláusula e utilizar sua intervenção no orçamento público de forma desmedida, o que faz surgir o questionamento de saber se essa ingerência tem promovido de maneira palpável, consequências úteis (ROCHA, 2013, p. 91).

Relembrando as três limitações - fáticas, jurídicas e de razoabilidade -, apresentadas pela teoria da reserva do possível, JOSEANE LEDEBRUM GLOECKNER (2013, pp. 248, 249) as elucida da seguinte forma:

A limitação fática consiste na capacidade financeira do Estado para dar efetividade aos direitos prestacionais. [...]

A limitação jurídica significa que o Estado somente poderá prestar o direito à saúde quando o seu financiamento estiver previsto em Lei Orçamentária. [...] a pretensão na área da saúde deve sempre observar a razoabilidade, terceiro limitador incluso na reserva do possível. É certo que não há como o Estado deferir toda pretensão de direito social postulada. Portanto, devem ser atendidos apenas os pedidos que estiverem dentro dos limites do razoável. Isso significa dizer que a pretensão deve estar de acordo com aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade. Este é o critério limitador ao qual se deve dar prevalência na solução da alocação do dinheiro público nas ações que tenham por pretensão o direito à saúde.

A melhor compreensão sobre a teoria da reserva do possível parece ser mesmo a de INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, (2008, pp. 45-48) por demonstrarem o desdobramento desta teoria basicamente em dois aspectos, o primeiro de contornos fáticos e outro de contornos jurídicos, isto é:

O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro-orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde. Não se trata, portanto, apenas das restrições orçamentárias, **mas do questionamento acerca da limitação dos recursos sanitários – pois**

restritas a existência e a disponibilidade, v.g., de profissionais especializados, de leitos em Centros e Unidades de Tratamento Intensivo (CTI's/UTI's), de aparelhagem para tratamentos e exames – bem como, no limite, da efetiva ausência de reservas financeiras. (grifo nosso)

Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências, pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica.

Ou seja, além dos debates sobre a limitação financeira para efetivação de direitos fundamentais, há também o debate em torno das decisões acerca da alocação dos recursos públicos, atrelado este último ao aspecto jurídico da teoria da reserva do possível, apresentado por INGO SARLET e MARIANA FIGUEIREDO.

Destarte, a aplicação ou não da cláusula da reserva do possível em seu aspecto jurídico, escoa em largos debates partindo da premissa de que, se o magistrado em sua atividade interpretativa está legitimamente autorizado a criar uma política pública para um caso concreto, também poderia determinar o remanejamento de recursos públicos da Administração através de “coerção indireta” (ROCHA, 2015, p. 90), todavia, há quem discorde desta atuação criadora do juiz e por isso defendem a possibilidade de aplicação da reserva do possível “como freio para o ativismo judicial” (AGUIAR, 2012, p. 43) tendente à limitar – ou impedir – a intromissão judicial na seara política.

Em síntese, confrontam-se os argumentos da garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição em uma ponta e os da ofensa ao princípio da Separação dos Poderes na outra, quanto a “inviabilidade de se proceder ao controle judicial das políticas públicas, em especial no que concerne à decisão sobre a alocação dos recursos públicos”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.48)

Com isso, observa-se a seguinte lição de ANA LUIZA LIMA FAZZA (2015, p.13):

Certo é que, diante desta escassez, cabe à Administração Pública a importante missão de decidir sobre a alocação dos recursos de forma a distribuí-los de maneira justa e atender o maior número de demandas possíveis. Isto porque, apesar de os direitos sociais serem instrumentos de promoção de equidade social e da dignidade humana, não se revela razoável permitir seu incremento às custas do endividamento público.

Neste sentido posiciona-se FRANCYS GOMES FREITAS e MICHELLE DE FREITAS VAZ (2012, p.3):

A crescente intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde, em especial, nas relativas ao fornecimento de medicamentos,

constata-se que faz-se necessária a utilização de determinados critérios e parâmetros pelos juízes, com o intuito de promover a efetivação do direito à saúde.

Em outros termos, embora aja visando a minimizar a deficiência do Sistema Nacional de Saúde, a proliferação exacerbada de decisões não razoáveis, como as que condenam à Administração ao custeio de tratamentos experimentais, alternativos, de resultados duvidosos ou extremamente dispendiosos, **pode acarretar um colapso da estrutura pública, uma vez que os gastos serão imprevisíveis e imensamente superiores à disponibilidade de recursos. (grifo nosso)**

Para que se tenha uma correta compreensão das limitações da atuação judicial como hoje se contempla, insta reproduzir as indagações de MARCIO OLIVEIRA ROCHA (2013, p.90):

[...]se o orçamento estiver todo comprometido, o que fazer no caso de uma gasto de urgência – procedimento cirúrgico, por exemplo?
Quem pagará essa conta e como se dará isso?
Será que ao adentrar no âmbito orçamentário para fixar parâmetros e critérios de gasto da Administração Pública, revela-se uma solução para tais casos?
Que consequência prática e útil essa intervenção está promovendo na sociedade? [...].

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2015, pp. 902-907) expressa seu posicionamento no mesmo sentido:

Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que sua definição envolver aspectos de discricionariedade. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos [...]. Estas definições está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário.

No entanto, o que se verifica é que, por diferentes formas, o Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente, na formulação de políticas públicas. É a chamada Judicialização das políticas públicas.[...]

O Judiciário não tem funções de planejamento, não tem competência em matéria de destinação de recursos orçamentários; ele não pode determinar à Administração que transfira recursos de uma dotação para outra, se o fizer, estará se substituindo ao legislador.[...]

A interferência indevida do Judiciário, além de não resolver o problema, agrava a situação de desigualdade social e afronta o princípio da separação de poderes.(grifo nosso)

Das sentenças analisadas, percebeu-se que os magistrados no afã de concretizar o direito à saúde, elevaram o direito à saúde ao *status* de direito absoluto, relativizando compreensões constitucionais como a ideia de separação dos poderes e orçamento público e ainda suplantando normas programáticas de governo (plano orçamentário e plurianual).

CAPÍTULO IV

VERIFICAÇÕES PRÁTICAS DA ATUAÇÃO JUDICIAL EM PERNAMBUCO E POSSÍVEIS DEBATES QUE PRECISAM SER ENFRENTADOS

4.1 Análise de outras verificações práticas.

Pode-se dizer que não se discute mais a fundamentabilidade constitucional do direito à saúde, nem o dever de sua prestação por parte do Poder Público com a interferência do Poder Judiciário quando preciso for.

Mas importa discutir tão somente se: (1) para aquele caso concreto “existem condições para o provimento ou não do pedido” a obrigar o Estado a prestar serviços de saúde, fornecer medicamento ou tratamento médico, (2) se estas condições possibilitam a “formação de um discurso de fundamentação apto a abarcar todas as hipóteses de aplicação da norma que trata da obrigatoriedade por parte do Estado de fornecer saúde pública” e por fim (3) se existem “condições para que se alcance respostas adequadas à Constituição”.(STRECK, 2011, pp. 114, 203, 204)

Acredita-se que um ativismo judicial de ideal pragmático estará preocupado com as consequências práticas das decisões, se servindo das “compreensões teóricas como instrumento de ação com fins sociais” (ROCHA, 2013, p. 73), é o juiz reconhecendo seu papel social. O que em verdade até então não se afigurou nas sentenças analisadas, pois os julgadores vêm de fato instituindo políticas públicas sem contudo, auferirem as consequências jurídicas, políticas e econômicas das sentenças que proferem.

O Judiciário de Pernambuco produziu sentenças cujas motivações são abstratas, justo porque para resolução dos casos foi analisado apenas a narrativa dos fatos pelo autor e concluiu-se unicamente a partir de premissas substrato do silogismo: ‘SE, a saúde é um direito de todas as pessoas e dever do Estado e a pessoa A requereu o direito, ENTÃO, o Estado deve ser obrigado a prestá-lo’.

E não há maiores problemas nesta aplicação, desde que não se ignore as peculiaridades que se apresentam caso a caso, pois não é bastante “a letra da Constituição assegurar algo que a realidade não permite”. (SCHULZE, 2015, p. 139)

No entanto, quando dos julgados, os magistrados não se atentaram para as especificidades do caso concreto, a saber se as listas de medicamentos pleiteados possuíam relação com a patologia indicada ou se as medicações e tratamentos eram eficientes à recuperação da saúde dos demandantes, também não se preocuparam em solicitar informações técnicas aos núcleos de apoio (NATS) etc.

De forma que, quase nenhuma das defesas do Estado serviram ao menos para influenciar nas decisões dos julgadores, que acabaram por forçar a adoção de novas tecnologias, prestação de se fornecer medicamentos e tratamentos - dentro e fora do Estado - incorporados e não incorporados ao SUS, OPME (Órteses, Próteses e Materiais Especiais) sendo indiferente o quanto isso custasse (não apenas financeiramente).

Ademais, a legislação infraconstitucional que dá regramento ao SUS (v.g Lei 8080/90, Lei, 12. 401/11) fora ignorada e a Constituição “lida por tiras” (art. 196), foram desprezados os dados da realidade - a base fática sobre a qual incidiria o direito - e os resultados de sua literal aplicação (GEBRAN NETO, 2015, p.158).

Os enfrentamentos destas questões conduzem finalmente ao apego à posição de MARCIO OLIVEIRA ROCHA (2013, pag. 105) quando entende que:

[...] não há verdadeiramente um direito absoluto capaz de superar todos os óbices normativos como pretende o Judiciário. Evidentemente que em um Estado como o nosso, alguns direitos básicos não são sequer respeitados, **mas nem por isso se deve ter a pretensão de concretizar todos de uma forma ilimitada e não calibrada, sem a análise das consequências práticas desta atuação, como se verifica no caso do direito à saúde.(grifo nosso)**

4.2 Consequências possíveis do ativismo judicial em Pernambuco.

A judicialização da saúde é um fato e tem seu lado positivo por incentivar a organização das políticas públicas e permitir que aqueles que tiveram em concreto seus direitos violados possam alcançar a efetivação destes.

No entanto, quando a atuação judicial (ativismo) excede os limites constitucionais, hermenêuticos, éticos e sociais e ainda não está preocupada com as consequências práticas das decisões que são proferidas, é fácil concordar que os efeitos desta forma de atuação não são benéficos para a sociedade.

Em termos teóricos, o conflito levado ao Judiciário se estabelece entre um paciente, usuário do SUS que pleiteia a garantia do direito à saúde se valendo dos textos constitucionais e o Estado, que precisa enfrentar uma gama de situações econômico-sociais e se equilibrar “para cumprir políticas públicas de saúde, tentando evitar que o benefício de poucos implique malefício da coletividade”. (NOVAK, 2012, p. 1)

Mas em termos práticos diria BARROSO (2007, p.4) que:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. **O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.(grifo nosso)**

Deveras, o tema não é tão simples de resolver, principalmente quando se observa as consequências causadas pela judicialização excessiva e principalmente pelo ativismo judicial sem critérios de atuação, que são muitas vezes ignoradas. Sobre o desrespeito ao consequencialismo apontado por CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p. 111), ele pondera o seguinte:

O Judiciário costuma desconsiderar as consequências da decisão como critério de decisão judicial. Com efeito, determinar, sem qualquer controle ou limite, ao Estado[...]adquirir milhares de medicamentos ou a violar ordens cronológicas e emergenciais de internações tem várias implicações como (a) subverter regras de licitação; (b) impedir controle adequado sobre o orçamento; e (c) desestruturar a organização administrativa dos entes públicos[...].

De forma sucinta, EDUARDO MURILO NOVAK (2012, p. 1) reproduz qual a realidade que se constrói sob os efeitos indesejados da Judicialização da política:

As contendas judiciais talvez sejam o remédio para suprir as falhas na assistência à saúde, mas podem trazer, como efeitos colaterais, **prejuízos aos esforços de distribuição de fármacos, o aumento da desigualdade entre os que têm e os que não têm acesso à já sobrecarregada Justiça e a promoção do uso de drogas ou terapêuticas cuja efetividade ainda não restou comprovada. Não bastasse, ainda pairam suspeitas de que poderia haver interesses escusos sobrepondo indústria farmacêutica, advogados e médicos, que poderiam ver nos altos custos dos tratamentos uma excelente fonte de recursos financeiros.**

Destacam-se pois, dois notáveis problemas e possíveis soluções ao excesso de judicialização no Estado, decorrentes em especial do não emprego da reserva do

possível e da inadequada interpretação constitucional que tem sido adotada, tratam-se da inviabilidade da gestão pública e da ofensa ao princípio da igualdade.

4.2.1 Primeira Consequência prática do ativismo judicial no TJPE: Inviabilidade na Gestão Pública.

Verificou-se através do presente estudo que tem havido um aumento nas ações de saúde no Estado e muito embora a Judicialização tenha seu lado positivo como outrora comentado, seus efeitos negativos também são uma realidade.

Sendo negativo, ela sinaliza que uma demanda não pode ser - ou não se pretendeu que fosse - resolvida de maneira natural pela via administrativa. Depois, do jeito como segue - sem observância de critérios -, o deferimento de pedidos relacionados à saúde pode fomentar abusos de direito de ação, visando a fácil tutela *per saltum* da via administrativa e sobre os demais usuários que aguardam nas filas de espera do SUS e ainda inviabilizar a gestão pública de saúde local.

Em pesquisa realizada nos sites da Secretaria Estadual de Saúde, do Sistema de Informações sobre Orçamento Público em Saúde- SIOPS e do Tome Conta do Tribunal de Contas do Estado e do Sistema de Automação da Justiça-SAJ/PGE, é possível confirmar a assertiva acima com a comprovação do crescimento dos números de demandas e o impacto causado pelas mesmas.

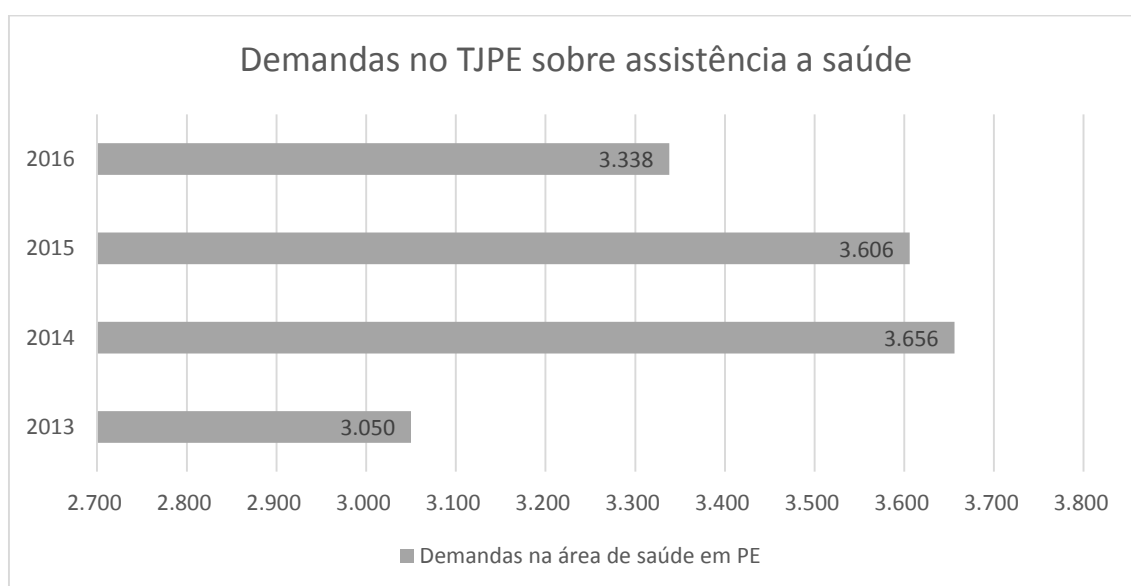


Gráfico II. Fonte E-SAJ.PGE/PE

Para se atender as demandas judiciais de saúde, segundo informações da SES/PE o Estado possui um gasto médio de R\$ 120 milhões por ano, o que corresponderia a quase 8,5% do orçamento anual da Secretaria Estadual de Saúde, excluído o que é destinado à folha de pagamento, e representa por exemplo quase o dobro do que se gastou com aquisição de Medicamentos e Insumos Farmacêuticos para Atenção Básica à Saúde (6.312.478,98) e Excepcionais e Especiais (57.065.573,53) para toda a população no ano de 2015.

Não é preciso ser *expert* em economia para perceber que o excesso de condenações pode desregular a gestão do SUS (SCHULZE, 2015, p.107) ou interferir em uma gestão pautada na realidade entre o que se orça e o que efetivamente se arrecada. Em pesquisa realizada no site da SES/PE, demonstra-se tais afirmativas com o gráfico elucidativo a seguir que releva o impacto orçamentário ocasionado pelas demandas no Estado entre os anos de 2014 a 2016.

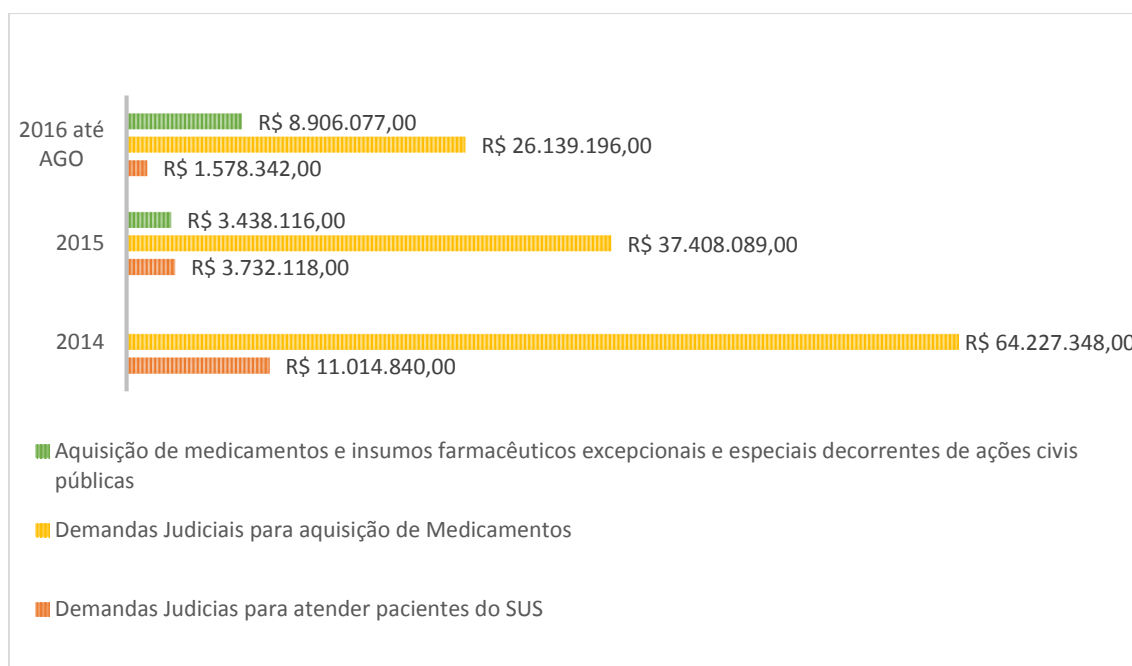


Gráfico III. Despesas com Demandas Judiciais por tipo e por ano. Fonte: SES/PE

De acordo com o que se extraiu das pesquisas feitas, o Poder Judiciário de Pernambuco, sem abrir mão de teóricos dogmas constitucionais, e sem atentar para as consequências práticas de suas decisões fomenta a discussão acerca da necessária efetivação dos direitos à saúde à luz do orçamento público.

Infelizmente há quem defenda que quando o Estado alega ausência de recursos o faz apenas para se furtar de suas obrigações prestacionais, mas este entendimento pode custar muito caro à sociedade em médio e longo prazo, já que ao que parece, nada se nega ao cidadão quando o assunto é saúde. (SCHULZE, 2015. p. 110)

Ademais, resta ponderar que aquelas decisões que não levam em consideração a sustentabilidade do sistema e não confrontam o direito à saúde com o orçamento, podem agravar o sistema de saúde, comprometer a implementação de novas políticas em momentos de crise, torná-lo insustentável e beneficiar uma pequena parcela de indivíduos em detrimento de toda a coletividade.

Peculiar e interessante a colocação feita por LEONARDO ROMERO MARINO (2014, p. 190) em sua brilhante obra, ao entender que:

[..] o limite à concretização dos direitos prestacionais não é propriamente a existência fática dos recursos financeiros, a formalidade da legislação orçamentária, a independência dos poderes ou os direitos patrimoniais dos credores possivelmente atingidos por um repúdio, **mas sim o direito da própria coletividade a não sofrer as severas consequências da atividade financeira insustentável do ente público.(grifo nosso)**

Daí ao saber que a judicialização interfere de maneira gravosa no problema de alocação de recursos escassos, resta esperar uma resposta convincente a dúvida que permeia: numa realidade que compreenda o todo “a judicialização acaba melhorando ou piorando a outorga do direito à saúde?”(GEBRAN NETO, 2015, p.133).

Assim, é preciso admitir a existência de um provável perigo ao desenvolvimento social – igualitário -, quando os tribunais conferem primazia absoluta ao direito à saúde, sem confrontá-lo com o orçamento, com o modelo estrutural do sistema público de saúde e com a totalidade dos cidadãos que também precisam de tratamento de qualidade, mas não possuem oportunidade, dado isso, o adotar uma visão holística pelos aplicadores do direito, seria fundamental para o enfrentamento deste debate.

4.2.2 Segunda Consequência prática do ativismo judicial no TJPE: Quebra do princípio da isonomia.

Quando se leva ao Judiciário uma demanda qualquer, em verdade se busca que ao final seja realizada a Justiça. No entanto, uma sentença correta e justa para uns pode não ser para outros, e em nome desta *Justiça* - da efetivação do direito à

saúde - o Judiciário tem deferido muitos pedidos liminar e definitivamente sem, contudo, observar critérios importantes.

Como dito, em termos práticos, a judicialização da saúde envolve o dilema entre o direito individual de um lado e o coletivo de outro. Algumas soluções individuais conferidas nas demandas de saúde podem até parecer justas, mas “na verdade, implicam em graves injustiças coletivas (GEBRAN NETO, 2015, p. 154).

GUSTAVO AMARAL pontuou e com razão, que a justiça ideal em cada caso, deveria ser sempre a mesma que pudesse ser assegurada a todos aqueles que estejam em situação semelhante ou possam vir a estar, sob o perigo de se violar o princípio da isonomia (2001, pp. 35-39), isso porque um dos efeitos negativos da judicialização da saúde é justamente o “benefício prioritário àqueles que judicializam, em detrimento aos cidadãos que não buscam ou não podem acessar o Poder Judiciário”.(SCHULZE, 2015)

Importante a lição de JOAO PEDRO GEBRAN NETO (2015, p. 153), neste sentido:

Ora, é evidente que nenhuma decisão judicial que pretenda solucionar a espera por uma consulta, sob a perspectiva dos direitos individual e fundamental à saúde fará justiça, sequer para o caso concreto, quanto mais para a totalidade de pacientes que aguarda um atendimento.

Para CLENIO JAIR SCHULZE há violação ao princípio da isonomia no caso de atuação *per saltum*, ou seja, quando aquilo que se pediu judicialmente prescindiu de comprovada solicitação prévia na via administrativa, pois neste caso, o requerente estaria obtendo preferência injustificada em relação a outros cidadãos que permanecem na fila. E isso ocorre porque talvez seja muito mais conveniente e fácil pedir ao juiz do que enfrentar a fila do SUS para se esquivar de procedimentos prévios e indispensáveis na via administrativa (2015, p. 104).

Note-se que além da discussão sobre o direito à saúde em seu plano individual, “é possível constatar que atualmente as ordens judiciais de todo o Brasil acabam drenando anualmente bilhões de reais que deveriam ser investidos no atendimento coletivo” e que a judicialização numa perspectiva individual “acaba por colaborar com uma má distribuição destes escassos recursos”.(GEBRAN NETO, 2015, pp.137, 138)

LUIS ROBERTO BARROSO chegou a sugerir que naquelas ações em que já se tenha uma política pública estabelecida - mediante avaliações financeiras e

técnicas – mas que não conseguiu atender a certas necessidades individuais, o debate judicializado deveria ser convertido de individual para coletivo, em respeito ao princípio da universalidade e igualdade, seja por meio de atuação ex officio do magistrado ou oficiando o Ministério Público para que transforme aquela ação em coletiva. (Audiência Pública, STF, 2009)

Para o mencionado autor, a importância está em quê, ao invés de se atender aquela única pessoa, crie-se uma política pública para atender *aquela* necessidade, acabando com a ideia de privilégios já que não há como atender a todos e, já que a judicialização individual favorece os mais informados, isto é, “favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema”. A ideia é que se acabe com a promoção do “atendimento à varejo de prestações individuais.” ((Audiência Pública, STF, 2009)

Ademais, indo além deste raciocínio o ministro EDSON FACHIN percebendo a necessidade de mudança na judicialização que versam sobre pedidos de tratamentos e/ou medicamentos não incorporados ao SUS, ao proferir seu voto no recente julgamento dos recursos extraordinários REs 566471 e 657718, entendeu que:

[..]as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – **pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde**”. (grifo nosso)

Neste cenário de excessivas demandas de saúde se tem a impressão de que os magistrados têm algum tipo de receio de proferirem uma decisão negativa do direito à saúde individual, preferindo agir sem racionalidade e sem qualquer base técnica, sem observar as leis infraconstitucionais e despreocupados com o que tem sido produzido por suas decisões.

A questão não é simples: diante da escassez de recursos, escolhas políticas foram (são) feitas pelo Judiciário, onde milhões de reais foram(são) realocados para pagamento das condenações à efetivação de algum direito individual à saúde no Estado, mas que se prestaram à atender apenas pequena parcela da sociedade - aqueles que tem acesso a justiça e nela acharam uma espécie de ‘atalho’. Além do que, pragmaticamente, estas decisões alocativas de recursos não refletiram uma judicialização em que se esteja melhorando *in concreto* a outorga do direito à saúde, especialmente em meio ao atual cenário de recessões econômicas.

Por isso reforça CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p. 95) a preferência das ações coletivas como uma das medidas que contribuem para as políticas públicas de saúde, porque

[...] não é razoável a ampliação do número de processos judiciais individuais para a resolução de problemas coletivos. É preciso fomentar o manejo de ações coletivas com o fim de permitir que os tratamentos, medicamentos ou políticas postuladas ao Judiciário sejam direcionados ao maior número de pessoas [...] evitando conferir-se tratamento privilegiado apenas aqueles que judicializam individualmente a suas demandas.

Nessa lógica, as assertivas de JOÃO PEDRO GEBRAN NETO (2015, p.158) são hábeis para finalizar o entendimento até aqui exposto:

[...] a judicialização da saúde somente trará efeitos positivos se auxiliar na ordenação do sistema e na sua imposição de obrigações de cumprimento daquilo que está prometido no âmbito constitucional e nas políticas públicas previstas na legislação infraconstitucional. [...] **A distribuição desordenada de benefícios, além de atingir a um número muito pequeno de beneficiários, vulnera as políticas públicas existentes em favor da coletividade. (grifo nosso)**

4.3 Parâmetros e Critérios determinantes para uma atuação judicial equilibrada.

A judicialização da política como se sabe é uma realidade que, diante do que se tem visto, mais parece fomentar o ativismo judicial, motivo pelo qual urge questionar em qual oportunidade o Judiciário deveria atuar de forma mais ativista e quando deveria funcionar em autocontenção.

A ideia da escassez de recursos no âmbito da efetivação do direito à saúde, assinala tão somente que é impossível satisfazer a todas as necessidades (primárias ou secundárias) de toda a gente, e não é pra menos, já que não há um único Sistema de Saúde no mundo, por mais desenvolvido que seja o país, capaz de atender a todos indistintamente com máxima qualidade que se espera. E em plaga brasileira não se deveria exigir postulado diverso.

Como discutido alhures, somente é possível efetivar os direitos prestacionais se houver alocação de recursos públicos, diante desta realidade e a da escassez de dinheiro formou-se o entendimento que busca estabelecer critérios - ligados a tríplice dimensão da teoria da reserva do possível – disponibilidade fática, jurídica e o uso da proporcionalidade -, capazes de limitar a prestação desses direitos, que mais parece ser incondicional.

Na órbita da dimensão da disponibilidade fática da cláusula da reserva do possível, entende GUSTAVO AMARAL (2001, p. 78,79) que para melhor “compreensão da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais”, deve-se dar atenção à ideia dos *custos dos direitos*, pois isto haveria de revelar a extensão em que a efetividade dos direitos é feita através de conflito de escolhas monetários. Para ele:

Tribunais que decidem sobre a efetividade e eficácia de pretensões em casos específicos também fundamentarão suas decisões com mais inteligência e transparência se, de forma imparcial, admitirem o **modo pelo qual os custos afetam o propósito, a intensidade e a consistência da efetividade dos direitos. (grifo nosso)**

É dito por GUSTAVO AMARAL que as sentenças que reconhecem um direito à saúde não deixam de ser alocativas de recursos e como esses repita-se, são escassos e os juízes não enfrentam o conflito entre a microjustiça e a macrojustiça (direito de uns *versus* direito de todos), seria preciso a adoção de critérios claros e definidos (apud ROCHA, 2013, p.12) que permita resolver os litígios sem definir quem ganha ou perde, isto é, que permita a realização da justiça em sua máxima extensão possível.

Com acerto diria o autor que para obtenção de adequada solução jurídica, esses critérios não se limitariam àqueles indicados pela doutrina pós positivistas: subsunção nos casos fáceis ou ponderação de normas, princípios e valores para os *hard cases*, ou seja, para se atender as peculiaridades de demandas que versam sobre o direito à saúde, outros critérios além destes deveriam ser aplicados. (AMARAL, 2001, p.126)

A este respeito, LUIS ROBERTO BARROSO registrou a importância do estabelecimento de “parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por **critérios** de racionalidade e de eficiência.” Para ele é justamente a ausência de “critérios universais que tem tornado, no âmbito dos Estados, o sistema [de saúde] extremamente disfuncional e desigual.” (Audiência Pública – STF, 2009)

Nesta oportunidade é relevante que fique claro que a referência aos critérios e parâmetros racionais dizem respeito à observância e aplicação nos três aspectos da atuação judiciária nas demandas sobre direito fundamental à saúde, os quais ocorrem:

1. Quando o juiz tende a decidir sobre políticas públicas que *já existam*, mas que não foram efetivadas ou são inadequadas seja qual for a causa. Neste ponto, o

Judiciário foi chamado tão somente para efetivar políticas públicas e não criá-las, caso em que tem o *dever de agir* e o fará no exercício de sua função típica, dispensada pois, outras lucubrações sobre sua competência.

2. Outro aspecto é quando o juiz decidir sobre políticas públicas que *já foram criadas* pelo Poder Público e são adequadas, mas há, no entanto, abuso do cidadão ao pleitear um direito que não existe ou desproporcional, à exemplo do cidadão pernambucano que pleiteou a realização de cirurgia e tratamento ortopédico em hospital de referência - Sírio Libanês em São Paulo - , com indicação do médico especialista renomado nacionalmente.(SAJ/PGE)

3. E por fim, quando o juiz estiver a decidir sobre políticas públicas que ainda *não existam*, pois a Administração já havia decidido mediante avaliações econômicas e técnicas, em não instituí-las, a exemplo dos medicamentos e procedimentos sem registro na ANVISA, ou não incorporados ao Sistema por decisão expressa de Comissão Técnica, em razão da ausência de comprovação de eficácia ou ainda pela comprovação de alternativa terapêutica eficaz e de menor custo etc. Neste ponto, a atuação judicial deveria ser excepcional.

Tanto em relação ao primeiro quanto ao segundo aspecto - efetivação de políticas públicas – para uma equilibrada e correta atuação judicial, o magistrado deveria agir sob critérios e parâmetros definidores de uma adequada interpretação do direito à saúde, de uma correta aplicação dos princípios, da observância de critérios processuais (possibilitando o contraditório e uma fundamentação substancial) e outros critérios teóricos e práticos, a seguir apontados ainda que em caráter elucidativo.

É certo que o princípio da reserva do possível como regra, não tem prioridade sobre a salvaguarda da vida, mas isso tem que ser observado definitivamente no caso concreto (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p.204).

Até porque, generalizar tal afirmativa levaria à um colapso do Sistema Público de Saúde, diluiria a própria força normativa da Constituição - ainda que involuntariamente - e jogaria uma “pá de cal” nas discussões acerca da fundamentação das decisões, o que conferiria plena liberdade aos julgadores a padronizarem todas as sentenças sem aplicação de uma hermenêutica constitucional adequada e sem preocupação dos contornos desta atuação.

Retomando o que já fora comentado, se por um lado qualquer alegação de reserva do possível - face o princípio do mínimo existencial -, carece de comprovação pelo ente público, o que não se constatou nas defesas analisadas, por outro lado, “o

mínimo existencial [também] está sujeito a demonstração e discussão com base em elementos probatórios”, notadamente no que tem a ver “com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento”(SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p.202). Em que pese tal demonstração não ter sido feita pela maior parte dos pleiteantes nos casos analisados, ainda assim tiveram seus pedidos deferidos e sem muita dificuldade.

Daí a necessidade de que os juízes observem, especialmente - mas não exclusivamente - nos mandados de segurança e tutelas antecipadas, se: a) há provas da real *necessidade* à prestação do que fora postulado; b) de que a patologia alegada em prescrição médica gera direito líquido e certo - inconteste; e c) se a patologia possui relação com o medicamento ou procedimento solicitados, bem como se estes seriam evidentemente eficazes. Porque, segundo INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (2007, p.202):

A mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune à contestação, **seja para o efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa**, seja de opção que, embora igualmente eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário. **Da mesma forma, é possível que o próprio tratamento recomendado não seja nem mesmo o melhor disponível ou o que de fato seja o menos invasivo para a própria pessoa que se pretende tutelar.(grifo nosso)**

Em relação à prova da real necessidade da prestação do que fora postulado, convém ressaltar que não está a se falar somente daquela voltada a atender o trinômio doença-tratamento-acurácia, mas da própria necessidade do mínimo existencial, já que para efetivá-lo, nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (2007, p.202) deve ser atentar às circunstâncias concretas do indivíduo que requer a tutela, porque é difícil de aceitar

que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição (já que não se trata de uma exclusão do sistema de saúde pública), o sistema de saúde, nas mesmas condições de **alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal.(grifo nosso)**

Ou seja, a ideia de mínimo existencial se aplica para quem dele precisa. E diante da imprescindibilidade de se discutir a gratuidade dos serviços de saúde através dos princípios da igualdade substancial e da proporcionalidade - nem que seja para “efeitos de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos,

maximizando assim o acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema e buscando uma maior qualidade dos serviços” (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p.203) -, a comprovação de efetiva necessidade (financeira) deveria ser tida como outro parâmetro a ser seguido.

Outra problemática que se extraí das ações analisadas é que os juízes não observaram as diretrizes terapêuticas quanto aos protocolos técnicos de eficiência e segurança estabelecidas pelo SUS, para deferir os medicamentos, daí surge a premência de que os magistrados adotem o parâmetro de antes de proferirem uma sentença de procedência ao fornecimento de medicamento ou tratamento, analisem as peculiaridades de cada caso concreto à luz dos protocolos administrativos que visam a segurança e acurácia e sirvam-se do auxílio dos Núcleos de Apoio Técnico em Saúde-NATS.

Este é o ensino de INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (2007, pp.204-205):

Por isso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial muitas vezes demandará um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo, pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes[...].

[...]

Importa não olvidar que as exigências do mínimo existencial podem ser comuns a uma comunidade de pessoas, mas o remédio deve ser adequado ao mal específico de cada um e, de resto, ser adequado ao tratamento naquele caso, isto sem adentrar a questão da atualização periódica dos protocolos, entre tantos outros aspectos que poderiam ser colacionados.(grifo nosso)

Outra dimensão da reserva do possível, a saber, a proporcionalidade e a razoabilidade do que se pede, também deve servir de critério para a decisão nos dois aspectos da atuação judicial. Mas qual seria a razão se o texto constitucional fala em Saúde como um direito fundamental-social assegurado a todos, sem ressalva expressa?

É porque não seria razoável que o Juiz atendesse o pleito de quem pede o descomunal e o desnecessário, entre tantos outros pedidos que poderiam servir de exemplo, cite-se o pedido de um Tratamento Fora de Domicílio-TFD interestadual, fora do que é estabelecido pelo programa como condições e limites de cobertura e sem que haja o cumprimento dos requisitos, todos eles definidos em instrução normativa nº. 004/99 do Estado de Pernambuco.

Também não seria proporcional, nem razoável que se defira o pedido de aquisição de equipamentos e OPME segundo fornecedor ou o fornecimento de

medicamentos com vinculação à marca quando existem outros de mesmo princípio ativo nas listas do SUS e de menor preço. Assim entendem INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (2007, p.205):

Sem dúvida não é razoável, ademais, a imposição de prestação de determinada “marca” de remédio, quando existente outra opção, similar em segurança e eficiência, mas de menor custo econômico, disponível no mercado e no próprio sistema público de saúde – isso para não mencionar a necessidade de indicar-se preferencialmente o princípio ativo, isto é, a denominação científica das substâncias prescritas e, sempre que possível, optar-se pelos medicamentos popularmente conhecidos como “genéricos”, desde que, convém repisar, assegurada a eficiência e segurança.

Não é incomum na Justiça Estadual de Pernambuco o ajuizamento de demandas de saúde que versam sobre o fornecimento de fármacos vinculados à determinada marca, e aquisição de OPME com indicação de fornecedor. Mas a Lei nº 9.787/99 (art.3, §3) e a Resolução do CFM nº 1.965/2010 já demonstravam uma preocupação voltada à existência de vícios e incorreções em um dos mercados mais rentáveis do mundo, os Laboratórios farmacêuticos. Estas preveem respectivamente que:

Art. 3º. As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).

[..]

§ 2º Nas aquisições de medicamentos a que se refere o caput deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.

Resolução CFM

Art. 3º É vedado ao médico assistente requisitante exigir fornecedor ou marca comercial exclusivos.

[...]

Art. 5º O médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à Anvisa e que atendam às características previamente especificadas.

Interessante as colocações de JOÃO PEDRO GEBRAN NETO (2015, pp. 166-167) sobre a ocorrência de vícios do mercado de laboratórios farmacêuticos no Brasil que a título de ilustração aponta as distorções entre preços de produtos e “o financiamento de cursos, viagens e vantagens diretas a hospitais e médicos, especialmente quando se está a tratar de produtos de alta tecnologia e custos elevados”. E ressalta a importância de se conhecer este cenário tão complexo por ser

imprescindível para que os operadores do direito atuem de modo imparcial, equilibrado e cientes que nem tudo que é ofertado ou prescrito é necessariamente o ótimo para o paciente, tampouco o mais eficaz, com maior eficiência ou a melhor eficácia.

Além de tudo também seria desproporcional (ou inadequado) o pedido de intervenções médicas “desnecessárias e/ou inúteis, como ocorre, em caráter ilustrativo, com exames e cirurgias que podem, com vantagens acima de tudo para a própria saúde da pessoa, ser substituídos por outras formas de diagnóstico e tratamento”(SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 205).

Todas essas anotações reforçam a afirmativa da necessária verificação pelo julgador do que seja o mínimo existencial em cada situação concreta e da comprovação de real necessidade do recebimento de tratamento ou medicamento pleiteado, com análise de provas produzidas e respeito ao contraditório substancial do caso sob exame.

Por fim, cumpre rememorar a ideia de LUIS ROBERTO BARROSO ao destacar que, se existe uma política pública e ela é adequada, a dispensa de medicamentos fora do Sistema de Saúde, exige a comprovação de que ela não é justa para aquele caso específico. (Audiência Pública, STF, 2009)

Quanto ao terceiro aspecto da atuação judicial – onde o juiz cria uma política pública porque a administração decidiu não implementá-la ainda -, a questão fica mais complexa e os critérios a serem observados tendem a exigir um pouco mais de racionalidade dos julgadores e uma atuação mais cautelosa.

A preocupação repousa no fornecimento de medicação ou tratamentos não incorporados ao SUS, os experimentais, nacionais ou importados sem registro na ANVISA e prescritos por médicos da rede particular.

Com efeito, a lista RENAME é publicada mediante portaria do Ministério da Saúde e deve ser periodicamente atualizada. Em janeiro de 2015, a portaria MS/GM Nº 1 atualizou o elenco de medicamentos e insumos ofertados aos usuários do serviço público de saúde.

Esta listagem estabelece o rol dos medicamentos essenciais, cujos componentes são básico, estratégico (ex. para aids, tuberculose) e especializado (alto custo), além de relacionar medicamentos de uso hospitalar e alguns insumos farmacêuticos, a partir da utilização pelas autoridades sanitárias competentes de “critérios transparentes e cientificamente respaldados, mediante avaliação das

evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança, bem como os benefícios e os custos em relação às tecnologias já incorporadas.”(RENAME, 2015, p.8)

No entanto, por ela não conseguir abarcar todas as patologias e tratamentos existentes e não responder a todas as necessidades dos indivíduos, há o entendimento de que, caso o que fora pleiteado não esteja oficialmente listado o Juiz deve atuar excepcionalmente e com mais cautela no processo.

INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (2007, p.206) explicam como deve ser essa atuação, indicando que nestes casos, o Juiz

[...]deve formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado, no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada.

Se não há protocolos clínicos ou mesmo diretrizes terapêuticas estabelecidas, há necessidade de prova científica robusta que embase a postulação feita, o que, à evidência, não resta (sempre) atendido apenas **mediante apresentação de receituário firmado pelo profissional da saúde que tem relação direta com o interessado, de tal sorte que menos haverá de poder a questão ser submetida ao contraditório, sem prejuízo da concessão de tutela antecipada, quando as circunstâncias o indicarem.(grifo nosso)**

A questão tem se tornado tão delicada que recentemente foi alvo de debate no Supremo Tribunal Federal, ou seja, o próprio Judiciário começa a perceber que as coisas já não podem permanecer como estão em matéria de saúde e discutem sobre os critérios para o acesso aos medicamentos de alto custo fora das listas do SUS e aqueles sem registro na ANVISA no julgamento de Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, com repercussão geral em 29 de setembro deste ano.

Neste julgamento apenas três ministros deram seus votos e por conta do pedido de vista os demais ficarão por votar. Em ambos os recursos o relator é o Ministro MARCO AURÉLIO, que deu seu parecer a favor do fornecimento dos medicamentos de alto custo fora da lista dos SUS, apenas no caso de o autor/paciente e sua família não tiverem condições de arcar com o medicamento, não houver substituto terapêutico e demonstrar a indispensabilidade deste. Em resumo julgou que:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da **demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da**

família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

No tocante aos medicamentos sem registro na ANVISA - o Relator entendeu que seria possível seu fornecimento desde que se demonstre que sua eficácia é comprovada, que não haja similares no Brasil e que possua registro em outros países.

O ministro LUIS ROBERTO BARROSO por sua vez, se posicionou contra o fornecimento de medicamento de alto custo fora da lista do SUS, mas que este seria admitido excepcionalmente, porque “o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”. (STF, voto REs 566471 e 657718). E os elenca da seguinte forma:

[...]incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

Quanto ao fornecimento dos medicamentos não registrados na ANVISA, o ministro também votou contra, porque para ele “o registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços”, a menos que já tenha havido um pedido à agência de incorporação do fármaco, não respondido no prazo de um ano ou mais e que tenham eficácia comprovada mediante testes. Assim fundamenta:

“O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

EDSON FACHIN no que toca aos medicamentos de alto custo, manifestou-se a favor de sua dispensa, mas ressaltou que para aqueles listados no SUS, deve ser

apresentado receituário médico com preferência feito por médico ligado à rede pública, além de se comprovar que é a única alternativa terapêutica ou mesmo que houve demora na incorporação pela Administração, dentre outros critérios. No que concerne a entrega de medicamentos sem registro na ANVISA, o ministro deu parecer contrário, a menos que fique comprovada que a agência demorou em analisar o pedido de registro. (STF, voto REs 566471 e 657718)

Quanto aos medicamentos experimentais o também magistrado INGO WOLFGANG SARLET(2007, p.205), em obra coletiva já ponderava que:

[...] não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos **experimentais**, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros. **(grifo nosso)**

Diante disso, parece salutar que esses paradigmas existam e comecem a ser observados pelos magistrados para que se discuta a garantia do mínimo existencial incluída a atenção que se deve dar aos critérios científicos no que toca a efetiva segurança da saúde do pleiteante e a acurácia do tratamento/medicamento sem pôr em risco sua saúde.

Daí a necessidade de um maior rigor por parte do julgador na análise da produção de provas trazidas pelas partes no processo - em especial da prescrição médica -, o qual deveria contar com o auxílio técnico do Núcleo de Apoio Técnico em Saúde (NATS) antes de proferir suas decisões.

Neste ponto e diante do que já se comentou, vem a calhar as palavras do então ministro LUIS ROBERTO BARROSO, para quem “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”(BARROSO, voto REs 566471 e 657718).

Não obstante, para obtenção de decisões judiciais favoráveis sobre o direito à saúde, o Judiciário também deveria adotar como critério - por nem sempre decidir melhor do que o Administrador, já que não possui conhecimento técnico sobre acurácia e segurança de medicamentos e/ ou tratamentos pleiteados -, as orientações

e decisões proferidas pelo Núcleo de Apoio Técnico em Saúde – NATS e Comissão Nacional de Incorporação da Tecnologia do SUS - Conitec, cujo papel é proferir decisões administrativas pela incorporação ou não de medicamentos, procedimentos, OPME e novas tecnologias baseadas em estudos técnicos.

Merece destaque a explicação de CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p. 67) sobre como o juiz deve observar as decisões do Conitec, posto ser isso que qualifica a fundamentação fática da decisão judicial, sem a qual esta poderá ser anulada:

Se a decisão do Conitec for favorável à incorporação da tecnologia no SUS, parece evidente que o magistrado não pode contrariá-la, salvo comprovação científica contrária, contemporânea ou superveniente (ônus que compete ao autor do processo).

De outro lado, se a posição da aludida entidade é para não autorizar a incorporação da tecnologia no âmbito do SUS, o juiz somente poderá deferir o pedido veiculado na via judicial se houver prova técnica – e apenas técnica – refutando a conclusão da Conitec (neste caso, a prova técnica também precisa ser apresentada pela parte autora).

Exigência que faz todo sentido e é mínima, ao se considerar que a autoridade judiciária tem criado políticas públicas em suas decisões. Devendo observar a Lei 12.401/2011 que alterou a Lei 8080/90 e que estabelece regras sobre a assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde no SUS e comparar se o pleito inicial está de acordo com as resoluções nº 31 e 36 do Conselho Nacional de Justiça (SCHULZE, 2015, pp.68, 69).

Enfim, ante as observações feitas, percebeu-se um Judiciário que precisa refletir se sua atuação tem contribuído para uma melhora ou piora na outorga do direito à saúde e, que reflita sobre o tipo de interpretação isolada que se tem dado à literalidade do texto constitucional, com a rejeição dos dados da realidade para a solução dos casos relacionados à concretização do direito à saúde, indo em contramão à própria finalidade da Constituição. Mas para tanto, será de bom alvitre o caminhar em passos largos rumo à construção de diálogos institucionais.

4.4 Diálogos Institucionais.

Não é de hoje que a proposta da necessidade de diálogos entre os poderes tem sido apresentada a fim de que entrem em consenso sobre como resolver ou minimizar o excesso de judicialização da saúde sem tolher os direitos dos cidadãos. E diante do que se apresenta, talvez seja a melhor solução a se buscar.

Aduz CLENIO JAIR SCHULZE que a teoria dos diálogos institucionais surgiu como medida alternativa à supremacia judicial, buscando ao mesmo tempo corrigir os excessos decorrentes do ativismo judicial e as omissões da autocontenção judicial e, ainda serve para possibilitar a independência e harmonia dos poderes. Esse diálogo tem seu protótipo no que se estabeleceu desde 2010 entre o CNJ- composto por atores da justiça e o Fórum Nacional da Saúde - composto por atores do sistema de saúde (2015, pp. 71 - 74).

A crescente judicialização da saúde alcançou tal proporção que despertou preocupação Institucional a partir de 2009 gerando valorosos debates sobre o tema com a realização da Audiência Pública em 2009 no STF. Foi a partir desta Audiência que o Conselho Nacional de Justiça começou a atuar em assuntos de saúde e emitiu em 2010, a importante Recomendação nº 31 e outras Resoluções, como a de nº 107 por exemplo.

A Recomendação nº 31/2010 passou a estabelecer diretrizes para os juízes quanto as ações que envolvam direito à saúde, recomendando os tribunais a adoção de medidas que visem melhor subsidiar os magistrados para assegurar uma maior eficiência na solução de demandas que tratem da assistência à saúde.

Logo depois, o CNJ publicou a Resolução de nº 107/2010 que instituiu o Fórum Nacional para monitoramento das ações judiciais e proposição de medidas concretas para resolução de demandas de assistência à saúde, que hoje tem sede no CNJ, sendo composto por um Comitê Executivo Nacional - integrado por juízes, especialistas e representantes de órgãos responsáveis pelo sistema de saúde – e por Comitês Estaduais com atores do sistema de justiça e de saúde.

A atuação do Fórum Nacional de Saúde busca a prevenção de discussão judicial, mas quando esta for inevitável, se espera “que os agentes envolvidos consigam resolver a lide da forma menos agressiva e menos onerosa possível a todos os envolvidos”(SCHULZE , 2015, p. 83).

Neste sentido último, o CNJ recomendou a criação dos Núcleos ou Câmaras de Apoio Técnico – NAT, as quais prestam informações técnicas que auxiliam o Judiciário na análise dos pedidos autorais, quando assim solicitar, já que é faculdade a ser exercida pelos juízes.

Em Pernambuco, o Núcleo de Apoio Técnico a Saúde funciona desde 2012, fruto de um convênio do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) com o Poder

Executivo no final de 2011, mas percebe-se pelas demandas analisadas que ele foi e vem sendo solicitado apenas em poucas situações.

Recentemente, o CNJ publicou a Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016, que dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde (art. 1º), bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública (art. 3º). Reforçando a ideia da proposta de diálogo institucional, o art 1º estabelece que:

Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.

§ 1º O Comitê Estadual da Saúde terá **entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro.**

§ 2º Aplica-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhe compete, as mesmas atribuições previstas ao Comitê Executivo Nacional pela Resolução CNJ 107/2010, destacando-se aquela estabelecida no seu inciso IV do artigo 2º, **que dispõe sobre a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário.(grifo nosso)**

O que parece ter influenciado na louvável - mas não suficiente - iniciativa do Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco de realizar a primeira das sucessivas reuniões e debates sobre a judicialização da saúde no Estado, que ocorrera em 29 de setembro de 2016 com autoridades judiciárias(02), procuradores do Estado(02) e representantes do Executivo(04) a fim de que o TJPE possa cumprir com a referida Resolução já que ainda não instalou o Comitê Estadual, como a maioria dos Estados brasileiros o fizeram desde a Resolução 107/2010 do CNJ. (fonte: site SES/PE)

Sobre esta iniciativa, o juiz Mozart Valadares, diretor do Fórum Rodolfo Aureliano registrou que:

É preciso ter coragem e transparência para enfrentar esse problema. A solução é sentar todas as partes interessadas e discutir para cada um dar a sua contribuição. É uma discussão que precisa ser feita com muito comprometimento e seriedade para não banalizar as decisões judiciais. Tem ações que pedem remédios, próteses e cirurgias, mas tem casos em que são solicitados até medicamentos para animais de estimação.

A proposta de ampliação do diálogo entre o sistema de justiça e o sistema de saúde também é feita por CLENIO JAIR SCHULZE (2015, p.96) para ele,

[...] é preciso aumentar e fortalecer a articulação entre os agentes públicos responsáveis pela concretização do direito fundamental à saúde. A atuação isolada do sistema de justiça (operadores do direito) e do sistema de saúde (gestores) não contribui para a evolução e o progresso desejado pela sociedade.

Com propriedade, EDUARDO MURILO NOVAK (2012, p. 14) favorável à interação entre os atores sociais para que se resolva da melhor maneira possível as contendas referente à assistência a saúde, pontuou o seguinte:

A Administração Pública, o Judiciário e a Medicina devem unir esforços para que o atendimento específico de alguns cidadãos jurisdicionados não implique a desassistência de uma grande maioria dependente do acesso universal, garantido pela Carta Magna, à saúde. Demandas específicas têm de ser apreciadas com a cientificidade que merecem, e para isso é fundamental que essa busca pela melhor terapêutica seja **balizada por princípios éticos, morais e cabalmente técnicos – daí a necessidade de o julgador escorar-se, por meio de auxiliares que se debrucem na ciência e nas melhores doutrinas e práticas médicas, para resolver essas contendas.** Com isso ganhará a Justiça, por promover a adequada prestação jurisdicional; trará frutos à Administração, pois poderá alocar os recursos do modo mais equânime possível; e será agraciada a Medicina, por poder prover a melhor assistência ao paciente. **(grifo nosso)**

Desta forma, importante que os atores sociais atentem para a necessidade de um diálogo efetivo e não meramente filosófico, para que haja uma interação prática na condução de litígios desta natureza, e seja possível a obtenção de respostas mais céleres aos litigantes, efetivadora de direitos fundamentais que minore no que for possível eventual prejuízo orçamentário aos cofres públicos.

4.5 E por que não transigir?

De mais a mais, deve ser fomentada a adoção de mecanismos alternativos para a solução de controvérsias sobre o direito à saúde, como a conciliação e a mediação.

Sabe-se que os efeitos da judicialização com a alta quantidade de condenações judiciais em face do Estado, as multas aplicadas por eventual e involuntário descumprimento de liminares, as possíveis indenizações pela demora no fornecimento do bem da vida que se pleiteou inicialmente e a atuação dos procuradores no processos em várias instâncias, torna o processo em si muito caro aos cofres públicos estaduais.

Com efeito, existem ações específicas em que se houvesse a prática da conciliação ou até mesmo a mediação - extrajudicial ou no curso do processo -, não despenderia tanto ao Erário e a coletividade sairia ganhando. Pensar de outra maneira, seria retirar a possibilidade de alguma melhora para o sistema público de saúde e o sistema de justiça local.

Talvez por esta razão RAFAEL SCHREIBER (2014) destacou que:

Em qualquer área do Direito Administrativo, se a transação for mais benéfica ao interesse público, na ponderação de valores do caso concreto, estar-se-á cumprindo o comando constitucional, principalmente os princípios da celeridade, da economicidade e realizando o próprio Estado Democrático Constitucional.

Com o advento da Lei nº 13.140/2015 (âmbito da Administração Pública Federal) e o Novo Código de Processo Civil, que visaram diminuir o excesso de Judicialização, constata-se, *mutatis mutandis*, que os tempos mudaram e a ideia de que a Fazenda Pública não deveria/poderia fazer acordo em razão da indisponibilidade do interesse público, parece que vem sendo superada.

Advogando pela possibilidade de acordo judicial ou extrajudicial entre particular e a Administração Pública, RAFAEL SCHREIBER (2014) elucida como e em quais situações se daria a composição:

[..] sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a transação é cabível. **Caso verse sobre questões indisponíveis, prudente que o acordo seja realizado apenas judicialmente, em que o juízo verificará as suas condições e cumprimento do interesse público (fim), em sede de homologação.(grifo nosso)**

Neste sentido, a Lei nº 13.140/2015 dispõe sobre a mediação e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, em seu art. 1º e 32 preconiza que:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, **poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.**

[..]

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - **avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;**

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.**(grifo nosso)**

A ideia de conciliação e mediação como método de resolução de conflitos, também veio positivada no Novo CPC, no artigo 3º, §3º, 165 e 334. No parágrafo terceiro do art. 3º, fixou-se a obrigatoriedade de que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, estimulem - inclusive no curso do processo judicial - a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.

Ainda, na intenção de que o Poder Judiciário passe a fomentar a resolução dos conflitos sem necessariamente ser por meio de uma sentença judicial, a redação do art. 165 confere o dever aos Tribunais de criarem “centros Judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Cumprido mencionar que o preconizado no art. 334 do NCPC - que tornou obrigatória a audiência de conciliação – mais parece letra morta na *praxis* do Judiciário de Pernambuco, seja porque os Juízes sequer intimaram o Estado a comparecer, seja porque este previamente requereu a dispensa do comparecimento ou realização da audiência, o que minimamente reflete o desinteresse em se adotar meios alternativos de resolução de conflito em matéria de saúde.

A referida conjuntura não indica ser a melhor postura a ser adotada neste cenário tão crítico – judicialização da saúde. Daí as proposições de CLENIO JAIR SCHULZE (2015) que espelham a premente necessidade de uma mudança, a saber:

É tempo, portanto, de nova postura dos atores da judicialização da saúde. Ou seja, é preciso pensar em uma cultura de superação do litígio, em prol do fomento à resolução não adversarial dos conflitos em saúde. Com esta nova perspectiva, todos ganham, desde os potenciais litigantes, bem como toda a sociedade.

Não é mais possível depositar todas as expectativas da sociedade no Poder Judiciário, pois [sic] este não possui condições de resolver todos os problemas. É preciso que as pessoas e as instituições criem estruturas para evitar e solucionar os conflitos (hoje vivemos o contrário, fomentando-se os conflitos).

Neste ponto, o ideal seria um despertar prático por parte do Ente Público para que seja mais acessível a proposta de políticas conciliatórias e mediadoras, pois isto indica “não somente uma linha de transformação da dogmática clássica fundamentada do ato de autoridade, mas também uma evolução do próprio modo de agir da Administração Pública”(SCHREIBER,2014) em prol do interesse da coletividade.

Ou seja, quando o Judiciário produz reiteradas decisões sobre o direito à saúde despreocupado com os efeitos jurídicos e fáticos que elas produzem e sem adotar os critérios já abordados, acabando por não contribuir na prática com o alcance da finalidade da Constituição em seu art. 196 e quando o Executivo por sua má alocação de recursos não consegue atender o mínimo existencial dos administrados, a lógica é que ambos unam esforços para tentar minimizar o impacto que a judicialização da saúde pode causar. Inclusive deve buscar a prevenção ou resolução de possíveis litígios por meio de um diálogo, visto que a existência de monólogo cheio de divagações ou mesmo a disputa de quem tem a última palavra sobre política pública, não tende a trazer um concreto benefício à coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, o fato de a saúde ser um direito fundamental de todos ninguém discute, mas que ele é efetivado 'mediante políticas públicas e econômicas' e que o Estado tem a obrigação de atender na medida daquilo que é razoavelmente possível - como limite à prestação do direito à saúde -, há diversas discussões. A ideia do neoconstitucionalismo cria a excessiva expectativa de efetivação dos direitos onde tudo se Judicializa, criada está a cultura da judicialização da saúde que atualmente caminha sem freios.

Ao que parece, toda a sociedade tem culpa no excesso de Judicialização da Política, - que causa dificuldades na gestão do Sistema Público de Saúde, pois de um lado o Executivo é omissos na execução de políticas públicas e ao seu lado está parcela da população que vive um excesso de expectativa de direitos diante até, do que não é possível oferecer, e de outro, o Judiciário quando abusa do seu mister e sequer se preocupa com as consequências de se deferir o direito à saúde na medida do custe o que custar, bem como os auxiliares da Justiça que ajuízam de forma desmedida as ações de saúde, como o Ministério Público, Defensoria Pública e Advogados.

O Judiciário ocupa um papel importante no Estado Democrático de Direito, que não se limita a resolver litígios específicos, tampouco dizer ou como alguns queiram, criar o direito, mas como ator de Justiça que é, não deve esquecer seu papel social a buscar o bem-estar de toda a coletividade e somente o fará quando entender que as promessas da Constituição não podem ter seu cumprimento forçado com imposições desconexas do todo e da realidade social.

A realidade do SUS no Estado, não será transformada ao virar o dia, nem será ao tempo e ao modo como todos desejam, bom seria que assim fosse, mas a questão é que o ativismo judicial como caminha não demonstra estar efetivando o direito à saúde na maior extensão possível, ao contrário, as decisões apegadas ao formalismo excessivo do texto da lei, tem tornado o sistema desigual e inviabilizado a gestão da política pública local, o que tenderia a tornar o sistema insustentável.

Desta forma e diante do exposto ao longo do trabalho, demonstra-se que há uma efetiva necessidade de que haja uma abrupta mudança na forma de se pensar,

interpretar, requerer e se conceder o direito à saúde, não como sendo um direito absoluto, porque por mais que se deseje que todos sem exceção, tenham acesso aos melhores atendimentos médico-hospitalares com alta tecnologia, celeridade e eficiência suficiente a atingir o ideal de saúde, e que em verdade o Estado pudesse ter capacidade financeira e estrutural tal que garantisse incondicionalmente o direito à saúde aos seus mais de nove milhões de pernambucanos, é preciso aceitar que nem sempre o que se deseja é compatível com aquilo que está no campo da viabilidade.

Em uma perspectiva pragmática, para que se cumpram as promessas constitucionais sobre a efetivação do direito à saúde os magistrados precisam ponderar quando devem agir mais ativamente e quando em autocontenção. Aliás, deveria haver a compreensão de que para que se obtenha uma decisão adequada, a hermenêutica constitucional não pode ser dissociada da realidade nem do restante do ordenamento (as normas infraconstitucionais).

É possível, portanto, inferir que o Judiciário de Pernambuco só poderá contribuir efetivamente para o alcance da finalidade maior da Constituição, mediante uma atuação equilibrada e racional por meio dos critérios preestabelecidos quando o assunto for assistência à saúde e, desde que as consequências que emanam das decisões judiciais deixem de ser comumente ignoradas.

Por fim, tudo indica que a deflagração do diálogo institucional no Estado exercerá um importante papel norteador destas questões e auxiliará na efetivação dos direitos à saúde em seu sentido lato, se não tratar-se apenas de mais uma iniciativa sem resultados práticos.

REFERÊNCIAS

Em meio eletrônico:

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista da Faculdade de Direito da USP. vol. 97. (2002) pp. 107-125 Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146> >. Acesso em 27 de jul. de 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão apud MARTINAZZO, Nayara. **O Novo Código de Processo Civil: o resgate da garantia constitucional de fundamentação decisória**. Artigo publicado em 06/dez/2015. Disponível em : <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9500/O-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-o-resgate-da-garantia-constitucional-de-fundamentacao-decisoria>> Acesso em 12 de out. de 2016.

CUNHA, Rogério Vidal apud MARTINAZZO, Nayara. **O Novo Código de Processo Civil: o resgate da garantia constitucional de fundamentação decisória**. Artigo publicado em 06/dez/2015. Disponível em : <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9500/O-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-o-resgate-da-garantia-constitucional-de-fundamentacao-decisoria>> Acesso em 12 de out. de 2016.

BRUNO, Reinaldo Moreira; ANDRADE, Artur Fontes de. **As políticas públicas de saúde e seus efeitos jurídicos em razão da precariedade de seus programas**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 79, set. 2007. Disponível em :<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=47091>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

FAZZA, Ana Luiza Lima. **O direito à saúde e a possibilidade do controle judicial**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 173, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236582>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

FONTES, Vieira Carolina apud MARTINAZZO, Nayara. **O Novo Código de Processo Civil: o resgate da garantia constitucional de fundamentação decisória.** Artigo publicado em 06/dez/2015. Disponível em : < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9500/O-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-o-resgate-da-garantia-constitucional-de-fundamentacao-decisoria>> Acesso em 12 de out. de 2016.

FREITAS, Francys Gomes; VAZ, Michelle de Freitas. **Judicialização Das Políticas Públicas De Saúde: Parâmetros e critérios objetivos para o fornecimento de medicamentos pelo Estado.** CONPEDI, v. XXI, p. 231-260, 2012. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2c79b73d2716e947>>. Acesso em: 20 de Maio de 2016.

GLOECKNER, Joseane Ledebrium. **A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde.** A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013. Disponível em:<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/150> >. Acesso em: 25 de out. 2016.

GUTIER, Murillo Sapia; CORREIA JUNIOR, Rubens; VENTURA, Carla A. Arena. **O direito fundamental à saúde e a judicialização no Brasil: A saúde como direito humano e sua tutela processual.** Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 89, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232309>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

LIMA, Flávia Danielle Santiago apud PAULA, Alaíde Maria de. **Judicialização do direito Constitucional à saúde: impactos das decisões judiciais no orçamento público.** Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em < <http://www.esg.br/images/Monografias/2013/PAULA.pdf>> . Acesso em: 20 de maio de 2016.

MARINO, Leonardo Romero. **Moldando a “reserva do possível” no tempo:a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental.** 2014. P. 171- 195. Disponível em : < www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/download/.../2565 >. Acesso em 31 de out. de 2016.

MARQUES, Silvia Badim. **Resenha Nacional.** Revista de direito sanitário. Vol. 5, n. 2, julho de 2004. 137- 141. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80690>> Acesso em: 15 de set. 16.

MARTINAZZO, Nayara. **O Novo Código de Processo Civil: o resgate da garantia constitucional de fundamentação decisória.** Artigo publicado em 06/dez/2015. Disponível em : < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9500/O-Novo-Codigo-de->

Processo-Civil-o-resgate-da-garantia-constitucional-de-fundamentacao-decisoria>
Acesso em 12 de out. de 2016.

MATTA, Gustavo Corrêa. **“Princípios e diretrizes do sistema único de saúde”**. In PONTE, Carlos Fidélis(org.). Na corda bamba de sombrinha: a saúde no fio da história. Rio de Janeiro : Fiocruz/COC; Fiocruz/EPSJV, 2010. Cap. 8. Pp. 247-255. Disponível em < <http://observatoriohistoria.coc.fiocruz.br/local/File/livro-na-corda-bamba-de-sombrinha.pdf> > Acesso em: 15 de set. 2016.

MATTA, Gustavo Corrêa. **Universalidade**. In: Dicionário da Educação Profissional em Saúde. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/uni.html>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

MIRANDA, Ciro Carvalho. **Direito à saúde e constitucionalização simbólica: perspectivas de concretização de um direito fundamental**. Artigo.2009.Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63471>> Acesso em: 04 de ago. de 2016.

NOVAK, Eduardo Murilo. **Judicialização da saúde. A equidade necessária entre indivíduo e coletividade**. v. 29, n. 113, 2012. Disponível em: <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/167>> . Acesso em: 28 de out. de 2016.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **A fundamentação das decisões judiciais no CPC/2015: um primeiro olhar**. Artigo publicado em 07 de jul. de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106_MI223041,21048-A+fundamentacao+das+decisoes+judiciais+no+CPC2015+um+primeiro+olhar > Acesso em : 09 de out. 2016.

OKA, Juliana. **Fundamentação Das Decisões Judiciais No Novo CPC: Vetar Por Quê?** Artigo publicado no portal processual. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/fundamentacao-das-decisoes-judiciais-no-novo-cpc-vetar-por-que/> > Acesso em : 12 de out. de 2016.

PAULA, Alaíde Maria de. **Judicialização do direito Constitucional à saúde: impactos das decisões judiciais no orçamento público**. Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em <http://www.esg.br/images/Monografias/2013/PAULA.pdf> . Acesso em: 20 de maio de 2016.

PEREIRA, Paulo Pessoa apud MARTINAZZO, Nayara. **O Novo Código de Processo Civil: o resgate da garantia constitucional de fundamentação decisória**. Artigo publicado em 06/dez/2015. Disponível em : <

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9500/O-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-o-resgate-da-garantia-constitucional-de-fundamentacao-decisoria>> Acesso em: 12 de out. de 2016.

PERES, Fernando. **Sistema principiológico no novo CPC: comentários dos artigos 1º ao 12.** Artigo publicado em julho de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40949/sistema-principiologico-no-novo-cpc-comentarios-dos-artigos-1-ao-12>>. Acesso em : 09 de out. 2016

PINHEIRO, Roseni. **Integralidade.** In: Dicionário da Educação Profissional em Saúde. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html> >. Acesso em: 25 de mar. 2014.

RAPOSO, João Vitor Villar. **A Fundamentação da Decisão Judicial no Código de Processo Civil de 2015.** Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2015. Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/5247/4998> Acesso em: 12 de out. de 2016.

ROCHA, Renata Oliveira Da. **Direito À Saúde e o Compartilhamento Democrático do Acesso às Tecnologias Médicas Avançadas.** n. 154. 2013 Disponível em : <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2546/1840>>. Acesso em : 27 de out. 2016.

SAJ . SISTEMA DE AUTOMAÇÃO JUDICIAL. Procuradoria Do Estado De Pernambuco. Consulta ações por área. Acesso em: 06 de out. de 2016.

SANTOS, Adairson Alves dos. **Conceito de Saúde: perspectiva histórica.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: < http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10598&revista_caderno=9 >. Acesso em 21 de ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista Direitos Fundamentais e Justiça. nº 1. P. 171-213 Out/Dez 2007. Disponível em <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf. > Acesso em: 15 de set. 2016.

SCHEINBERG, Morton. **Judicialização da saúde, um mal necessário.** Artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 22 de fevereiro de 2009. Disponível em; < <http://www.trela.com.br/arquivo/judicializacao-da-saude-um-mal-necessario> > Acesso em: 24 de out. de 2016.

SCHREIBER, Rafael. **Acordos judiciais e extrajudiciais feitos por advogado público, sem lei prévia.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4122, 14 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 1 de nov. de 2016.

SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização é o remédio para a saúde?** Artigo publicado em 30/12/2015. Disponível em : <http://emporiododireito.com.br/a-judicializacao-e-o-remedio/#_ftn2>. Acesso em: 30 de out. 2016.

SCHULZE, Clenio Jair. **Conciliação e mediação nos conflitos sobre direito à saúde.** Artigo publicado em. 09 de Mai. de 2016. Disponível em:<<http://emporiododireito.com.br/conflitos-sobre-direito-a-saude/>>. Acesso em 01 de Nov. de 2016.

SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil: uma definição.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em:<www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791> Acesso em: 24 de out. de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em:< <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/097033070.pdf> > Acesso em: 17 de out. de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil.** Artigo publicado. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: < siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280 > Acesso em: 18 de out. de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Sendo incomum. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”.** Artigo publicado no consultor jurídico em 13 de março de 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo> > Acesso em: 17 de out. de 2016.

VARELLA, Drauzio. **Limites do SUS.** Disponível em : < <http://drauziovarella.com.br/drauzio/artigos/os-limites-do-sus/> > Acesso em: 18 de set. 2016.

VILAÇA NETO, José de Souza. **O Orçamento Público, Análise Geral e Leis orçamentárias.**

Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10016> 2013

Acesso em: 24 de ago. 2016.

Obras impressas:

AGUIAR, Ariano Tércio Silva. **Políticas Públicas na Área da Saúde e a Teoria da Reserva do Possível.** In Direito constitucional e políticas públicas. ANDRADE, Fernando Gomes de(Org.). Recife: EDUPE, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direitos, Escassez e Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo Judicial: um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípios da separação dos poderes?.**In Direito constitucional e políticas públicas. ANDRADE, Fernando Gomes de(Org.). Recife: EDUPE, 2012.

ASSUMÇÃO, Wagner Millanez Viana de. **Ativismo judicial na tutela dos direitos fundamentais: o poder Judiciário como legislador positivo.** I In Direito constitucional e políticas públicas. ANDRADE, Fernando Gomes de(Org.). Recife: EDUPE, 2012.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral apud ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo Judicial: um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípios da separação dos poderes?.**In Direito constitucional e políticas públicas. ANDRADE, Fernando Gomes de(Org.). Recife: EDUPE, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva,2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CARDOZO, Benjamin Nathan apud por ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais”?** Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed.São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas**. In FORTINI, Cristiana;ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) Políticas públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 107-125.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública**. In FORTINI, Cristiana;ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) Políticas públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 293-343.

CATÃO, Adrualdo de Lima apud ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais”?** Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2013.

DEZEN JÚNIOR, Gabriel. **Constituição Federal Interpretada**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito administrativo**. 28.ed.São Paulo:Atlas, 2015.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo**. In Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Ruben de Alcântara Bonfim (Org.); As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde, São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

KIYOSHI HARADA apud DEZEN JÚNIOR, Gabriel. **Constituição Federal Interpretada**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Gustavo do Amaral. **Direito, escassez e escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro-São Paulo: RENOVAR, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OMS. **Actas oficiales dela OMS**, nº 2, p.100.1948.

POSNER, Richard Allen apud ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais”?** Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2013.

REBERVEL, Carlos Eduardo Dieder apud ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo Judicial: um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípios da separação dos poderes?**.In Direito constitucional e políticas públicas. ANDRADE, Fernando Gomes de(Org.). Recife: EDUPE, 2012.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais”?** Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2013.

ROSA, Marcus Vinícius Lins. **Políticas públicas: implementação pelo poder Judiciário**.In Direito Constitucional e Políticas Públicas. ANDRADE, Fernando Gomes de(Org.). Recife: EDUPE, 2012.

SANTOS, Lenir. **“SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde”**. In Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Ruben de Alcântara Bonfim (Org.);As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde, São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. In Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Ruben de Alcântara Bonfim (Org.); As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde, São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

SCHULZE, Clenio Jair. GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da Judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Marina Coelho de Arruda. **Políticas Públicas para a Saúde: SUS e a realidade brasileira**. In Direito Constitucional e Políticas Públicas. Recife: EDUPE, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decidir conforme a consciência?: protogênese do protagonismo judicial**. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.) Constituição e processo: entre direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 215-250.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES NETO, Luiz Ferreira. **Implementação das Políticas Públicas pelo poder Judiciário**. In Direito Constitucional e Políticas Públicas. Recife: EDUPE, 2012.

Legislação:

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>.

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

BRASIL. **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>.

BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde e dá outras providências. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> .

BRASIL. **Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000.** Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm> .

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> .

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> .

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm> .

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> .

PERNAMBUCO. **Constituição do Estado de Pernambuco.** Promulgada em 05 de outubro de 1989. Disponível em : <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemento=0&ano=1989&tipo=>> .

PERNAMBUCO. **Lei nº 15.586, de 21 de setembro de 2015.** Estabelece as diretrizes orçamentárias do Estado de Pernambuco para o exercício de 2016, nos termos dos arts. 37, inciso XX; 123, § 2º; 124, § 1º, inciso I, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 31, de 2008; e 131, da Constituição do Estado de Pernambuco. Disponível em: < <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=15586&complemento=0&ano=2015&tipo=>> .

Sites (informações, notícias etc):

BRASIL, BBC. Fábio Cury. “ **'Pobres e ricos têm tratamento idêntico em sistema único no Canadá', diz médico brasileiro**”. 23 de setembro de 2014. Disponível em : < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922_medico_sala_social_eleicoes2014_canada_ac_cq> Acesso em: 18 de set. 2016.

BRASIL, Ministério da Saúde. 1993. **Saúde**. Pp. 59-90. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>> Acesso em: 21 de Ago. 2016.

BRASIL. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde. 1987.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Fundo Nacional de Saúde**. Disponível em: <<http://www.fns.saude.gov.br/visao/carregarMenu.jsf?coMenu=8>> Acesso em : 24 de ago.2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS). Indicadores Estaduais**. Disponível em : < <http://siops.datasus.gov.br/relindicadoresuf.php?escuf=3>> Acesso em: 21 de set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 238 de 06/09/2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>.

CFM. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.956/2010. **Disciplina a prescrição de materiais implantáveis, órteses e próteses e determina arbitragem de especialista quando houver conflito**. Publicada no D.O.U., de 25 de outubro de 2010, Seção I, p. 126. Disponível em : < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1956_2010.htm>. Acesso em : 28 de out. de 2016.

CNJ. Recomendação 31, de 31 de março de 2010. **Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877> >. Acesso em: 31 de out. de 2016.

CNJ. Resolução 107, de 06 de Abril de 2010. **Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173> >. Acesso em: 31 de out. de 2016.

CNJ. Resolução 238, de 06 de Setembro de 2010. **Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191> >. Acesso em: 31 de out. de 2016.

ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil Enunciados Aprovados.** Disponível em:<<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>Acesso em : 12 de out. 2016.

GUIA DE DIREITOS. **Direito à Saúde.** Disponível em < http://www.guiade.direitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=31>Acesso em :11 de set. 2016.

IBGE. **População. 2016.** Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 22 de set. de 2016.

JORNAL DA LEI. **'Juizes não são donos da lei'**. Entrevista com Luiz Lênio Streck em 18.10.16. JORNAL DO COMÉRCIO. Porto Alegre. Disponível em: < http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/10/cadernos/jornal_da_lei/525881-juizes-nao-sao-donos-da-lei.html > Acesso em : 20 de out. de 2016.

SECRETARIA DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. **Programas e ações.** Site institucional. Disponível em: .< <http://portal.saude.pe.gov.br/programas-e-acoes>>. Acesso em 09 de set. de 2016.

SECRETARIA DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. **Informações em Saúde.** Site institucional. Disponível em: .< <http://portal.saude.pe.gov.br/programas-e-acoes>>. Acesso em 10 de set. de 2016.

SECRETARIA DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. **SES discute judicialização com TJPE.** Notícia de 23.09.2016. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/noticias/secretaria/ses-discute-judicializacao-com-tjpe>. Acesso em : 25 de set. 2016.

SECRETARIA DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. **PE lidera ranking de investimentos em Saúde no NE.** Notícia de 11.03.2016. Disponível em: <<http://portal.saude.pe.gov.br/noticias/secretaria/pe-lidera-ranking-de-investimentos-em-saude-no-ne>> . Acesso em 30 de ago. de 2016.

SECRETARIA DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. **SES discute judicialização com TJPE.** Disponível em: < <http://portal.saude.pe.gov.br/noticias/secretaria/ses-discute-judicializacao-com-tjpe>> . Acesso em: 31 de out. de 2016.

STF. Audiência Pública. **O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário.** 27 de Abril de 2009. Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em: 24 de out. 2016.

STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA. 06 de Mai. 2009. **Políticas Públicas De Saúde – Integralidade do Sistema.** Luis Roberto Barroso. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 26 de out. 2016.

STF. Notícias. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial.** 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em : 29 de out. 2016.

TRF 2ª Região. **“A fundamentação das decisões no novo CPC - Entrevista com o Desembargador Federal André Fontes.”** Notícia publicada em 22.03.2016. Disponível em: < http://www.trf2.jus.br/Paginas/Noticia.aspx?Item_Id=3111&js=1 > Acesso em: 12 de out. 2016.

Jurisprudências:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 261.268/RS -Relator: Ministro Moreira Alves.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1817&tipo=CJ&termo=sta+175> >. Acesso em: 07 de ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico]. 5. ed. Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2016.

JFPE. Notícias. **TRF5 mantém decisão de fechamento do CTMO/HEMOPE.** Disponível em <http://www.trf5.jus.br/noticias/2097/trf5_mantacm_decisalo_de_fechamento_do_ctmohemope.html > Acesso em: 25 de set. 2016.

JFPE. Consulta Processual. **Sentença.** Disponível em: <<http://www.jfpe.jus.br/index.php/2015-03-12-18-14-35/708-2013-11-26-20-30-20.html>>. Acesso em : 25 de set. 2016.

TJPE. Consulta Jurisprudência. **Ação Civil Pública.** Disponível em : <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/resultado>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

TJPE. Consulta Processual. **Sentença.** Disponível em: <<http://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/xhtml/consulta.xhtml> sentença > Acesso em: 25 de set. 2016.