

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A PROPOSTA DO COMITÊ INTERINSTITUCIONAL DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE DEMANDAS DA SAÚDE

Renata Barros Gomes Netto¹

Paulo Renato Guedes Bezerra²

RESUMO

Aborda-se a judicialização das demandas da saúde como um direito fundamental social à saúde garantido pela Constituição Federal de 1988. Discute a atribuição do Estado ao dever de garantia de acesso à saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a proposta do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS). Realiza estudo mediante uma visão dialética do tema. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, com uso de fontes de informação pertinentes através de análise da legislação, teoria, jurisprudência, artigos científicos em meio convencional e eletrônico. Discute-se a ineficiência do poder público na prestação de serviços capazes de proporcionar acesso igualitário e universal à saúde, o que ocasiona a crescente judicialização das demandas desse direito. Conclui-se que o CIRADS, mediante advocacia preventiva de litígios das questões da saúde, a conciliação nas questões judicializadas e projetos capazes de aperfeiçoar a saúde pública, apresenta-se como solução imediata para promoção eficaz da saúde em âmbito estadual, podendo, inclusive, ser ampliado para todo território nacional, a fim de expandir os resultados positivos alcançados e beneficiar toda a população brasileira.

Palavras-chave: Direito à saúde. Sistema Único de Saúde. Judicialização na Saúde.

HEALTH LAWS AND MOTION FOR A RESOLUTION OF INSTITUTIONAL ADMINISTRATIVE COMMITTEE OF THE DEMANDS OF HEALTH

ABSTRACT

The research deals with the judicial demands related to health issues. This is done since the 1988 Brazilian Federal Constitution withholds the fundamental right to health, and constitutes The State as the depositary of this guarantee. This is done through SUS- Sistema Único de Saúde, the Brazilian Health System. In order to acknowledge these

¹ Aluna de Direito da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do RN – FARN. E-mail: renatabarrosn@hotmail.com

² Mestre em Direito Constitucional, Professor de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do RN – FARN. E-mail: paulorenato25@hotmail.com.

demands the SUS deals with an Interstate Committee that deals with Administrative Resolutions of these Health demands. Thus, this research aims to realize a dialectical research of this theme. Thus the methodology used was of bibliographic research with use of information fonts such as legislation, theory, jurisprudence, conventional and electronic scientific articles. Issues such as the inefficiency of public spheres in health services are seen. Is also is seen that the State is not able to provide equal and universal access to health causing greater juridical demands. It is concludes that the Committee regards itself and conciliates juridical questions through the use and creation of projects that aim the public health improvement and are presented as immediate solution for the State health promotion. These projects could go beyond the state of Rio Grande do Norte in Brazil and be applied to the Brazilian territory which would expand their positive results and benefit the Brazilian population.

Keywords: Right to Health. Brazilian Health System. Health Laws.

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde foi pela primeira vez assegurado constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio brasileiro na Constituição Federal de 1988. Isto foi de suma importância, visto que, como direito fundamental, o direito à saúde possui aplicabilidade imediata e se inclui no rol das “cláusulas pétreas”.

Este diploma legal atribui, entre seus arts. 196 e 200, ao Sistema Único de Saúde (SUS) a realização de políticas públicas para efetivar o direito basilar à dignidade humana, qual seja, o direito à saúde. Essas políticas devem, conforme o mencionado art. 196 (BRASIL, 1988), visar à redução do risco de doença e de outros agravos, ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Além do SUS ter sido criado pela Constituição Federal, ele foi regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e n.º 8142/90, que, unidas, compõem a “Lei Orgânica da Saúde”.

Contudo, o SUS, após vinte e três anos de implementação, possui muitas falhas no planejamento e na execução dos serviços. Ao longo do território nacional, o que se observa são pessoas sem qualquer tipo de assistência médica, com dificuldades de obter medicamentos (dos mais básicos aos mais complexos), bem como impossibilitadas ao acesso a exames e cirurgias.

Mediante a inoperância do poder público, não resta outra saída à população que não seja recorrer ao Poder Judiciário, a fim de assegurar a efetividade do direito à saúde e garantir a dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de

acordo com o art. 1º, III, da Carta Magna nacional. Diante da era do neoconstitucionalismo, em que a Constituição é o centro para efetivação de direitos, é possível que o direito fundamental à saúde não tenha aplicabilidade imediata e seja meramente uma norma programática?

As constantes, numerosas e crescentes demandas da saúde formam o fenômeno chamado “judicialização da saúde”. Dessa forma, o Poder Judiciário, ao deferir pedidos de acesso à saúde, passa a interferir diretamente na organização, funcionamento e orçamento do Poder Executivo.

Muitas críticas são feitas em virtude dessa interferência do Poder Judiciário, dentre elas que o juiz atua como legislador positivo, que há necessidade de previsão orçamentária para concretização de políticas públicas e que não há, muitas vezes, o respeito ao princípio da reserva do possível. Teria, então, o Poder Judiciário legitimidade para intervir nas políticas públicas de saúde?

A “judicialização da saúde” como consequência da carência da prestação da saúde pelo SUS leva-nos a refletir que o mesmo precisa de mudanças e melhorias na atual forma de planejamento, gerenciamento e execução, de maneira que a população possa rápida e efetivamente ter acesso ao direito fundamental social à saúde. A quem cabem estas melhorias? Cabem apenas aos Poderes Executivo e Legislativo impor as diretrizes do SUS?

Eis as questões que serão devidamente ponderadas ao longo deste artigo, indagando se o surgimento do CIRADS é uma solução eficaz para as demandas da área de saúde, destacando-se, neste aspecto, todas as variáveis envolvidas concernentes ao tema proposto.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1 Breves noções sobre direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são aqueles que asseguram a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Entende-se que, para tal, é preciso que esses direitos estejam formalmente expressos no texto constitucional e materialmente efetivados. Em virtude

disso, os direitos fundamentais recebem maior proteção do ordenamento jurídico sendo, assim, imutáveis ou de difícil mutação. Recebem maior proteção e só em caráter de exceção relativizam-se em virtude de lei.

Contudo, os direitos fundamentais variam de Estado para Estado. A depender de que o poder constituinte originário, em virtude de aspectos ideológicos, filosóficos, históricos e políticos, consagrou na Constituição. O que pode ser direito fundamental para uma nação pode não ser para outra.

Faz-se mister destacar os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.11):

[...] os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...].

Analisando as constituições brasileiras anteriores a 1988, verifica-se o quão estes textos constitucionais eram escassos de direitos fundamentais.

A primeira Constituição do Estado Brasileiro, a de 1824, apenas dispunha, no Título 8.º, acerca das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, como o asilo inviolável da casa, o direito à propriedade, à instrução primária gratuita a todos os cidadãos e a igualdade da lei para todos.

Com o advento da República e a promulgação da Constituição de 1891, o Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II, Declaração de Direitos – assegurou aos brasileiros a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Já a Constituição de 1934, no Título III – Da Declaração de Direito, Capítulo II, Dos Direitos e das Garantias Individuais –, além das inviolabilidades anteriormente citadas, assegurou o direito à subsistência. Na Constituição de 1937, apenas suprimiu-se o direito à subsistência, que tinha sido acrescentado na Constituição de 1934.

A Constituição de 1946 trouxe uma importante inovação, ao acrescentar o direito à vida, mantendo o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade. A Carta Constitucional de 1967³ foi instituída sob o regime militar e manteve em seu texto original

³Posteriormente foram instituídos Atos Institucionais que suprimiram vários direitos e elencavam diversas punições para

os mesmo direitos assegurados na Constituição anterior.

A Carta Magna de 1988 é o reflexo do processo de redemocratização brasileira, após mais de vinte e um anos de ditadura militar.

Alguns direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 trouxeram consigo características de cunho programático e dirigente, sendo necessária, para a garantia desses direitos, a elaboração de leis, programas e diretrizes pelo poder público. Acontece que esse aspecto programático pode ser contestado em razão da inovação disposta no art. 5º, § 1º, CF, que menciona: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

É essencial destacar os ensinamentos de Gilmar Mendes (2009, p.285) acerca da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais citadas no art. 5º, § 1º, CF, que assim se faz:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Outra inovação da Constituição de 1988 é a inserção dos direitos fundamentais entre as "cláusulas pétreas", arroladas no art. 60, §4º, o que proíbe a eliminação destes direitos da nossa Lei Fundamental pelo Poder Constituinte derivado.

Ressalte-se, por oportuno, diferenciarmos a fundamentalidade formal da material. A primeira está associada ao direito constitucional positivo, ao passo que na Constituição Brasileira desdobram-se em três elementos, quais sejam: os direitos fundamentais (ex.: saúde) como norma superior hierárquica; os submetidos aos limites formais (movimento para modificação dos preceitos fundamentais) e materiais (cláusulas pétreas); e, por fim, os termos do que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF. A segunda corresponde à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional.

Portanto, direitos fundamentais são, para o ordenamento jurídico pátrio, normas referentes às pessoas, que foram positivadas na Carta Maior, em função da sua matéria e,

também, as que podem ser equiparadas, somando-se à constituição material, independentemente de terem sido expressas na constituição formal.

1.2 Direito fundamental à saúde na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira da história brasileira a elencar expressamente o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana. Tal disposição encontra-se no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, art. 6º, que assim dispõe:

São direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além da disposição constitucional acima mencionada, o direito à saúde é abordado, também, nos arts. 196 a 200 do referido texto e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, como, por exemplo, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que entrou em vigor no Brasil em 1992, em seu art. 12⁴.

A saúde não constitui apenas um direito constitucionalmente assegurado. É um dever do Estado, conforme menciona o art. 196 da Constituição Federal: "a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]", o que impõe, com mais rigidez, ao poder público a elaboração de políticas públicas eficazes, que assegurem a saúde como meio essencial para a dignidade humana.

O art. 197 da CF/88 dita ao poder público a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, remetendo a ele ou a terceiros a responsabilidade pela

⁴Artigo 12 - 1. Os Estados partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças;
- b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

execução destas ações e serviços. Em seguida, o art. 198 delimita a organização do Sistema Único de Saúde, ao passo que o art. 200 elenca, de forma exemplificativa, a competência do mesmo. Embora toda a afirmação da obrigação do poder público de efetivar o direito à saúde, a Constituição não exclui a possibilidade da iniciativa privada assistir a saúde, conforme dispõe o art. 199.

Vale destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva (2009), ao mencionar que o direito à saúde se norteia pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços. E que estes são de relevância pública, o que os leva a se condicionarem à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

1.3 Eficácia e efetividade do direito à saúde

O art. 5, § 1º, da Constituição Federal de 1988, dispõe, como já mencionado, o seguinte enunciado: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Diante de tal dispositivo, é possível afirmar que os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Constituição não necessitam de legislação infraconstitucional para lhes dar eficácia. Visto que os direitos fundamentais estariam à mercê da vulnerabilidade do poder público.

Em virtude do exposto, é possível aferir que o direito fundamental à saúde não pode ser entendido como apenas uma disposição legal meramente ilustrativa, mas sim como um direito que deve ser efetivado de forma consistente, pelo poder público, mediante mecanismos próprios.

Contudo, as afirmações acima dispostas não são de caráter absoluto, podendo ser flexibilizadas em virtude de situações específicas que serão estudadas de forma detalhada adiante.

Importa ressaltar a dimensão negativa e a positiva do direito à saúde, a fim de discorrer de maneira mais consistente sobre a efetividade e a eficácia do direito à saúde.

A dimensão negativa é a forma que se impõe ao Estado (e também aos indivíduos) de não agir de maneira que afronte à saúde da população. Diante disso, segundo lição de Ingo Sarlet (2007, p.10):

Qualquer ação do poder público, (ou particular) ofensiva ao direito fundamental à saúde será inconstitucional, e poderá ser objeto de demanda individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade.

Ainda no âmbito da dimensão negativa, o princípio da proibição do retrocesso é um suporte para sua fundamentação. Por este princípio é possível dizer, com ressalvas, que o legislador não pode abolir da carta constitucional os dispositivos que garantam a aplicabilidade de normas infraconstitucionais que destes dependam para ter eficácia e efetividade.

Na medida em que o poder constituinte originário concedeu ao direito fundamental à saúde, em virtude de elencá-lo dentro dos direitos fundamentais sociais, o *status* de “cláusula pétrea”, ele não pode ser suprimido nem por emenda constitucional. Caso haja afronta, cabe ao particular, ou ao poder público, por meio de procedimento judicial específico⁵, alegar a inconstitucionalidade do procedimento.

A dimensão positiva do direito à saúde corresponde à possibilidade do indivíduo cobrar do poder público as ações capazes de dar eficácia e efetividade máxima ao direito à saúde, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, procedimentos (exames e cirurgias) e insumos, visto que o Legislativo não regula de maneira correta o direito à saúde e o Executivo não garante a concretização desse direito.

É imperioso destacar os ensinamentos de George Jellinek, citado por Janete Ricklen Lopes de Barros (2009, p. 11), acerca dos *status* negativo e positivo do indivíduo frente ao Estado: “*status negativo*, decorre da necessidade de se salvaguardar algum âmbito de liberdade para o homem em face do império do Estado. Quando o indivíduo tem o direito de exigir uma prestação do Estado em seu favor, estamos diante do *status positivo*”.

A carta constitucional de 1988 não enfoca se os direitos à saúde são apenas os positivados entre o art. 196 e 200 do referido texto, ou qualquer outro mecanismo que possibilite ao ser humano sua dignidade, base fundamental da nossa Constituição. Portanto, pode-se inferir que quem irá especificar o que é ou não direito à saúde é o legislador infraconstitucional no âmbito da Federação, dos Estados e/ou Municípios, em virtude do disposto na Constituição.

O art. 23, II, da Constituição Federal, define ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da

⁵ A inconstitucionalidade do procedimento deverá ser alegada mediante uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. O artigo seguinte, no inciso XII, assegura a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a defesa da saúde. A União edita normas gerais e os Estados as suplementares ou complementares. Já o art. 30, I e II, do referido diploma legal, elucida a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.

Cabe ao Poder Judiciário, diante das distintas interpretações das leis, solucionar os conflitos gerados por elas. Bem como, em face da omissão do poder público, por meio de ação judicial, garantir a eficácia e efetividade do direito à saúde, impondo ao poder público o fornecimento de medicamentos, procedimentos, insumos, dentre tantos outros. Diante da inércia do poder público, o que se vê é um número exacerbado de ações propostas anualmente em todas as instâncias do Judiciário. No Rio Grande do Norte, por exemplo, nos últimos três anos o número de ações contra o Estado chegou a 20 mil, segundo relatos ao jornal Tribunal do Norte, do Procurador-Geral do Estado Miguel Josino.

A principal corrente que vai de encontro à possibilidade de o Poder Judiciário ordenar ações que visem dar eficácia e efetividade ao direito à saúde consubstancia-se no princípio da reserva do possível. Este princípio fundamenta-se na limitação orçamentária do poder público, na medida em que, ao alocarem-se recursos para o pagamento de decisões judiciais, que prestasse o direito à saúde, se afetariam outros direitos fundamentais.

Contudo, é mister destacar que a nossa Constituição Federal tem como escopo fundamental a dignidade da pessoa humana e, podemos afirmar, que não há dignidade humana sem a prestação da saúde efetiva. Em virtude disto, cabe analisar o caso específico e, de acordo com as ponderações entre os conflitos das normas e dos princípios, decidir pelo que mais se adequa à justiça.

1.4 A efetivação de direitos no neoconstitucionalismo

O Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, segundo Luís Roberto Barroso (2007), tem como ênfase o que aconteceu no Brasil nos últimos vinte anos, ou seja, a passagem da Constituição Federal para o centro do sistema jurídico. Eis a

Constitucionalização do Direito como fenômeno de filtragem constitucional, em que toda interpretação jurídica passa a ser direta ou indiretamente constitucional.

Tem-se, portanto, a vitória absoluta do Direito Constitucional, passando este a ser a janela que se olha para o mundo. Assim, o Constitucionalismo democrático foi o triunfo do Século XX.

O Neoconstitucionalismo teve como marco histórico no Brasil a Constituição Federal de 1988, que ajudou a fazer a transição do Estado autoritário para o democrático.

Como marco filosófico, tem-se que nos últimos vinte anos vive-se um processo de reaproximação entre o direito e a filosofia (pós-positivismo). É a independência absoluta do direito positivo. Destaque-se, neste aspecto, a dignidade da pessoa humana como princípio que faz irradiar os demais.

Quanto ao marco teórico, pode-se enfatizar a mudança de paradigmas em três vertentes: a primeira está visualizada no reconhecimento de força normativa à Constituição (é a revolucionária novidade do Brasil nos últimos vinte anos); a segunda é concebida na expansão da jurisdição constitucional, observada a supremacia judicial da interpretação da Constituição, em que o controle de constitucionalidade torna-se verdadeiramente importante, expandido o controle direto; a terceira é notada no desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, tendo como exemplo o emprego das técnicas de cláusula geral e a necessidade da ponderação como técnica.

É nesse ambiente que se situam dois fenômenos que assinalaram o Direito Constitucional contemporâneo: a Constitucionalização do Direito e a judicialização das relações sociais e das grandes controvérsias políticas da sociedade.

A Constitucionalização do Direito significa a irradiação dos valores, dos princípios e das regras da Constituição por todo o sistema jurídico. Interpretam-se todos os ramos do Direito conforme a Constituição

À vista do exposto, evidencia-se a leitura constitucional do direito infraconstitucional.

Com isso, chega-se ao fenômeno da judicialização social e das grandes controvérsias políticas da sociedade. A vida brasileira se judicializou de uma maneira geral. O Judiciário vem procurando equipar-se para atender às questões, vivendo no Brasil um momento de expansão, com o STF decidindo demandas importantes para a sociedade.

No cenário neoconstitucional, percebe-se que a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurisdicionais é a que mais se coaduna com os princípios inscritos

na Carta Magna e a que confere maior efetividade a estes direitos, retirando-os do plano utópico em que muitas vezes são inseridos, não sendo, destarte, o direito à saúde encarado como uma norma simplesmente pragmática, à disposição da Administração Pública na sua efetivação.

Outro aspecto a ser abordado diz respeito à força normativa da Constituição, afirmando Konrad Hesse (1991), em síntese, que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Desse modo, a pretensão de eficácia da Constituição somente pode se realizar se a realidade histórica é levada em conta. Graças ao elemento normativo, a Constituição ordena e conforma a realidade política e social e, portanto, não é simplesmente a expressão de uma dada realidade. Através da correlação entre ser e dever-ser é que se dão as possibilidades e os limites da força normativa da Constituição. Assim, a Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade.

Discorre Hesse que a efetividade dessa força normativa depende da amplitude da convicção acerca da inviolabilidade da Constituição (vontade de Constituição). Quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. Contudo, a vontade da Constituição não é capaz de suprimir esses limites, aos quais a Constituição deve se conformar, não se podendo considerar que a Constituição configura um simples pedaço de papel.

Ou seja, em caso de conflito com a realidade histórica concreta de seu tempo, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Há pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Apenas quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas em questões de poder.

A força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que somente em determinadas condições poderá ser realizada de forma excelente. Compete ao direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.

Assim, o direito à saúde, sendo assegurado pela Constituição de 1988, deve ser efetivado nessa perspectiva de Hesse, conquanto a força normativa da Constituição deve ultrapassar a simbologia retórica de direitos e efetivá-los.

2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

2.1 Conceito

O SUS foi instituído pela Carta Constitucional de 1988 e regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e n.º 8142/90, que, juntas, compõem a “Lei Orgânica da Saúde”. Conforme dicção do art. 4.º da Lei n.º 8080/90, o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público.

2.2 Sistema Único de Saúde e a Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 trouxe um novo entendimento do que é a promoção da saúde, pelo poder público, para a população no ordenamento pátrio. Anteriormente, entendia-se que a promoção do direito à saúde correspondia, apenas, ao modo de impedir a proliferação de doenças que pudessem acometer as pessoas.

Hoje, compreende-se que a promoção do direito à saúde vai muito além do simples impedimento da proliferação de doenças através de trabalhos restritos à área da saúde. O poder público tem o dever constitucional de assegurar o direito à saúde através de políticas públicas que reduzam os riscos de doenças e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme enunciado do art. 196 da CF/88, e, mediante atribuições do SUS, aperfeiçoar fatores fundamentais para a qualidade de vida da população como: sociais, econômicos, ambientais e educacionais.

A agregação dos fatores acima citados reflete diretamente na saúde dos indivíduos. Uma pessoa que vive em situação de desnutrição, por exemplo, não terá as mesmas condições de saúde que uma pessoa que tenha acesso à alimentação saudável, em virtude das próprias limitações criadas pelo corpo. Ou seja, embora houvesse a política preventiva

e curativa de forma igualitária para toda a população, esta não teria o direito à saúde assegurado uniformemente, visto que os fatores socioeconômicos são distintos.

2.3 Objetivos do Sistema Único de Saúde

O SUS tem como objetivos principais detectar e anunciar os elementos que influenciem e decidam as questões da saúde; estabelecer políticas de saúde com a finalidade de assegurar, nas áreas econômica e social, a diminuição de possibilidades de doenças e outros agravos, através de condições que garantam o acesso universal e igualitário à saúde, mediante a integração de programas assistências e preventivos.

2.4 Atuações do Sistema Único de Saúde

O SUS tem atuação em toda circunscrição nacional, através de um sistema hierarquizado e regionalizado, com atuação conjunta da União (através do Ministério da Saúde), dos Estados e dos Municípios (através das secretarias de saúde ou órgãos semelhantes respectivos).

A descentralização da atuação do SUS faz com que a atuação do mesmo tenda a ser mais eficaz, conquanto de mais fácil realização, visto que o município, na condição de ente federado que mais se relaciona diretamente com a população, possa realizar políticas públicas de atendimento à saúde de acordo com a realidade local, permitindo, assim, um trabalho mais especializado conforme as necessidades de cada cidade. A descentralização permite o uso adequado de recursos, pois visualiza as prioridades de cada município, o que diminui gastos desnecessários e ajuda a coibir desvios de verbas.

Além da atuação do poder público, é fundamental a participação da sociedade para garantia da saúde de toda população. Tal participação se dá, principalmente, através dos Conselhos de Saúde, conforme art. 1º, § 2º, da lei 8142/90, a seguir:

O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de

serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros [...].

Dessa forma, verifica-se o quão é importante a participação da população a fim de formular e fiscalizar a execução das políticas de saúde, mostrando-se que não são apenas beneficiários, mas também cidadãos que buscam ajudar a melhoria de vida da sociedade.

2.5 Responsabilidades

Segundo o Ministério da Saúde (2000 p.22), a responsabilidade pelos serviços e ações de saúde é do poder público, sem, no entanto, eximir o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade para com a sua promoção e proteção. O funcionamento do SUS, todavia, é de responsabilidade direta de seus gestores.

O município, por ser o ente federado que está mais próximo à população, é o melhor para realizar os serviços referentes à promoção e à proteção da saúde perante a mesma. Dessa forma, a responsabilidade do mesmo perante o SUS é de suma importância. A estes cabe a implementação de ações e serviços de menor complexidade.

A Norma Operacional Básica do SUS - NOB 1/96⁶ (Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996, DO 216, de 6/11/96) dispõe, em seu ponto 15, os dois níveis de habilitação do município, quais sejam: a gestão plena da atenção básica, em que o município adquire as responsabilidades e ganha os recursos fundo a fundo para execução básica da saúde; e a gestão plena do sistema municipal, no qual tem o encargo de assumir todos os serviços de saúde.

Em virtude do vasto território nacional e do grandioso número de municípios brasileiros, a situação da saúde de cada município difere bastante de um para outro. Assim, cada um possui uma forma peculiar de organizar seus recursos, de variar suas atividades, habilitar seus profissionais, especificar sua gestão; enfim, de executar políticas públicas para garantir a prestação eficaz da saúde conforme a realidade local.

⁶ Conforme seu ponto dois: A presente Norma Operacional Básica tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus municípios (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a consequente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

Já aos Estados cabe a implementação de ações e serviços de média e alta complexidade. Conforme ponto de 16 da NOB/96, igualmente aos municípios, possuem dois níveis de habilitação, são eles a gestão avançada do sistema estadual e a gestão plena do sistema estadual, e agem conforme as do município, só que com suas áreas de atuação abrangidas ao âmbito estadual.

Cabe destacar, segundo o ponto 6 da NOB/96, os papéis básicos do Estado, conforme gestor do SUS:

O primeiro desses papéis é exercer a gestão do SUS, no âmbito estadual. O segundo papel é promover as condições e incentivar o poder municipal para que assuma a gestão da atenção à saúde de seus municípios, sempre na perspectiva da atenção integral. O terceiro é assumir, em caráter transitório (o que não significa caráter complementar ou concorrente), a gestão da atenção à saúde daquelas populações pertencentes a municípios que ainda não tomaram para si essa responsabilidade. As necessidades reais não atendidas são sempre a força motriz para exercer esse papel, no entanto, é necessário um esforço do gestor estadual para superar tendências históricas de complementar a responsabilidade do município ou concorrer com essa função, o que exige o pleno exercício do segundo papel. Finalmente, o quarto, o mais importante e permanente papel do estado, é ser o promotor da harmonização, da integração e da modernização dos sistemas municipais, compondo, assim, o SUS - Estadual.

Por fim, a responsabilidade da União, conforme dispõe o ponto 7 da NOB/96, como gestora federal, de acordo com quatro papéis básicos, quais sejam:

- a) exercer a gestão do SUS, no âmbito nacional;
- b) promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais, de modo a conformar o SUS - Estadual;
- c) fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais, compondo, assim, o SUS - Nacional; e
- d) exercer as funções de normalização e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS.

É importante ressaltar que, de acordo com o art. 7º, IX, da Lei n.º 8080/90, a organização, a direção e a gestão do SUS obedecem ao princípio da direção única em cada esfera de governo.

Contudo, a divisão administrativo-hierárquica disposta, segundo entendimento jurisprudencial, não exime a responsabilidade solidária das três esferas de poder, não importando a quem caiba a responsabilidade administrativa.

É possível verificar este entendimento no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de nº 607381 – Santa Catarina, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 31 de maio de 2011:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

Conclui-se, por oportuno, que, embora o art. 7º, IX, da Lei 8080/90, estabeleça o princípio da direção única para o SUS em cada esfera de governo, há tribunais que entendem haver responsabilidade solidária das três esferas de poder no que tange à prestação ao direito à saúde, visto que se trata de direito fundamental.

2.6 Princípios basilares do Sistema Único de Saúde

Além das diretrizes dispostas no art. 198 da Constituição Federal⁷, o SUS deve nortear-se por uma série de princípios. São eles: a universalidade, a equidade, a integralidade nos serviços e ações de saúde, descentralização, regionalização e hierarquização da rede das ações e dos serviços de saúde e a participação social.

De acordo com o princípio da universalidade, a saúde é um direito de todos indistintamente. Cabe ao poder público a execução de políticas públicas para que esse direito seja assegurado de forma unânime, sem qualquer tipo de exclusão.

O princípio da integralidade corresponde ao imperativo de que a prestação da saúde deve ponderar o que é indispensável para cada pessoa individualmente, ou para determinada coletividade, mesmo sendo minoritários em detrimento de outras coletividades.

⁷ Art. 198, CF: 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.

Conforme o princípio da equidade, todos devem ter acesso à saúde de forma igualitária, equilibrada, não devendo haver qualquer tipo de distinção entre as diferentes regiões e grupos sociais do país.

A regionalização e a hierarquização da rede, das ações e dos serviços de saúde tratam da maneira a qual devem ser realizadas as atribuições dos gestores estaduais e municipais, de forma que assegurem a eficiência, a eficácia e a efetividade do SUS, embora não possua recursos abundantes. Para tal, é imprescindível a realização de consórcios entres os municípios, entres estes e os estados, ou mesmo entre estados, procedendo à regionalização da rede e dos serviços de saúde fornecidos pelo SUS, bem como à hierarquização da rede e dos serviços mediante a participação dos gestores municipais e estaduais no exercício de suas responsabilidades ante ao SUS.

A participação da população e o controle social acontecem por meio do funcionamento de conselhos de saúde, que devem interferir nas políticas adotadas pelo SUS. Estes conselhos são de âmbito nacional, estadual e municipal, há neles a participação de representantes de vários segmentos da sociedade, dentre eles: prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, que, conjuntamente e especialmente no âmbito municipal, operam na área da saúde em busca do aprimoramento da gestão do SUS.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 Análise Geral

A realidade da população brasileira, em relação à garantia do direito à saúde, muito diverge do assegurado como fundamental na Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa sobre o tema.

Maurício Caldas Lopes (2010) assevera que a exigibilidade judicial das prestações materiais referentes ao direito à saúde, em situações vincadas pela emergência fática, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais autoriza, o suprimento, por acesso direto à Constituição, de eventuais omissões do poder público.

Analizando a realidade de hospitais públicos brasileiros (muitas vezes até de particulares), da população de baixa condição financeira ou intelectual, das pessoas que moram em áreas periféricas dos municípios ou em municípios de difícil acesso e de pessoas com doenças raras, o que se vislumbra é a total usurpação do direito mais basilar e fundamental para uma vida digna.

O Brasil (entenda-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios) hoje não garante o mínimo digno para sua população. Faltam leitos, remédios, equipamentos para exames e cirurgias, profissionais para atendimento, profissionais capacitados, condições adequadas de higiene nos hospitais, políticas públicas preventivas que cheguem ao alcance de toda a população. Essa série de fatores agregados provoca o fracasso da saúde pública brasileira.

A Política Nacional de Medicamentos⁸ foi elaborada para assegurar a efetividade do direito da população brasileira ao fornecimento de medicamentos. O Ministério da Saúde, com amparo na legislação infraconstitucional, elabora uma relação de medicamentos que precisa estar disponível em toda a rede do SUS, chamada de “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME”.

Contudo, muitos dos medicamentos necessários para o mínimo existencial diversas vezes não constam da relação do SUS e, quando constam, não são raras as vezes que não há a distribuição destes ou, ainda, o indivíduo não tem conhecimento de onde o medicamento é fornecido.

Quando surgem modernos medicamentos ou procedimentos capazes de propiciar avanços na cura de doenças ou seu não agravamento, demoram bastante para serem adicionados na declaração do SUS. Por vezes, quando esses medicamentos são custosos, o poder público limita o seu fornecimento e distribuição.

Ante essa inoperância do poder público, o que resta para muitos brasileiros com limitações à saúde é recorrer ao Poder Judiciário, para garantir o que já está garantido na Carta Magna: a saúde plena, direito fundamental de eficácia imediata, impulsionando o fenômeno conhecido como “judicialização das demandas da saúde”.

Os processos são ajuizados tanto ante a Justiça Estadual como a Justiça Federal, bem como possuem diversos autores, sejam eles individuais ou institucionais e uma grande variedade de pretensões, como medicamentos, procedimentos (exames e cirurgias) e insumos.

⁸ Integra a Política Nacional de Saúde no Brasil.

Cada vez mais o Poder Judiciário recebe este tipo de demanda. O número de processos em tramitação no Brasil, conforme levantamento de dados realizado em julho de 2011, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), chegava a 240.980.

No Fórum Judiciário para a Saúde, do CNJ, no dia 3 de junho de 2011, a Coordenadora-geral de assuntos judiciais do Ministério da Saúde, Alessandra Alves, afirmou existir um crescimento numérico das decisões judiciais contra União. Ela apontou dados coletados da Procuradoria-Geral da União, em 2009, que indicam que do total de novos processos referentes às demandas da saúde, 10.486 estiveram relacionados à União. Já em 2010, o número foi de 11.203 novas ações. Tais números foram transcritos no relato de Hylda Cavalcanti, da agência CNJ de notícias.

Em virtude da quantidade de medidas judiciais concedidas anualmente crescer alarmantemente, está havendo a interferência do Poder Judiciário de forma agressiva no orçamento público. Segundo Alessandra Alves, “o Ministério da Saúde, juntamente com os governos de Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Pernambuco e Goiás, são os órgãos que mais gastam com pagamentos de remédios e procedimentos médicos originários de decisões judiciais⁹”.

Apesar das inúmeras críticas feitas em razão do grande número de demandas da saúde, o direito de recorrer ao Poder Judiciário é tão constitucional quanto o próprio direito à saúde, como dispõe o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”.

Dessa forma, cabe ao Judiciário analisar as demandas e, conforme o caso concreto, decidir baseado não só no direito à saúde em si, mas em diversos argumentos que têm sido levantados para evitar a atuação judicial na concretização de políticas públicas. Já que, embora as normas tragam consigo eficácia jurídica para embasar direitos pretendidos e motivar decisões, não existem direitos absolutos no nosso ordenamento jurídico.

3.2 Limites à atuação judicial nas demandas da saúde

3.2.1 A vedação da atuação do juiz como legislador positivo

⁹ 25 (vinte e cinco) tipos de medicamentos representam 70% dos gastos para atendimento dessas decisões judiciais. O maior número de demandas corresponde a medicamentos oncológicos (que tratam as mais variadas espécies de câncer).

Ao juiz é vedado exercer, perante a ineficácia de uma norma, o papel de legislador positivo para assegurar determinado direito. Tal entendimento é adotado por vezes pelo Supremo Tribunal Federal, conforme parte da ementa do Recurso Extraordinário de n.º 322348 – AgRg/SC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a seguir:

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. –[...] Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. [...].

Para o artigo, a vedação da atuação do juiz como legislador positivo não pode ser entendida como um limite à atuação judicial nas demandas da saúde, uma vez que o juiz decide o caso conforme lhe é apresentado, não podendo se eximir de julgar o que chega às suas mãos meramente porque os Poderes Executivo e Legislativo estariam sendo omissos e, assim, estaria transgredindo a separação dos poderes, até porque o próprio texto constitucional, em seu art. 2º, estabelece que os poderes são harmônicos entre si.

3.2.2 Necessidade de previsão orçamentária

A necessidade de previsão orçamentária para concretização de políticas públicas, por vezes, é arguida para escusar o poder público da realização de direitos sociais. Contudo, esta necessidade se aplica ao administrador e não ao juiz, não cabendo a este denegar a prestação jurisdicional do direito à saúde simplesmente com base neste argumento. A apreciação judicial deve-se fundamentar de acordo com o binômio da necessidade do demandante e possibilidade da prestação por parte do poder público; essa possibilidade não decorre, necessariamente, da previsão orçamentária.

A nossa Carta Magna veda em seu art. 167, I, o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; no mesmo artigo, inciso II, a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; e, no inciso VI do referido artigo, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

O que ocorre mediante a vedação supracitada expressa no texto constitucional e a disposição do direito à saúde, como direito fundamental, também disposto na Constituição, é o conflito de normas hierarquicamente iguais. Diante disso, cabe ao juiz analisar a superioridade axiológica do direito fundamental à saúde em detrimento à previsão orçamentária.

Consubstanciando tal entendimento, salienta-se o trecho da decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na PET 1.246/SC, adiante transcrito:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida.

3.2.3 Princípio da Proporcionalidade

Havendo conflito de direitos fundamentais na apreciação judicial, cabe ao juiz limitar um dos direitos, fundamentado no princípio da proporcionalidade, para que haja a prestação jurisdicional mais justa possível.

Leonardo Martins (apud Dimoulis, 2007, p.305) define proporcionalidade como:

Mandamento constitucional derivado da substância dos direitos fundamentais, utilizando como critério de aferição da constitucionalidade de intervenções estatais na liberdade, caracterizando pela comparação de meios de intervenção adequados a fins legítimos e determinação do meio de intensidade mínima como único permitido.

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade é preciso observar, conforme elucida Gandini e outros (2008 p.17), três dimensões ou critérios do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade ou vedação do excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim discorre o autor:

Os critérios acima mencionados correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de medida limitadora: “a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado adequado?; b) o meio escolhido foi o mais ‘suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes? c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida limitou?.

Mediante resposta positiva de todas as perguntas, é possível a restrição ao direito fundamental que esteja em conflito com outro.

Assim, de maneira ilustrativa, se uma pessoa quisesse tratamento em determinado hospital particular nos Estados Unidos, em detrimento a um tratamento fornecido pelo SUS, de igual resultado (embora saibamos que na prática isso é quase impossível), não seria possível visto que o meio não é o menos oneroso aos cofres públicos brasileiros.

Em virtude disso é possível afirmar que a adequação, a necessidade ou vedação do excesso e a proporcionalidade em sentido estrito não devem ser analisadas só mediante o conflito de normas fundamentais, mas, também, na apreciação de casos singulares, em que o particular demande determinada prestação do poder público para verificar se o pedido é o meio mais correto de efetivação do direito tutelado.

Portanto, verifica-se que o princípio da proporcionalidade funciona como balança dos magistrados que, ao proferirem decisões judiciais, através de comparação, analisam o meio que menos usurpe direitos e mais promova a justiça.

3.2.4 Princípio do Mínimo Existencial x Princípio da Reserva do Possível

Os direitos fundamentais sociais se submetem ao mínimo existencial, também conhecido como “ piso mínimo normativo” ou “mínimo existencial”, que é o menor limite material ao qual as pessoas podem ser submetidas para que disponham de uma vida com

dignidade. Para que isto ocorra, é preciso que o Estado e a sociedade forneçam assistência social para as pessoas que não têm condições de promoverem para si o mínimo para a própria vitalidade. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que faz imperioso para sua proteção e promoção o gozo amplo dos direitos fundamentais.

O direito à saúde, como direito social fundamental, detentor de *status* positivo (em alguns casos), submete-se à exigibilidade de prestações materiais do Estado, o que acarreta o dispêndio de recursos.

Contrapondo-se ao princípio do mínimo existencial, o princípio da reserva do possível embasa os principais argumentos contra a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde, mediante demandas judiciais contra o poder público. A reserva do possível detém a ideia de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais limita-se à insuficiência dos recursos financeiros do Estado. Salienta-se o entendimento de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2007, p. 188):

A utilização da expressão "reserva do possível" tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a "reserva do possível" (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Contudo, o que ocorre diante demandas de saúde, e o nos que parece certo, é a impossibilidade, por si só, da reserva do possível afastar a efetividade do direito à saúde. O que deve prevalecer é a vida e a dignidade humana.

É bem verdade que o orçamento da administração pública é limitado e existem restrições quanto à aplicação dos recursos públicos. Não seria possível, por exemplo, exigir que o Estado fosse obrigado a fazer, mediante uma cirurgia, um cego voltar a enxergar. Tal exigência, além de ser de difícil realização, oneraria os cofres públicos de maneira tal a tornar impraticável o funcionamento do SUS.

Contudo, analisando-se as obrigações de fazer impostas ao Estado, que estejam dentro do alcance da reserva do possível, o direito à saúde deve ser efetivado. Não há espaço para justificativas de que a concretização das decisões que onerem os cofres públicos deve ficar à mercê da conveniência e oportunidade do poder público.

Dessa forma, não é possível que se justifique a falta de efetivação de um direito fundamental social com base, meramente, no princípio da reserva do possível¹⁰. É preciso que seja demonstrado efetivamente que não existem recursos disponíveis para efetivar determinada prestação judicial e que a alocação de recurso para o cumprimento de uma decisão judicial traria mais prejuízos do que benefícios à concretização de direitos fundamentais.

Por fim, resumindo o nosso entendimento, importa ressaltar as lições de Gandini e outros (2008), que afirmam que diante de normas dotadas de fundamentalidade, como o direito à saúde, exige-se uma postura menos passiva, atuando o Judiciário como um catalisador da vontade constitucional, através de imposições de deveres aos Poderes Públicos, mesmo que isso resulte em ônus financeiro, em supressão de vazios legislativos ou em implementação de políticas públicas.

4 SOLUÇÃO PROPOSTA PELO COMITÊ INTERINSTITUCIONAL DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE DEMANDAS DA SAÚDE

4.1 Judicialização das demandas da Saúde no Rio Grande do Norte

A realidade do Estado do Rio Grande do Norte, no que tange às deficiências da prestação do direito à saúde para a população, em nada difere da precariedade do restante do Brasil.

Segundo o Procurador-Geral do Estado Miguel Josino, em entrevista ao jornal Tribuna do Norte, o número de ações contra o Estado atingiu em torno de 20 mil nos três

¹⁰ Embasando o entendimento, segue trecho do acórdão que julgou apelação de nº 0043180-83.2010.8.26.0562, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Vicente de Abreu Amadei: “alegar limitação orçamentária, invocar a teoria da reserva do possível ou afirmar a falta de recursos públicos materiais ou financeiros, em si, não justifica a omissão pública, especialmente em campo tão nobre como é a vida digna e da saúde, incluso no fornecimento de medicamentos e insumos necessários àqueles fins maiores, qualificados, no caso, como indispensáveis ao mínimo existencial.

últimos anos. De acordo com Miguel Josino, o Rio Grande do Norte tem cumprido quase todas as sentenças judiciais que deferem os pleitos de medicamentos ou de autorizações de internações hospitalares. Ainda, relatou Miguel Josino, que quando o Estado não dispõe medicamento é porque o laboratório ou distribuidor não possui o produto ou tem débito com o Estado¹¹.

O governo do Estado não tem alcançado êxito nem em sede recursal. Das 7.675 demandas judiciais até o início de setembro de 2011, apenas vinte e três tinham sido positivas para o Estado. Isto ocorre, na maioria das vezes, em virtude dos remédios pleiteados não constarem da lista do Ministério da Saúde, pelo fato de o medicamento estar em fase de experimento ou, ainda, porque é pleiteado que determinado tratamento seja feito em outro estado, mas em Natal dispõe de tratamento para o caso.

O Secretário Estadual de Saúde Pública, o médico Domício Arruda, forneceu dados que elucidam o gasto de R\$ 19 milhões em 2010 com a compra de medicamentos, em virtude de demandas judiciais. Até julho de 2011, o Estado gastou R\$ 8,5 milhões em razão das demandas supracitadas. Em 2010, o gasto total do Estado com demandas judiciais em toda área da saúde foi de R\$ 46 milhões¹².

Conforme a Secretaria Estadual de Saúde Pública (SESAP), os custos com medicamentos adquiridos por ordem de decisões judiciais correspondem a 25% do total de medicamentos adquiridos para os usuários do SUS. Apenas em agosto de 2011 houve dezoito novas demandas para procedimentos e oitenta e nove para medicamentos. Em dez dias do mês de setembro, a Justiça Estadual do Rio Grande do Norte sentenciou seis processos, determinando que o Estado custeasse tratamento de usuários do SUS.

4.2 Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS)

O Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS) tem como finalidade resolver, administrativamente, as demandas envolvendo os usuários do SUS.

¹¹ Em 2011 o Governo do Estado tem uma dívida de R\$ 86 milhões perante os fornecedores de medicamentos, adquirida pelo governo anterior.

¹² Inclusive com o cumprimento de uma sentença judicial relacionada a contrato de 37 leitos de Unidade de Terapia Intensiva, em que o contrato venceu em outubro de 2010.

O CIRADS foi instituído em virtude do grande número de demandas da saúde envolvendo o SUS no Estado do Rio Grande do Norte, mediante um Acordo de Cooperação Técnica entre a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte – DPU/RN, a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte – PU/RN, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte – PGE/ RN, a Procuradoria Geral do Município de Natal – PGMN/RN e a Secretaria Municipal de Saúde de Natal. A assinatura do acordo ocorreu no dia 22 de julho de 2009, na sede na PU/RN.

Os entes envolvidos vislumbraram a necessidade de se proporcionar um meio de debates, entre eles, acerca das demandas da saúde. Analisaram que era preciso, conforme dita o Acordo de Cooperação Técnica, fazer uma advocacia preventiva de litígios nas questões da área da saúde, bem como a conveniência de se buscar a conciliação nas questões da saúde já judicializadas.

Para tal, o CIRADS faz uma avaliação dos casos que deveriam ter sido assistidos pelo SUS e não lograram êxito, para verificar os que possam ser resolvidos pela via administrativa, a fim de não ocorrer sua judicialização, bem como identificar os casos em que já estejam em tramitação e possam obter conciliação, tanto para os casos em que o tratamento (medicamentos, insumos, cirurgias, materiais) esteja na listagem do SUS, como também para aqueles que tenham sido indicados a um tratamento distinto do oferecido pelo SUS.

O CIRADS é composto por Defensores Públicos da União, Advogados da União, Procuradores do Estado do Rio Grande do Norte, Procuradores do Município do Natal/RN, servidores públicos da Secretaria de Estado da Saúde Pública e servidores públicos da Secretaria Municipal de Saúde do Natal/RN, podendo participar como auxiliares médicos, farmacêuticos, assistentes sociais, psicólogos, juristas, servidores públicos com envolvimento na área da saúde e outros.

Para execução da assistência jurídica por meio do CIRADS, o Defensor Público da União arrazoará, em reunião mensal, os motivos fáticos e jurídicos pelos quais acredita que não houve a prestação do tratamento de saúde e que por isso deva ser revisto. Para dar celeridade na prestação da assistência, o que é fundamental para assegurar a prestação eficaz da saúde, por parte do poder público, o parágrafo quarto, do acordo de cooperação técnica, dispõe:

A fim de otimizar o funcionamento do CIRADS, a DPU/RN deverá enviar, imediatamente ao atendimento jurídico ao assistido, por e-mail a

ser indicado pelos demais participantes, todos os elementos de fato e de direito relativos ao caso específico, especialmente o receituário médico e os exames de que disponha.

O CIRADS tem como meta, ainda, a apresentação de propostas, perante autoridades competentes, para o melhoramento do SUS.

No primeiro ano de funcionamento, o CIRADS solucionou vários casos atinentes às demandas dos usuários em suas reuniões ordinárias e também promoveu duas reuniões extraordinárias no ano de 2010. A primeira tratou dos procedimentos de Vitrectomia no Estado (trazendo solução para o problema de mais de cento e cinquenta cidadãos que estavam aguardando na fila à espera de realização do referido procedimento e de outros que necessitaram deste serviço de saúde); a segunda fomentou a implantação do projeto “Classe Hospitalar”, que consistiu em instalar salas de aulas com professores da rede oficial de ensino dentro de Hospitais Públicos ou conveniados ao SUS que possuíam crianças internadas para tratamento de saúde (foram criadas as duas primeiras “Classes Hospitalares” do Estado, uma no Hospital Infantil Varela Santiago e a outra no Hospital Estadual Maria Alice Fernandes). Ainda neste ano promoveu debates e eventos para o aperfeiçoamento da saúde pública, quais sejam: 1º Ciclo de Debates sobre Assistência Farmacêutica no SUS; 1º Ciclo de Debates sobre oncologia no SUS (ocasião em que foram realizadas audiências judiciais sobre oncologia na Justiça Federal, objetivando trazer maiores esclarecimentos sobre a judicialização do tema); o Seminário “Classe Hospitalar”; e, por fim, o 1º Ciclo de Debates sobre Ortopedia no SUS.

Em 2011, o comitê realizou uma reunião extraordinária, tendo como participantes as Secretarias do Estado e dos Municípios do Natal/RN e de Parnamirim, bem como dos diretores dos hospitais das Forças Armadas, com o objetivo de integrar os hospitais ao SUS no nosso Estado, visando a atender a população.

Ante tudo o que foi exposto neste tópico, presume-se que o CIRADS é a solução que o Estado tem para diminuir os problemas existentes na saúde, com a finalidade primordial de atender com eficácia ao cidadão, valorizando o SUS e auxiliando as autoridades públicas na melhoria dos serviços prestados nesta área.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde pública, através do SUS, clama por uma resposta imediata e eficaz capaz de sanar os diversos problemas que acometem a população. Contudo, essa resposta não deveria ser obtida mediante a judicialização das demandas da saúde, mas por um meio administrativo capaz não só de solucioná-las, mas sobretudo de preveni-las.

Com esse intuito, foi idealizado no Rio Grande do Norte o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde, o CIRADS, através de um Acordo de Cooperação Técnica. A advocacia preventiva de litígios e a busca de conciliação nas questões já judicializadas é o meio mais adequado para combater a judicialização da saúde.

Assim, o poder público poderá planejar suas políticas, organizar seu orçamento, havendo o mínimo de interferência do Poder Judiciário, de maneira a atender as necessidades da população de forma universal e integral, sem que haja prejuízos para uns cidadãos em detrimento do acesso à saúde por parte de outros.

É bem verdade que, por si só, a resolução administrativa das demandas da saúde não resolve todo o problema da saúde pública no Brasil, uma vez que o problema é na base das políticas públicas e as demandas são consequência da carência desses serviços.

Assim, concretizando a atuação do CIRADS no Rio Grande do Norte e ampliando-o a nível nacional, poderá o cidadão ter, como é assegurado constitucionalmente, seu direito à saúde, mediante a atuação de um SUS eficaz na prestação de medicamentos e serviços, bem como a capacitação de profissionais aptos ao exercício de suas funções.

O CIRADS, sempre com o intuito de auxiliar as autoridades públicas na melhoria dos serviços de saúde prestados à população, buscando soluções alternativas à judicialização da saúde, como forma de atender o cidadão e promover a justiça como valor do Estado, independentemente da atuação do Poder Judiciário, tornou-se um grande exemplo de que é possível encontrar soluções administrativas consensuais em benefício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BARROS, Janete Ricken Lopes de. **Direitos fundamentais como direitos subjetivos**. Brasília, v. 6 jul. 2009. Disponível em: <www.tjdft.jus.br/trib/imp/docImp/artigos/janete0709.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8080, 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 set. 1990, Seção I, p.18.055.

BRASIL. Lei nº. 8142, 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996. O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições, e considerando que está expirado o prazo para apresentação de contribuições ao aperfeiçoamento da Norma Operacional Básica – NOB 1/96 do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual foi definido pela Portaria nº 1.742, de 30 de agosto de 1996, e prorrogado por recomendação da Plenária da 10ª Conferência Nacional de Saúde, resolve [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 6 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 1.246/SC. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerido: João Batista Gonçalves Cordeiro. Decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello. Decisão em: 31 de janeiro de 1997. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 fev. 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24.SCLA.+E+1246.NUME.%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. _____. RE 322348 AgR/SC. Agravante: Maria do Carmo Moraes Reis e outros. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 12 de novembro de 2002. **Informativo n. 414**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+322348.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+322348.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 31 out. 2011.

BRASIL. _____. RE 607381 AgR/SC. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravada: Ruth Maria da Rosa. Relator Ministro Luiz Fux. Acórdão de 31 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 116. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%22direito+%E0+sa%FAde%22&base=baseAcordaos> . Acesso em: 02 nov. 2011.

CAVALCANTI, Hylde. Ministra Eliana Calmon elogia trabalho do Fórum da Saúde. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 03 jun. 2011. Disponível em:

<www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14651-ministra-eliana-calmon-elogia-trabalho-do-forum-da-saude>. Acesso em: 27 out. 2011.

DIMOULIS, Dimitri (Org). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GANDINI, J.; BARIONE, S.; SOUZA, A.; A Judicialização do Direito à Saúde: a Obtenção de Atendimento Médico, Medicamentos e Insumos Terapêuticos por Via Judicial - Critérios e Experiências. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 28, a. 3, p.07- 45, abr. 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JULIÃO, Valdir. Vinte mil ações pedem medicamentos. **Tribuna do Norte**, Natal, p. 09-10, 9 set. 2011.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretária Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília, dez. 2000.

RIO GRANDE DO NORTE. Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte, Procuradoria Geral do Município de Natal – PGMN/RN, Secretaria Municipal de Saúde de Natal. **Acordo de Cooperação Técnica**. Natal, 22 jul. de 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 2011.0000270338**, 8 nov. 2011. Disponível em: <www.esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5532727>. Acesso em: 15 de nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./nov., 2007, p.10. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 07 set. 2011.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, a.1, abr. 2001, p.11. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 11 out. de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIRO Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Rio Grande do Sul, n. 1, out./dez. 2007, p.188. Disponível em: <www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.