

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)

MICHELLE BITTA ALENCAR DE SOUSA

AS FILAS DE ESPERA NO SUS E A INTERFACE SAÚDE JUSTIÇA

BRASÍLIA - DF
2020

MICHELLE BITTA ALENCAR DE SOUSA

AS FILAS DE ESPERA NO SUS E A INTERFACE SAÚDE JUSTIÇA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Prof. Orientador Pós-Doutor Roberto Freitas Filho

BRASÍLIA - DF

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

MICHELLE BITTA ALENCAR DE SOUSA

AS FILAS DE ESPERA NO SUS E A INTERFACE SAÚDE JUSTIÇA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Constitucional, no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), na área de concentração mestrado acadêmico em direito Constitucional, sob a orientação do Professor pós-doutor Roberto Freitas Filho.

Professor Pós-Doutor Roberto Freitas Filho
Instituto Brasiliense de Direito Público
Orientador

Professor Doutor Ramiro Nóbrega Sant'Ana
Instituto Brasiliense de Direito Público

Professor MD PHD Marcos Santos

Universidade de Brasília

AGRADECIMENTOS

A finalização desta dissertação não é um fim, mas um passo a mais de um sonho, que começou lá atrás, quando da minha aprovação no vestibular para a Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e que tomou corpo com ingresso, ainda como estagiária, na Defensoria Pública e seguiu norteando meus passos no estudo jurídico em busca por uma agenda de igualdade. O caminho eu não fiz sozinha, muito pelo contrário, sempre tive a base que eu precisava e talvez a sorte do encontro fortuito com pessoas especiais e assim não poderia deixar de agradecer.

Agradeço a Deus por me permitir concretizar cada um dos meus sonhos e dos objetivos até hoje traçados.

Agradeço a minha mãe, Mylene, por ser exemplo de força e de superação e, mesmo, talvez sem saber, por ter sido meu suporte nos momentos mais difíceis, por nunca ter me deixado desistir, por todo o apoio.

Ao meu pai, Afonso, por todo o suporte e por todas as vezes que pegou a estrada dos concursos comigo, nos lugares mais inóspitos que a Defensoria Pública já logrou me levar.

Aos meus avós, Dorival e Helena, por todo o incentivo e por acreditarem em mim mesmo quando eu não acreditava.

A minha filha Luiza, pela parceria de sempre, por compartilhar comigo os bons e maus momentos, pelo crescimento conjunto e por sempre me trazer esperança.

Ao meu orientador, Roberto Freitas Filho, quem além de orientador tive a sorte e a honra de ter como professor. Dizem que um professor cumpre sua missão quando logra provocar mudança no aluno. Professor, certamente, a sua está mais que cumprida. Agradeço cada provocação e desafio que me tiraram da zona de conforto e me fizeram refletir e desconstruir paradigmas. Agradeço também o suporte ao longo da construção deste trabalho.

Aos professores que integraram minha banca de qualificação, Ramiro Sant'Ana Nóbrega e Marcos Santos agradeço as orientações e toda a contribuição que deram a este trabalho.

A todos que contribuíram com a elaboração desta dissertação, em especial, aos entrevistados, que disponibilizaram seu tempo e compartilharam conhecimento.

A todos, que contribuíram com meu caminho, mas que por absoluta impossibilidade, neste espaço, deixo de citar nominalmente, professores, familiares, colegas de trabalho, a minha equipe na Defensoria Pública Estadual (DPE-GO) e os colegas de mestrado.

RESUMO

Diante da previsão constitucional do direito à saúde em descompasso com as longas filas de espera no Sistema Único de Saúde (SUS) e do fenômeno que ficou conhecido como judicialização da saúde, o presente trabalho tem por objetivo avaliar se a judicialização pode auxiliar no acesso oportuno aos serviços de saúde, buscando contribuir para o aperfeiçoamento de engrenagens jurídicas que visem a consecução de políticas públicas, perquirindo as possibilidades e o potencial transformador das instituições do sistema de justiça, para efetividade dos direitos de cunho prestacional em saúde e para a reorientação do debate.

O trabalho, pelo seu próprio objetivo, terá recorte nos serviços de saúde que estão incorporados, ou seja, políticas públicas em sentido estrito (implementadas) e, que, portanto, deveriam ser prestados de forma regular à população pelo Sistema Único de Saúde, permitindo incursões sobre temas caros ao constitucionalismo e a democracia.

A metodologia utilizada foi à revisão crítica da literatura, do arcabouço normativo sobre o tema (Constituição Federal e Legislação de regência) e para tornar o campo de pesquisa mais fértil e dinâmico foram acrescentados dados atuais obtidos da Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia sobre filas de espera de cirurgias, exames e consultas. Ainda para tornar o trabalho mais completo, já que a dissertação busca o estudo da judicialização a partir do SUS, foi realizada entrevista semiestruturada com gestores do Sistema Único de Saúde, no Estado de Goiás, com atuação na regulação de acesso, no intuito de lhes dar voz, e conhecer mais a fundo os desafios vivenciados pela gestão que se relacionam e resvalam em problemas para a população.

O trabalho justifica-se pela atualidade do tema, ante ao crescente número de ações judiciais, pela grande repercussão social, já que atinge e aflige grande parte da população em todo o território nacional que permanece sem acesso aos serviços de saúde e está na pauta dos principais tribunais nacionais, sem pretender ser exaustivo, convida ao debate sobre a necessidade de criação de uma agenda institucional de exigibilidade de direitos, com enfoque no potencial transformador das instituições de justiça, demarca posição favorável e aberta a mudanças.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Saúde. Filas de Espera. Judicialização. Oportunidade

ABSTRACT

In view of the constitutional provision of the right to health that is out of step with the long queues in the Unified Health System and the phenomenon that became known as the judicialization of health, the present study aims to assess whether judicialization can assist in timely access to health services. health, seeking to contribute to the improvement of legal mechanisms that aim to achieve public policies for the effectiveness of rights of a health-related nature and for the reorientation of the debate.

The work, due to its own objective, will have a cut in the health services that are incorporated, that is, public policies in a strict sense (implemented) and, therefore, that should be provided regularly to the population by the Unified Health System, allowing incursions on themes dear to constitutionalism and democracy. The methodology used is a critical review of the literature and the normative framework on the topic (Federal Constitution and Governing Law), to which to make the research field more fertile and dynamic, current data obtained from the Municipal Health Department of Goiânia on waiting lines for surgeries, exams and consultations.

Still to make the work more complete, since the dissertation seeks the study of judicialization from the SUS, a semi-structured interview was conducted with managers of the Unified Health System, in the State of Goiás, acting in the regulation of access, in order to give them a voice, and get to know more deeply the challenges experienced by management that relate and slip into problems for the population. The work is justified by the topicality of the topic, in view of the growing number of lawsuits, by the great social repercussion, since it affects and afflicts a large part of the population throughout the national territory that remains without access to health services and is on the agenda of main national Courts, without pretending to be exhaustive, invites the debate on the need to create an institutional agenda for enforcing rights, focusing on the transformative potential of justice institutions, demarcating a favorable position and open to changes.

Keywords: Public Policies. Health. Queues. Judicialization. Opportunity

LISTA DE TABELAS

Tabela 01	Prazos para atendimento ANS.....	37-38
Tabela 02	As cinco mais antigas filas das especialidades de consulta especializada eletiva em Goiânia.....	43
Tabela 03	As cinco mais antigas filas de cirurgia eletiva Goiânia.....	43

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01	Composição percentual do gasto em Saúde do Brasil e de alguns países da OCDE, relativamente ao financiador (público, seguro privado e pagamento direto), 2009.....	34
Gráfico 02	Principais problemas que os brasileiros enfrentam no SUS.....	38

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - DO DIREITO A SAÚDE: ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E A REALIDADE	18
1.1. Do caminho da saúde à tutela jurídica da saúde.....	18
1.2. A saúde enquanto política pública e sua relação com o direito: a exigência do cumprimento de políticas públicas implementadas	22
1.3 O descompasso entre a previsão Constitucional, os princípios do SUS, o subfinanciamento e injustiça de acesso: a formação das dualidades sistêmicas.....	28
CAPÍTULO II - O CRÔNICO PROBLEMA DAS FILAS DE ESPERA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	42
2.1 As filas de espera do SUS: barreiras ou acesso? Problemas e desafios da gestão -iniquidades, sistema de pagamento, ausência de critérios de eficiência e de controle.	42
2.2 Da lacuna entre a previsão legal e o direito vivido. O judiciário acordado pelo cidadão que não é de papel.....	59
2.3 A Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais – o mínimo existencial versus a reserva do possível – a avaliação da adequação entre as prestações previstas e os recursos alocados.	65
2.4 Efeitos econômicos, de gestão, simbólicos e de justiça. Como a judicialização pode ser utilizada?	73
CAPÍTULO III - ARRANJOS INSTITUCIONAIS, DIÁLOGOS AMPLIADOS E A BUSCA DE ALTERNATIVAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA AGENDA DE EXIGIBILIDADE DE DIREITOS	80
3.1 Da necessidade de melhorias – como utilizar o potencial transformador da Judicialização.....	80
3.2 Criação de indexadores de ações, informatização e bancos estatísticos. A implementação do Art. 139,X, CPC na área de saúde.....	82
3.3. Ações coletivas e a doutrina dos processos estruturantes e sua aplicação ao âmbito das políticas públicas de saúde	86
3.4 A PEC- 207/2019, os comitês de saúde e o NAT-JUS -formação contínua de juízes e o apoio técnico	93
3.5 Arranjos institucionais, mediação sanitária e as novas formas de busca pela efetivação de direitos.....	96
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

“A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com seus propósitos, declarados formalmente na Constituição”.

Luiz Werneck Vianna

A Constituição Federal dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas com acesso universal e igualitário às ações e serviços. A previsão configura imensurável avanço nas políticas de saúde, especialmente para parcela pobre da população, posto que antes de 1988, os sistemas de saúde vigentes no Brasil não eram públicos, tampouco universais, o que impedia que muitos cidadãos tivessem acesso aos serviços.

No marco da democracia moderna brasileira, a Constituição Federal prevê a criação de um sistema público calcado nos princípios da universalidade e integralidade, cuja missão é implementar a política pública representativa da orientação política do Estado, projeto igualitário de acesso aos serviços de saúde, nascia o Sistema Único de Saúde (SUS), dando azos a “uma das maiores políticas de inclusão social da história do País”¹.

Ocorre que, atingidos seus 30 anos, o Sistema Único de Saúde não conseguiu superar o descompasso entre a promessa constitucional e a realidade vivenciada por diversos cidadãos brasileiros que padecem aguardando a prestação de serviços como consultas e exames em filas de espera que duram anos. Se antes a exclusão do serviço dava-se por ausência legislativa (não havia previsão assegurada da prestação de serviços de saúde como direito aos que não contribuíssem), hoje o *aparthaide*² opera-se, dentre outros motivos, pela injustiça no acesso, cujo reflexo mais aparente são as longas filas de espera, pois apesar da previsão legal a fruição do direito nem sempre é garantida.

1VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, Brasília: Editora da UNB, 2016, p. 06.

2Expressão utilizada por Ramiro Nobrega Sant’Anna. Ver: SANT’ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p.99.

É nesse contexto, entre o SUS real e o ideal, que exsurge e intensifica-se, nas últimas décadas, a judicialização dos serviços de saúde ou “judicialização da saúde”³. O movimento não é isolado e exclusivo ao campo da saúde, apesar de neste, no Brasil, receber o seu destaque. Constitui vertente da já conhecida judicialização da política pública e acompanha o movimento da cultura democrática atual em que há uma aproximação das instituições do sistema de justiça com o cidadão, especialmente devido à abertura do Judiciário, com a projeção do papel do juiz na vida social⁴.

A crise de legitimidade vivenciada pelo sistema representativo brasileiro, agravada pelas profundas desigualdades sociais e o aparente desinteresse dos governos na adoção de providências, tangenciada pela imunidade aos controles sociais relevantes, traz o Judiciário para o centro do controle da garantia do direito material⁵, atraindo as demais instituições do sistema de justiça, que se tornam campo aberto para interface direito política, como movimento representativo de uma nova democracia.

O movimento de judicialização, no cenário nacional, pode ser atribuído à três causas principais relacionadas ao modelo institucional adotado: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e ao modelo de controle de constitucionalidade⁶. Somado à tais fatores, a maior abertura do Judiciário às demandas sociais e os inúmeros problemas vivenciados pelo sistema de saúde brasileiro faz desse Poder um novo interlocutor na seara das discussões sobre as políticas públicas decorrentes de direitos cujo norte é Constituição Federal.

No entanto, o aumento exponencial da quantidade de ações pleiteando serviços de saúde nas últimas décadas ensejou uma maior preocupação do Poder Judiciário com tais processos, que atraíram também a academia que vem se debruçando sobre o tema e produzindo estudos e debates, especialmente sobre a assistência farmacêutica, no tocante aos medicamentos de alto custo não incorporados.

3Termo amplamente utilizado em doutrina, por todos citamos, MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista De Direito Sanitário**, v. 09, n. 02, 2008, p.65.

4VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov., 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso Acesso 15 fev. 2020, p.39.

5HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial: limites e possibilidades**. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007.

6BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso 18 set. 2019, p. 39.

Ocorre que, as políticas públicas implementadas também são judicializadas e pouquíssimos estudos jurídicos, como o de Freitas Filho e Sant'Ana⁷ e de Gomes⁸ trazem em suas considerações demandas sobre exames, consultas e cirurgias constantes nas listas de serviços do SUS, o que é essencial para compreender o fenômeno da judicialização, enquanto consequência dos percalços sofridos pela população dele dependente de forma a contribuir para melhoria do acesso e da igualdade.

Por sua vez, a discussão no âmbito do Judiciário foca na redução da judicialização, invertendo a relação de causalidade, desviando o foco das luzes que deveriam estar voltadas para as mazelas do sistema que geram uma cidadania excludente comprometendo o ideal democrático e que conduzem à judicialização.

O foco na redução da judicialização, aliado a produção acadêmica voltada para a judicialização de medicamentos não incorporados, tem conduzido um debate acadêmico e institucional enviesado, que se afasta do questionamento sobre o motivo das políticas públicas implementadas também serem judicializadas e desconsidera o potencial transformador da judicialização, afastando-se da vocação da análise jurídica de dirimir conflitos e garantir direitos em favor de pessoas e não de sistemas⁹.

Compreender o fenômeno da judicialização na área de saúde pública demanda primeiramente um olhar atento para o sistema democrático, para a Constituição Federal, para o sistema de saúde brasileiro e para a execução das políticas públicas. O presente estudo foge do lugar-comum, admitindo que a judicialização é fenômeno irreversível¹⁰, já que o acesso ao Judiciário é garantia constitucional¹¹, razão pela qual supera a discussão se ela é boa ou má e a

7FREITAS FILHO, Roberto; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 67, p. 70-102, 2016.

8GOMES, F. F. C. **A Judicialização da saúde em Minas Gerais**: uma avaliação dos processos judiciais relacionados aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período 1999-2009. 2013. 103 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9C4GUV/1/saudepublica_fernanda_freitascastrogomes_dissertacaomestrado.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

9SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 346.

10 Esse é também o entendimento de Júlia Maurmann Ximenes que aduz “trata-se de um fenômeno irreversível, uma realidade pós-segunda guerra mundial e de forte presença nos países que sofreram períodos de ditadura durante a segunda metade do século XX, como forma de resgatar o estado de direito, depositando no direito e no poder judiciário grande responsabilidade na construção do estado democrático de direito”. Ver: XIMENES, Julia Maurmann. Judicialização do benefício de prestação continuada e efeitos simbólicos na cidadania. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, v. 21, p. 600-625, 2016, p. 616.

11 Ver art 5, XXXV, CF, *in verbis*: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

encara com seus benefícios e malefícios como uma nova porta de exercício democrático e de cidadania, como uma oportunidade¹², uma engrenagem de um conjunto, de um sistema em construção.

Assim, adentramos num campo pouco explorado e seguindo como referencial teórico as obras de Ramiro Nobrega Sant'Ana¹³ e de Luiz Werneck Vianna¹⁴, aliado a todo o referencial teórico constante na bibliografia, buscamos harmonizar as diferentes variáveis do problema exposto (ausência de acesso aos serviços ou acesso inoportuno) com a judicialização da saúde, em caráter exploratório e fazendo um esforço criativo para o aprimoramento da interface entre saúde e justiça, de forma a contribuir para o encurtamento da distância entre o direito garantido pela norma e o “péssimo concreto” das longas filas de espera¹⁵.

A dissertação, no contexto em que juristas a todo o momento são chamados a decidir sobre políticas públicas, e que “não tem sido objetivo [da] agenda acadêmica fazer estudos voltados à compreensão e ao aperfeiçoamento de engrenagens jurídicas dessas políticas públicas como um capítulo do tema da efetividade dos direitos”¹⁶, assume a audaciosa missão de voltar sua atenção para como a judicialização pode a um só tempo ser instrumento de exercício de cidadania, contribuindo para o atendimento das necessidades individuais e coletivas e da resolução das iniquidades do sistema, em verdadeiro esforço criativo e exploratório.

Para tanto, se faz necessário tratar dos problemas de assolam o SUS, e por consequência a população dele dependente, eis que a previsão Constitucional do direito à saúde, não foi capaz *de per se*, de garantir o gozo efetivo desse direito, tampouco o foi de conduzir a formação de

12SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, v. 01, p. 197-212, p. 212.

13Obras constantes na Bibliografia, com especial enfoque nas seguintes: SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017 e SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, v. 01, p. 197-212.

14Obras constantes na bibliografia com especial enfoque em: VIANNA, Luiz Werneck., *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999.

15Expressão utilizada por Ramiro Nobrega Sant'Ana em: SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

16COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. *In*: COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A política pública como campo multidisciplinar**. [S. l.: s. n.], 2013. p. 14.

uma base sólida ao sistema de saúde, de forma que se faz necessário conhecer, a um só tempo, o contexto, os desafios e problemas da gestão macro, meso e micro, bem como de que forma tais questões são absorvidas pela população conduzindo à judicialização, ou seja, o estudo parte dos problemas do SUS para a judicialização e pretende buscar alternativas que se originam desta interseção para garantia de direitos.

Como aponta Bobbio “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹⁷, que tem na interface com o sistema de justiça mais um ator no diálogo democrático para concretização de direitos. Assim, considerando ser a judicialização reação ao contexto de exclusão social, buscamos perquirir as possibilidades de contribuição do sistema de justiça, por meio da judicialização, com seu potencial transformador, para a concretização de direitos, não como um protagonista, mas como uma oportunidade.

Algumas considerações necessitam ser feitas para o correto enquadramento da pesquisa. Inicialmente cumpre apontar que apesar do termo judicialização ser comumente utilizado para se referir ao manejo de processos judiciais, o fenômeno é mais amplo e envolve as demais instituições que representam as funções essenciais do sistema de justiça, previstas na Constituição Federal, e assim será tratado no presente trabalho, tendo em vista o objetivo de buscar a interlocução entre os diversos interesses em jogo, sobretudo a aproximação proveitosa entre o sistema de justiça e o de saúde.

Ademais, evidenciamos que a pesquisa não tem correlação com ativismo judicial, isso porque, comumente a atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas, especialmente na área de saúde, é incompreendida e nominada de ativismo judicial. Ao contrário, o trabalho tem por objeto de estudo a judicialização das políticas públicas relacionadas a ações e serviços já implementadas pelo Estado¹⁸ - tratamentos já incorporados, com previsão não apenas na Constituição Federal, mas também nas leis ou atos normativos, que regulamentam o direito previsto na Constituição. Mister ainda esclarecer que a pesquisa não trata da judicialização da assistência farmacêutica.

Partindo desse pressuposto e assumindo ainda que discussões judiciais podem permitir o incremento da democracia, isso porque se amplia o espaço democrático por meio da avaliação

17 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24.

18 Compreendidas as ações e serviços nos termos do Decreto 7508/2011, não sendo objeto desta dissertação a judicialização da assistência farmacêutica.

da racionalidade das propostas divergentes¹⁹, o que pode contribuir para o aperfeiçoamento dos sistemas em um cenário colaborativo, onde se busca alternativas para o conflito com vistas a efetivação das políticas públicas implementadas e a garantia de direitos.

Diante do quadro apresentado, este trabalho, tem por objetivo, sem esgotar o tema e ainda que de forma modesta, contribuir para ampliação do debate, sobre campo ainda pouco explorado na área jurídica, qual seja, a possibilidade de contribuição da judicialização para o aperfeiçoamento da política pública de saúde, para o fortalecimento do SUS e para a efetiva fruição do direito pelo cidadão, buscando por um lado explorar o potencial transformador da judicialização e por outro iluminar a necessidade da discussão sobre uma agenda de exigibilidade de direitos.

Para atingir o objetivo da pesquisa e buscando compreender os problemas que dão ensejo a judicialização partiremos do arcabouço normativo do direito à saúde e do SUS e analisaremos diferentes nuances da gestão que se colocam como desafios às políticas públicas implementadas em saúde, com recorte nas filas de espera por procedimentos no SUS, mais precisamente no que concerne as consultas, exames e cirurgias. Percorremos no âmbito da macro gestão os problemas de base do SUS ligados ao financiamento insuficiente e injustiça de acesso e no meso e micro, os problemas e desafios que tornam o acesso inoportuno e conduzem a judicialização, buscando avaliar quais contribuições e alternativas a interface saúde justiça pode trazer para o cumprimento da previsão constitucional.

Num primeiro momento faremos pesquisa bibliográfica e documental, com especial enfoque na legislação nacional sobre o direito à saúde e o sistema de saúde brasileiro com foco na Constituição Federal e na Lei. 8080/90, ao que agregamos pesquisa qualitativa, calcada em entrevista semiestruturada, realizada com cinco gestores²⁰ do Sistema Único de Saúde, do Estado de Goiás, doravante denominados G1, G2, G3, G4 e G5, que de forma direta ou indireta tenham atuação na área da Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde, para

19 LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia. *In*: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 263.

20 O conceito de gestor aqui empregado é amplo, compreendido como aquele com capacidade de decisão dentro de sua área de atribuições, especialmente para o estabelecimento de metas e objetivos e sobre meios para atingimento dos fins estabelecidos, ou na definição de Paiva *et. all* “Os gestores do SUS são representantes do poder executivo no âmbito das três esferas, cada estrutura possuindo organização própria, gerentes com diferentes cargos de direção, participam da gestão do SUS, são responsáveis em consonância com as funções estabelecidas em regulamentação específica”. Ver: PAIVA, R. A.; RANDOW, R.; DINIZ, L. P.; GUERRA, V. A. O papel do gestor de serviços de saúde: revisão de literatura. **Rev. Med. Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 28, 2018. Suplemento 05, p. 02.

ampliar o olhar e a compreensão sobre as dificuldades e desafios vivenciados na implementação dos serviços que geram as chamadas filas de espera e sua relação com a judicialização da saúde. Ainda realizamos entrevista com um profissional da representação jurídica do Conselho de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS), no entanto, em razão do afastamento de suas atividades daquelas realizadas pelos gestores, não será utilizada no texto.

Buscamos também acesso aos dados da Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia, sobre filas para procedimentos eletivos, por meio de requerimento pautado na Lei de Acesso à Informação, e de procedimentos manejados pela Defensoria Pública do Estado de Goiás, na comarca de Goiânia, no intuito de tornar o estudo mais completo, com o alinhamento entre o contexto normativo e a prática cotidiana e a realidade dos cidadãos que estão na fila e buscam a judicialização como alternativa para acesso aos serviços.

No primeiro capítulo apresentamos o conceito de saúde e suas diferentes nuances, sua relação com as políticas públicas e com o direito até a garantia constitucional da saúde como direito fundamental. A compreensão do contexto normativo que embasa tanto o direito à saúde quanto o sistema de saúde brasileiro é essencial para a correta captação da discrepância entre o texto constitucional e a realidade das políticas públicas. Assim, partindo da fundamentação normativa, apresentamos os problemas de base do SUS – **subfinanciamento e injustiça de acesso**, problemas centrais para compreensão dos demais, especialmente as filas de espera e sua relação com a judicialização.

No segundo capítulo, analisamos os problemas e desafios da gestão, que entrelaçando-se com os problemas de base, contribuem para a formação e a perpetuação das filas de espera por procedimentos classificados como eletivos como consultas, exames e cirurgias, que conduzem a falta de acesso ou ao acesso inoportuno do cidadão aos serviços de saúde. Aponta-se para um cenário em que, além do subfinanciamento, há falha ou a má execução da política pública de saúde já implementada com correlação direta com a judicialização da saúde. Fazendo a interseção entre saúde e justiça, buscamos analisar o impacto da judicialização nas políticas de saúde, seus efeitos para a gestão, para os demais Poderes (Executivo e Legislativo), para o cidadão e para a democracia, apresentando para consubstanciar o trabalho dados estatísticos da Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia, bem como procedimentos conduzidos por atores do sistema de justiça, em especial pela Defensoria Pública do Estado de Goiás, no intuito ilustrativo, de como a interface saúde justiça pode contribuir para a concretização da promessa constitucional.

Seguindo, no terceiro capítulo, depois de constatada a necessidade do estabelecimento de uma agenda institucional de exigibilidade de direitos sociais e diante do potencial transformador do sistema de justiça, apontamos os critérios objetivos para a judicialização que vêm sendo estabelecidos, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Buscamos, contudo, ressaltar que o sistema de justiça pode contribuir com mais do que delineamentos ou critérios para condução de processos, e para isso apresentamos práticas e arranjos institucionais que estão promovendo verdadeira evolução da interface saúde justiça, através da imaginação de alternativas para além dos limites do processo judicial que vêm sendo capazes de trazer benefícios aos usuários do serviço e ao sistema de saúde, reforçando a necessidade de avançar nos diálogos, na capacitação dos atores, bem como na ampliação e refinamento de tais arranjos, enxergando a judicialização, sob um espectro amplo, como oportunidade ao cidadão e ao gestor.

Por fim, trouxemos na conclusão deste trabalho, jogando luzes nas incongruências legislativas e práticas do sistema de saúde, a necessidade de ampliação do escopo acadêmico de estudos jurídicos sobre o campo das políticas públicas de saúde já implementadas em saúde, visando apontar como a judicialização e novos atores, que compreendem o sistema de justiça, podem contribuir para melhorias no acesso aos serviços, ou seja, para garantia da fruição do direito, numa perspectiva de novos caminhos da democracia participativa.

CAPÍTULO I - DO DIREITO A SAÚDE: ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E A REALIDADE

1.1. Do caminho da saúde à tutela jurídica da saúde

“A conquista do direito à saúde não terminou com sua inscrição na Constituição Federal de 1988. Os tijolos assentados até agora na sua construção, embora tenham representado um enorme avanço, não foram suficientes para levantar a morada desse direito para todos”.

Maria Célia Delduque

O estudo da saúde e sua relação com o homem e a sociedade não são recentes. Saúde é termo polissêmico que pode significar uma gama de fatores intersociais, como a compreensão de doenças a partir do ambiente, conforme identificava Hipócrates ou a ausência de doenças, hipótese encontrada ainda nos escritos de Descartes²¹, de forma que a noção de saúde, de certa maneira, vem intermediando as relações sociais e pairando na consciência social.

Apesar de não ser um termo ontologicamente jurídico a relação entre direito e saúde também não é nova. A saúde tutelada pelo direito e seu reconhecimento internacional teve seu apogeu com as mazelas produzidas pela Segunda Guerra Mundial, que geraram no mundo daquela época a necessidade de implementar e garantir certos direitos mínimos decorrentes da condição humana.

Assim em 1948 foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que conferindo à saúde status normativo previu:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários. E tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade²²

A Declaração não estabeleceu o conceito de saúde, tarefa que coube a Organização Mundial de Saúde (OMS). No preâmbulo da Constituição da OMS consta que saúde é “o

21 DALLARI, Sueli G. O direito à saúde. **Rev. Saúde pública**, S. Paulo, 1988. p. 57.

22 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [1948]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”²³. O conceito buscou incorporar determinantes sociais e considerar o ser humano em sua integralidade afastando-se da visão reducionista que saúde é o contrário de doença.

A saúde pode então ser vista sob diferentes óticas e ter diferentes contornos, mas a que nos interessa é essencialmente aquela que é tutelada pelo direito, incorporada ao ordenamento jurídico e às políticas públicas de um país e que constitui garantia do cidadão e dever do Estado, normalmente realizada mediante ações prestacionais, conduzidas em seus respectivos sistemas de saúde.

Ainda, no âmbito do sistema protetivo internacional, foi concebida, no Sistema Americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que embora não tenha abordado especificamente o tema saúde, em seu artigo 26, estabeleceu o compromisso da adoção de medidas que viabilizassem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais²⁴, nos quais se inclui o direito à saúde.

Especificamente o tema saúde foi tratado no Protocolo de São Salvador, protocolo adicional à Convenção, em vigor desde 1999, promulgado internamente por meio do decreto presidencial Decreto n 3.321, de 30 de dezembro de 1999, que estabeleceu em seu artigo 10, o **direito de toda pessoa à saúde** e previu o compromisso dos países signatários de reconhecer a saúde como bem público e adotar uma série de medidas para garantir o direito²⁵.

O legislador internacional vem demonstrando sua preocupação com a observância de um patamar mínimo de serviços de saúde a serem prestados pelos Estados. Refletindo tal preocupação o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais expediu o Comentário Geral nº 14, apontando as principais obrigações assumidas pelos países signatários no que concerne

23 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** - 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em: 18 maio 2019.

24 PIOVESAN, Flavia; FREITAS, Daniel Castanha de. O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 01, n. 54, p. 205-225, jan., 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11843/7331>. Acesso em: 02 fev. 2020.

25 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Protocolo adicional à convenção americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. [1999]. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

ao direito à saúde, ressaltando ainda algumas obrigações cuja eficácia é imediata.²⁶ Reforçando o caráter prestacional do direito a saúde e o dever dos Estados em prestá-lo, o Comentário Geral nº 14 lista algumas obrigações dos Estados, por exemplo:

a) disponibilidade (*availability*), vale dizer, os serviços públicos e os programas de saúde devem ser disponibilizados em quantidade suficiente; b) acessibilidade (*accessibility*), que envolve quatro aspectos – o princípio da não-discriminação (a saúde deve ser acessível a todos, especialmente aos grupos mais vulneráveis, sem discriminação); a acessibilidade física; a acessibilidade econômica e acessibilidade de informações; c) aceitabilidade (*acceptability*), ou seja, os serviços e programas de saúde devem respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados, sensíveis, ainda, à questão de gênero e à questão geracional; e d) qualidade (*quality*), isto é, além de serem culturalmente aceitáveis, os programas e serviços de saúde devem ser científica e medicamente apropriados e de boa qualidade.²⁷

A não realização das obrigações nos termos estabelecidos, pode dar ensejo a fiscalização internacional, bem como a punições, demonstrando ser o direito a saúde um direito humano e, apesar de prestacional, por possuir um núcleo duro, um núcleo mínimo, que deve ser atendido pelos Estados, como condição de desenvolvimento humano, como garantia da vida humana, como direito e não mais como caridade.

Outros documentos internacionais recentes também destacam a importância da questão da saúde, como a Declaração do Milênio da ONU firmada na cidade de Nova Iorque, no ano 2000, que previu dentre suas metas melhorar a saúde materna; combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças e reduzir a mortalidade infantil²⁸, cujo prazo estipulado para o alcance das metas foi até o ano de 2015.

Atingido o termo final do prazo estipulado, e depois de avaliado os resultados, buscou-se a integração do crescimento econômico, a justiça social e a sustentabilidade ambiental, por meio do delineamento de dezessete objetivos para comporem a agenda global dos países que

26HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial: limites e possibilidades.** 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007. p.22.

27 BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 79-80 citada por: HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial: limites e possibilidades.** 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007. p. 22.

28ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio.** [2019?]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/tema/odm/>. Acesso em: 11 jan. 2019.

aderiram a Declaração, sendo o terceiro objetivo a Saúde e Bem-Estar de forma “a assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”²⁹.

No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 elencou expressamente em seu sexto artigo a saúde como um direito social e de maneira inovadora previu a existência de um sistema único, público e universal de saúde, tendo a Constituição consagrado “a um só tempo a saúde como direito fundamental e o SUS como garantia institucional fundamental”³⁰.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é relativamente novo, fruto do movimento sanitário dos anos 80, criado pela Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.080/90, sendo por intermédio dele que as políticas públicas de saúde são garantidas à população, desde consultas na rede de atenção básica até internações e procedimentos complexos em hospitais.

Cumpra apontar, no entanto, que apesar de ter uma seção intitulada ‘DA SAÚDE’, a Constituição Federal não definiu o conceito de saúde, tampouco o fez a lei, o que não é óbice a tutela jurídica e a garantia do direito à saúde, posto que a Constituição traçou seus contornos, suas margens, pelas políticas públicas sociais e econômicas. A Constituição Federal ao tempo que previu ser a saúde um direito, estipulou que este será “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”³¹, de forma que todas as ações e serviços compreendidos no âmbito de tais políticas integram o direito à saúde.

Assim, apesar de nos trazer um norte, o conceito amplo estabelecido pela OMS, sofre um recorte pela Constituição que define como dever do Estado um conjunto de ações e programas, que são estabelecidos por leis, decretos, portarias, contratos, convênios e por inúmeros outros instrumentos legais e devem englobar um planejamento adequado, integram o SUS e são disponibilizados à população como um patamar de garantias da cidadania voltado ao equilíbrio das desigualdades sociais.

Nessa toada, a Lei 8.080/90, que regulamenta o SUS, aponta que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que o Estado deve prover as condições indispensáveis ao seu

29 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plataforma Agenda 2030**: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. [2019?]. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/3/> . Acesso em: 13 abr. 2019.

30 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 225.

31 BRASIL, Constituição (1988). Art. 196. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

pleno exercício. O artigo muito já diz sobre a natureza jurídica que pretendeu o legislador conferir ao direito à saúde e também sobre o compromisso assumido pelo Estado com o povo.

Prossegue o referido diploma normativo impondo ao Estado o dever de garantir a execução e formulação de políticas econômicas e sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde, o que gera um espectro amplo de deveres ao Estado:

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação³².

Os diplomas normativos, no entanto, traçam apenas os contornos legais das políticas públicas de saúde, a definição das metas, das diretrizes, dos aspectos operacionais. A gestão em si, o estabelecimento de ações e serviços é feito mediante articulação institucional no âmbito das três esferas (municipal, estadual e federal), por meio de comissões intergestores, onde são compartilhadas responsabilidades e planejamento, conforme previsto no Decreto 7508/2011, que regulamenta a Lei 8080/90, dando forma a gestão descentralizada prevista na Constituição. Assim, aponta Ramiro Sant'Ana

A harmonização das expectativas entre as demandas individuais por atendimento e as linhas gerais de cuidado traçadas pelas políticas públicas se faz, regra geral, pelo estabelecimento de extensos protocolos e listas que trazem a previsão dos tratamentos a serem disponibilizados, conforme as peculiaridades da situação clínica de cada paciente. Nesse sentido, dão especial densidade à diretriz de integralidade a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), que compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário³³

Cada ente público pode estabelecer os serviços necessários à sua população local, em complemento as listas nacionais, promovendo diretamente os serviços à população, realizando convênios com outros entes públicos, estabelecendo regiões de saúde, contratando os serviços do setor de saúde suplementar, dentre outras alternativas de acordo com o planejamento do ente

32 BRASIL, Congresso Nacional, Lei 8080/90, de 19 de setembro de 1990.

33SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 57. Ver também Decreto 7508/2011, Art. 21. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao **usuário** para atendimento da integralidade da assistência à saúde.

público, devendo, contudo, observância ao que foi incorporado e consta no rol nacional de serviços, que funciona com um patamar mínimo a ser prestado à população.

1.2. A saúde enquanto política pública e sua relação com o direito: a exigência do cumprimento de políticas públicas implementadas

Superada criação do SUS e o estabelecimento jurídico da saúde, inicia-se agenda política de escolha dos serviços que serão compreendidos, diante do norte apresentado pela Constituição Federal, previsto no artigo 196 e seguintes, especialmente aos princípios do atendimento universal e integral, ou em outras palavras, o recorte da política pública a ser prestada.

O tema é complexo, pois as políticas públicas nem sempre foram objeto de interesse do direito. Enquanto categoria de interesse do direito, os estudos sobre políticas públicas começaram há aproximadamente vinte anos, fruto do *welfare state* e de sua evolução com a criação de normas de cunho social³⁴.

Nesse novo estado de coisas, o direito necessitou abrir suas portas à interdisciplinariedade, confrontando-se com o caráter dinâmico e funcional das políticas públicas que era imperativo regular. Os direitos sociais impuseram uma mudança ao estado absenteísta, o enfoque prestacional típico das obrigações de fazer dirigia-se ao Estado como dever, de forma que os institutos e categorias jurídicas tradicionais necessitaram se apartar de seu sentido legitimador aproximando-se de outras áreas do conhecimento³⁵.

Os direitos sociais provocaram uma evolução qualitativa na atuação do Estado que irradiou-se nas garantias mais básicas aos seres humanos, os deveres estatais sofreram alteração, suplantou-se a ideia de um estado absenteísta respeitador das liberdades para um Estado garantidor da fruição plena da cidadania por intermédio de direitos como a saúde, a habitação e a seguridade social, com pilares para o exercício pleno da democracia.

34 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997, p. 90. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>. Acesso em: 10 out. 2019.

35 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-2.

O dinamismo de tais direitos aliado as profundas alterações sociais, ganhou reforço com o enaltecimento da Constituição Federal, com sua força irradiante, mudando o cerne das relações jurídicas, nascendo um novo constitucionalismo atento às necessidades sociais, focado na cidadania e nas desigualdades sociais. A abrangência constitucional, que passou a conter temas antes distantes do cenário constitucional, aliada as possibilidades de controle de constitucionalidade, trouxe novas possibilidades e o renascimento do sentimento de justiça, conforme aponta Bucci:

Um aspecto notável desse novo constitucionalismo reside justamente em introduzir a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário, ganham lugar privilegiado, nas arenas de socialização política, em especial o Poder Legislativo, mas também, de certa forma, o Poder Judiciário, os embates sociais por direitos³⁶.

Assim com o advento do *welfare state* garantido por uma constituição forte, o foco Estatal é ampliado para além da garantia das liberdades. Ganham relevo os direitos de segunda geração, direitos de cunho eminentemente prestacionais que impõe ao Estado uma agenda voltada às políticas públicas. As políticas oriundas do *welfare state* são políticas garantistas, políticas sociais realizadas por intermédio de serviços relacionados a direitos básicos dos indivíduos e da população, como educação, saúde e seguridade social. Observa-se, então, que para a efetiva fruição dos direitos de liberdade, outros tantos direitos, os sociais, devem ser atendidos. Nasce as políticas públicas prestadas pelo Estado e garantidas pelo direito.

Política pública é segundo Costa “o espaço de tomada de decisões autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesse”³⁷, representando, portanto, compromisso assumido com a sociedade.

Howllet aponta que há certo consenso na literatura sobre as definições de políticas públicas no sentido de estarem intimamente ligadas a tomada de decisões pelos governantes, dentre as opções existentes, ou seja, a *policy-making* é em essência um processo de

36 BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p.1-2.

37 COSTA, N. do R. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação**: saúde e saneamento na agenda social. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 7.

compatibilização entre objetivos e meios para atingir objetivos³⁸ de forma que as políticas de saúde são meio para o alcance dos objetivos constitucionais.

William Jenkins retrata muito bem o conceito explanado, apontando que políticas públicas são ³⁹“um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los”. A definição traz ínsito importante fator, qual seja, ao elaborar políticas públicas não basta estabelecer objetivos é necessário também prever os meios para alcançá-los, isso porque prever objetivos sem os meios a alcançá-los tornaria estas últimas promessas inconsequentes não compatíveis com o direito.

Assim as políticas públicas funcionam como um processo estabelecido por um “conjunto de estágios inter-relacionados através dos quais os temas políticos (*policy issues*) e as deliberações fluam de uma forma mais ou menos sequencial desde os “insumos” (problemas) até os ‘produtos’ (políticas)”, passando por diversas fases: montagem de agenda, formulação da política em si, tomada de decisão, implementação da política e a avaliação⁴⁰, gerando o ciclo das políticas públicas.

Diogo Coutinho aponta que:

Ao formalizar uma decisão política e/ou técnica sob a forma de um programa de ação governamental, o direito agrega-lhe traços cogentes (isto é, vinculantes, não facultativos), distinguindo-a de uma mera intenção, recomendação ou proposta de ação cuja adoção seja facultativa. Dito de outra forma, o direito dá à política pública seu caráter oficial⁴¹.

As políticas públicas passam, como já apontado, por algumas fases, por exemplo: montagem de agenda, formulação de políticas, tomada de decisão política, implementação de políticas e avaliação de políticas, mas como aponta Dworkin, uma vez integradas pelo direito, um objetivo é estabelecido e deve ser cumprido, sob pena de tornar morta a lei e gerar um descumprimento da promessa feita à sociedade.

38 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública**: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 7-8.

39 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. Op. cit. , p. 8

40 Ibidem, p. 08.

41COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A política pública como campo multidisciplinar**. [S. l.: s. n.], 2013, p. 19.

Assim, a Constituição Federal já traçou as bases do SUS, e coube ao Poder Legislativo infraconstitucional, o refinamento e a regulamentação dos caminhos, o que foi feito por intermédio da Lei. 8080/90, bem como, ao Poder Executivo a escolha dos meios para atingir os fins colimados. Assim, a fase de implementação da política correlaciona-se com a escolha por parte dos governos dos instrumentos que farão a ação efetiva, ou seja, os meios aptos ao correto funcionamento da política⁴². Importante frisar que apesar de certa discricionariedade quanto aos meios quanto aos fins já não se pode dizer o mesmo, uma vez que previamente estipulados.

A execução da política implementada e sua avaliação são as fases que mais interessam ao presente estudo, isso porque, quando se está diante de políticas públicas em sentido estrito, as fases anteriores já foram concluídas e resta sobretudo o controle dos meios escolhidos para a consecução dos fins objetivados e a avaliação das políticas em si.

As políticas públicas são elaboradas por um grupo restrito, porém são objeto de avaliação por diversos grupos e subgrupos de indivíduos. Nesse contexto, há agentes internos e externos que contribuem para o fluxo das políticas públicas, de forma que as políticas públicas são um todo variável, passível de mudanças e adaptações, especialmente decorrentes da interlocução com os demais atores e seus destinatários.

Internamente as políticas públicas devem ser alvo de avaliação administrativa. As avaliações feitas por órgãos do governo, segundo esclarece Howlett, normalmente se dividem em cinco espécies: a) avaliação de processo, b) avaliação de esforço, c) avaliação de desempenho, d) avaliação de eficiência e e) avaliação de eficácia. A primeira delas examina os métodos organizacionais, a segunda mede a quantidade de insumos e de investimentos feitos pelo governo, a terceira avalia o que a política está produzindo, ainda que seja diverso do objetivo declarado; a quarta avalia se os custos de um programa estão adequados ou se este mesmo programa poderia ser realizado com custo mais baixo; a última espécie de avaliação visa, em linhas gerais, descobrir se um programa está atingindo seu objetivo⁴³.

Não é estranho ao cenário das políticas públicas a avaliação judicial, especialmente em países que adotam sistemas judiciais de avaliação ou de controle de leis, como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil, passo computado e reconhecido formalmente como uma das

42 SANTANA, Ana Cláudia Farranha. As instituições do sistema de justiça brasileiras e os ciclos das políticas públicas: possibilidades na defesa das ações afirmativas e combate ao racismo institucional e cultural. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, 2018, p. 1551.

43 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas uma abordagem integral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 211.

possibilidades do fluxo avaliativo, como uma das vertentes da avaliação dos resultados de uma política pública, refutando o “discurso [que] muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial”⁴⁴, evitando-se o afastamento da lei.

Na explicação de Howlett as avaliações judiciais “são levadas a efeito pelo Judiciário e tratam de possíveis conflitos entre ações do governo e os princípios constitucionais ou padrões estabelecidos de conduta administrativa e direitos individuais”⁴⁵, garantindo-se não apenas o equilíbrio e a harmonização entre os Poderes típica da previsão dos *checks and balances*, como também a vontade implícita do direito positivo⁴⁶.

Howlett prossegue sustentando que o fundamento de tal avaliação é variável entre diversos países, mas normalmente ocorre pelo exame da constitucionalidade da política pública. Ressalta que “em países de natureza republicana o Judiciário é dotado de maior legitimidade questionadora das atividades legislativas e executivas.”⁴⁷

Assim, sobleva atenção o fato de que a execução de políticas públicas demanda uma engrenagem bem regulada, que em algumas hipóteses pode se distanciar dos objetivos culminados pela lei, pelo que se faz necessária a avaliação realizada pela própria administração, bem como, pelo Judiciário, evitando-se assim que a Constituição Federal seja tratada como “um texto de valor contingente e descartável segundo o imperativo das circunstâncias.”⁴⁸

A garantia da avaliação ou da submissão de questões sociais ao Judiciário é prevista pela própria Constituição Federal, funcionando o Judiciário assim como a “única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre a legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos a controvérsias”⁴⁹. Assim, é a Constituição Federal que confere ao Judiciário a posição de guardião do cumprimento das promessas por ela estabelecidas.⁵⁰

44 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 08, n. 01, p. 59-85, jun., 2012. p. 61. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2019.

45HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. op. cit. p. 211.

46VIANNA, Luiz Werneck. *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999. p. 36.

47HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. op. cit. p. 211.

48VIANNA, Luiz Werneck. *et. al.* op. cit, p. 15.

49Ibidem, p. 20.

50BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Direito e políticas públicas entrelaçam-se no cumprimento das promessas constitucionais e, neste ponto, quando as políticas públicas desviam-se do foco constitucional e direitos são violados cabe ao Judiciário à análise para o reequilíbrio das forças envolvidas, em exercício contramajoritário. É neste contexto em que a promessa constitucional e a realidade parecem ter seguido caminhos diferentes que se insere a judicialização das políticas públicas de saúde.

Reforçando os argumentos aqui apresentados Gilmar Mendes aponta que o problema atual do sistema de saúde brasileiro é sobretudo de execução das políticas já existentes:

O estudo do direito à proteção a saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas a implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes fechados.⁵¹

Em resumo, o que se diz é que, que há uma interseção entre política pública em saúde e o direito que gera obrigações ao Estado e direito aos cidadãos, como aponta William Clune “By definition, all law is public policy, in that is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking for at least some aspect of its existence”⁵². Assim, importa-nos o conceito de regras, pois, havendo uma regra o direito deve ser garantido.

Assim, cabem as políticas públicas “assegurar esse bem estar-individual a todos, a um custo aceitável para a sociedade”⁵³, entendendo que a “política pública não é só do Estado, visto que, para a sua existência, a sociedade também exerce papel ativo e decisivo; e o termo público é muito mais abrangente do que o termo estatal”⁵⁴ que nasce a interface saúde justiça, apontando para “a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta

51 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 688.

52 BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* (org.). **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. p. 06.

53 VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 01, p. 77-100, 2010. p. 83. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 fev. 2020.

54 PEREIRA. Direito Sociais e Políticas Públicas: algumas Aproximações. *In*: BOSCHETTI, Ivanete *et al.* (org.). **Política social no capitalismo: tendências contemporâneas**. São Paulo: Cortez, 2009, p. 94.

à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”⁵⁵.

1.3 O descompasso entre a previsão Constitucional, os princípios do SUS, o subfinanciamento e injustiça de acesso: a formação das dualidades sistêmicas

O Sistema Único de Saúde calcado nos princípios da universalidade de acesso, integralidade e equidade promoveu inegáveis avanços no acesso aos serviços de saúde pública do país. Contudo, o sistema vivencia inúmeros problemas estruturais: financiamento insuficiente e desproporcional entre os entes da federação, dualidades entre o sistema público de saúde e o sistema privado, escolha do modelo de pagamento, dificuldade de regionalização dos serviços, dando origem a ponta do iceberg que normalmente é vislumbrada pela população: desabastecimento de medicações e as filas de espera, que demonstram o afastamento das políticas públicas de seus fins estabelecidos pelo direito.

Dos problemas apresentados, dois, localizam-se nas bases do SUS, influenciando diretamente na construção dos demais, pelo que os chamaremos problemas estruturais de base. Mangabeira Unger aponta que nem mesmo o avançado conceito desenhado na Constituição foi capaz de superar esses dois problemas, o financiamento e a injustiça:

Se a primeira questão é o financiamento, a segunda é a injustiça. Há dois mundos da saúde no Brasil. Um, para cerca de 20% da população, é o mundo dos planos privados. Na média, propicia um serviço de saúde equivalente em qualidade ao de um país europeu relativamente pobre, como a Grécia. O outro, para os restantes 80% da população, é o mundo dos que só têm o SUS. Oferece muito menos, não só por defeito de ideia ou mesmo de gestão, mas também e sobretudo por insuficiência de recursos⁵⁶.

Os problemas apontados são altamente corrosivos e desafiam o caráter universal e igualitário do direito à saúde adotado na Constituição Federal. Assim, apesar da previsão de amplas fontes de financiamento (o SUS pode ser financiado com orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios, e de outras fontes) as inúmeras alterações promovidas por Emendas à Constituição não lograram garantir uma destinação adequada de recursos e tampouco uma repartição coerente entre as fontes de financiamento,

55 BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit, p. 01.

56 UNGER, Roberto Mangabeira. Saúde: questão de consciência. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 jan., 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2401201009.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

tendo destaque a diferença substancial entre o financiamento oriundo da União em relação aos Estados e Municípios.

Desde de sua criação, o SUS enfrenta debates sobre o seu financiamento. Na Década de 90 a situação fora evidenciada com inúmeros projetos de Emendas à Constituição. As discussões e dificuldades no financiamento levaram o governo da época a instituir a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), que contudo, não apresentou resultados esperados, pois os recursos destinados à saúde não logravam superar o patamar mínimo estabelecido pela EC 29/2000, o que levou a sua extinção 10 anos depois.

A Emenda Constitucional nº 29 apesar de ter estabelecido percentuais mínimos de recursos orçamentários destinados a aplicação em saúde, relegou a regulamentação à lei complementar, que somente foi sancionada 12 anos depois de sua previsão, tratando-se da Lei Complementar nº 141 de 2012, que regulamentou o art. 198 da Constituição Federal.

A referida lei complementar conferiu à União tratamento diferenciado, estabelecendo que o ente apenas deveria realizar atualização com base nos investimentos do ano anterior. O tratamento diferenciado foi posteriormente modificado pela Emenda Constitucional nº 86 de 2015 que determinou que a União aplicasse um percentual mínimo de 15% sobre a receita corrente líquida (RCL). Não obstante, a referida Emenda possibilitou o cumprimento progressivo no prazo de 5 anos.

A Emenda foi objeto de ação direta de Inconstitucionalidade sob o número ADI 5.595⁵⁷, que teve liminar deferida para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 2 e 3, mas mesmo antes que a liminar fosse proferida e surtisse algum efeito, mais uma vez, uma Emenda Constitucional modificou as bases do financiamento da saúde, EC 95/2017. Passados apenas dois anos da Emenda Constitucional anterior, a EC 95/2017 instituía o ‘novo regime fiscal’, incluindo nos Atos de Disposição Transitórias (ADCT) regras com “dois efeitos centrais no orçamento da saúde: desvincular de percentuais da receita as aplicações mínimas com ações e serviços públicos em saúde; e instituir nova fórmula de cálculo do piso, com base no mínimo

57BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595 Distrito Federal**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 2017a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaS tf/anexo/ADI5595MC003.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

aplicado no ano de 2017, corrigindo, doravante, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)”⁵⁸

A referida Emenda é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Partido Democrático dos Trabalhadores (PDT), com apoio do Conselho Nacional de Saúde, que solicita ao Supremo Tribunal Federal seja dada interpretação conforme a Constituição para excluir do novo texto do artigo 107, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os gastos com educação e saúde da limitação imposta⁵⁹.

O argumento encontra eco na doutrina, que vê na medida uma ofensa ao princípio democrático em razão da limitação orçamentária:

O novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, salvo se houver, no futuro, em uma nova gestão, outra proposta de emenda constitucional em sentido contrário. Retira também do cidadão brasileiro o direito de escolher, a cada eleição, o programa de governo traduzido no orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico.⁶⁰

Curiosamente a PEC 241/2016 que deu origem a Emenda que ficou conhecida como “a PEC da morte”⁶¹, por congelar os gastos primários indispensáveis ao desenvolvimento nacional, que impactam diretamente em direitos sociais como a saúde e a educação, criando uma espiral que atinge especialmente a parcela mais pobre da população que depende exclusivamente dos sistemas públicos de ensino e saúde⁶², já que o piso da saúde foi transformado em teto⁶³, ao

58SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 62.

59BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5658 Distrito Federal**. Relatora Ministra Rosa Weber. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=5132872>. Acesso em: 19 jun. 2019.

60MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 04, n. 01, p. 259-281, jan./abr., 2017. p. 261.

61 REINHOLZ, Fabiana. Emenda 95, o enfraquecimento do pacto social: por trás da aprovação da lei de teto dos gastos, um programa de privatização, concentração de renda e exclusão social. **Brasil de Fato**, Porto Alegre, 03 out., 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/10/03/emenda-95-o-enfraquecimento-do-pacto-social>. Acesso em: 29 set. 2019.

62 ROMÃO, A. L. O financiamento da saúde frente ao novo regime fiscal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 01, p. 86-106, 18 nov., 2019. p. 88.

63 CASAL, Marcello Jr. Especialistas explicam por que é preciso revogar teto de gastos que retirou verbas do SUS. **Rede Brasil Atual**, 16 mar., 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2020/03/emenda-95-sus-teto-de-gastos-coronavirus/>. Acesso em: 10 maio 2020.

arrepio do envelhecimento populacional e do conseqüente aumento dos gastos com doenças típicas da idade.

O corte nos gastos e seu reflexo nos direitos sociais é absorvido de forma mais enfática exatamente pela parcela da população que faz uso exclusivo do SUS, impactando diretamente no sistema e em seus usuários, provocando um aumento ainda maior na injustiça de acesso:

Adivinhem então para quem vai sobrar o aperto? Óbvio que para os gastos sociais, afinal, são gastos difusos, que atingem de forma indiscriminada grande parte da população, em especial a mais pobre, que não tem voz - apenas um mísero votinho a cada dois anos. A classe média-média e a média-alta se refugia nos planos de saúde privados e nas escolas particulares, mas, e o povão? Quem fala por eles? Meio milhão de pessoas já retomaram ao programa bolsa família em razão da crise. Eis aqui a nota de esperança na declaração de inconstitucionalidade do teto de gastos para a área de saúde e educação públicas, que se encontra sobre a mesa da Ministra Rosa Weber, materializada na ADI 5.658, que congrega uma gama de outras ADI apensadas. O caminho foi aberto pela ADI 5.595/Lewandowski. É importante que o STF ouça o grito contido no interior desses autos.⁶⁴

Nesse viés, o tratamento dado ao financiamento da saúde pública e a forma como vem sendo tratado pelo legislador constituinte derivado clamam por solução urgente, sob pena de se inviabilizar o próprio SUS. A questão do financiamento, no entanto, demandaria estudo próprio, razão pela qual será abordado no presente trabalho apenas o que for essencial a compreensão do estudo.

Ao lado do problema do financiamento, temos outro que podemos apontar como problema de base, a injustiça de acesso, que com este se entrelaça, e que como aponta Mangabeira Unger deve ser resolvido primeiro, afinal, “enquanto a minoria puder separar a sua sorte da sorte da maioria, separará. O apelo à consciência será fraco demais para derrotar a aliança do egoísmo com a desesperança”⁶⁵, de forma que a lógica deve ser invertida e o privilégio não se constitua em inércia, isso porque, a separação das sortes, acaba por impingir maior ônus à parcela da população com maior dificuldade organizacional, tornando os problemas da saúde pública um problema de pobre.

64 SCAFF, Fernando Facury. **STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica>. Acesso 24 Jun 2020.

65 UNGER, Roberto Mangabeira. Saúde: questão de consciência. **Folha de São Paulo**, Tendências e debates, São Paulo, 24 jan., 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2401201009.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

A Constituição Federal traça um sistema público de saúde e faculta a participação privada na assistência à saúde⁶⁶, o que se consignou chamar saúde suplementar. A Constituição permite também que haja participação de forma complementar à atividade pública, com contratações ou formalização de convênios por parte do Poder Público com a rede privada de saúde.

Os conceitos centrais do SUS, no entanto, são desalinhados pela distorção financeira, decorrente da desigualdade ocasionada, seja pelo financiamento direto ou pelo indireto da saúde privada pelo tesouro público, o que torna essencial a análise da questão. Ao lado de um sistema que se pretende universal e que reclama a falta de recursos para atendimento à coletividade, a concessão pelo Poder Público de benefícios diretos e indiretos ao setor privado, aponta no caminho de uma diferença estrutural, a saúde de quem pode pagar ou de quem tem seu plano custeado pelo governo, como no caso dos servidores públicos civis e militares e seus dependentes ou por outra ótica a sorte da população que tem no SUS sua única porta de entrada num sistema de saúde, separada da sorte de uma minoria privilegiada, que tem no SUS mais uma porta de acesso, como sustenta Ramiro Sant'Ana:

Relevante notar que essa parte menor do PIB – investida no SUS – deve ser alocada para atender exclusivamente a ¼ da população com a oferta integral de bens e serviços de saúde, parcela esta que não possui cobertura da saúde suplementar, além de atender a 100% da população com a oferta de bens e serviços de vigilância em saúde (sanitária e epidemiológica), vacinação e tratamentos de alto custo não cobertos pelos planos de saúde (tratamentos oncológicos, transplante de órgãos, etc). A parte maior do investimento brasileiro em saúde, portanto, beneficia apenas ¼ da população, parcela que tem acesso à cobertura suplementar do setor privado⁶⁷.

A incongruência entre o texto constitucional, o subfinanciamento da saúde pública e o financiamento, pelo Estado, da saúde privada, compromete a estruturação do SUS, gerando uma dualidade sistêmica, em que o sistema suplementar cresce e se fortalece às custas do sistema principal, promovendo melhor acesso à saúde de pequena parcela populacional em prejuízo da coletividade, criando dois mundos⁶⁸, em que o peso da conta de um deles recai sobremaneira sobre as costas da população pobre, enaltecendo a desigualdade social, amplamente conhecida no Brasil.

66 Art.199 da Constituição Federal dispõe “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

67SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 70.

68 Ibidem, p. 70.

Um olhar atento ao próprio sistema público de saúde, mais especificamente ao contexto da oferta, nos permite apurar que o SUS hoje funciona basicamente valendo-se de contratações de leitos do setor privado, restando cada vez mais dependente de um sistema que deveria ser complementar, realidade que destoa das diretrizes constitucionais. Assim, ao mesmo tempo em que há uma discrepância na proporção de investimentos no setor público, os poucos recursos deste, ainda voltam ao setor privado, mediante contratações, aprofundando a segmentação do acesso.

A segmentação da saúde brasileira parece então naturalizar-se na fórmula ‘pagante’ e ‘não pagante’, como uma justificativa ao cenário encontrado e neste processo o SUS é transfigurado. Seu sentido precípua, o de projeto institucional para a efetivação da garantia do direito à saúde, é subtraído. Resta-lhe, então, desempenhar o papel de transferir recursos e pagar serviços de saúde, mascarando uma política seletiva⁶⁹.

Estudo elaborado pelo Ministério da Saúde aponta para a discrepância entre os investimentos nos sistemas público e privado:

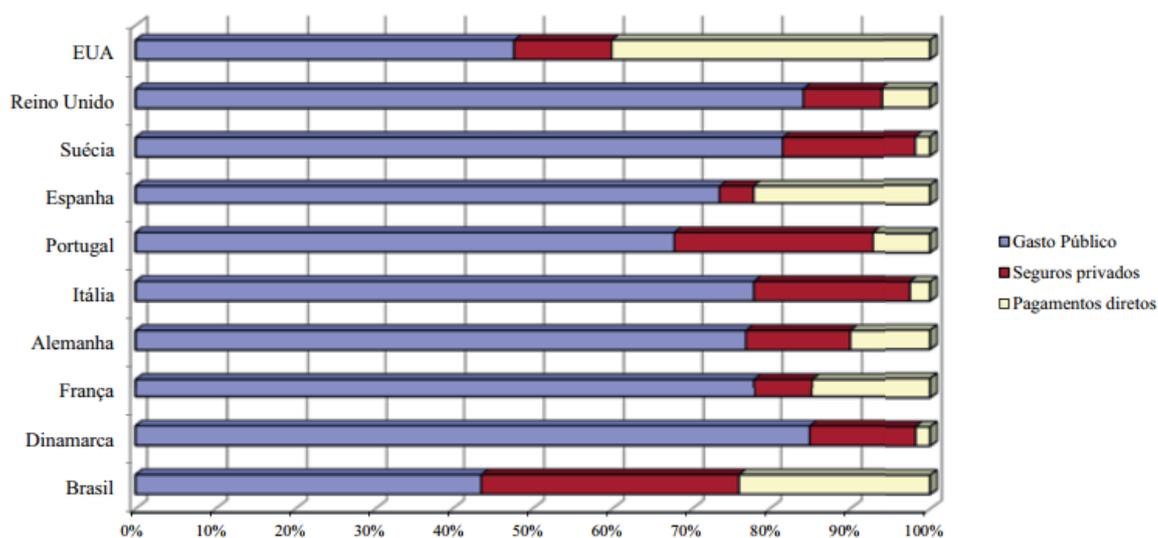
Outra questão de fundamental importância é a verificação da proporção de gastos do setor público e do setor privado, incluindo aqueles pagos diretamente pelas pessoas. No Brasil, segundo dados de Contas-Satélites de Saúde, 8,5% do PIB, em média, correspondem às despesas de consumo final de bens e serviços de Saúde entre 2007 e 2009. O setor público participou com 3,5% do PIB nesse período. O setor privado movimentou o maior volume de recursos. Os gastos do setor público correspondem a 43% do total, percentual próximo ao dos Estados Unidos, que adotam sistema muito diferente do brasileiro (POPPE, 2008). Embora o Sistema Único de Saúde (SUS) seja comparável ao modelo britânico, em termos de princípios, no Reino Unido o financiamento público do setor chega a 85% do total dos recursos gastos em Saúde.⁷⁰

O gráfico abaixo produzido pelo Ministério da Saúde torna visível a diferença de aportes financeiros entre o setor público e privado, o que se mostra ainda mais evidente quando comparado a sistemas públicos de saúde de outros países, apontando que o Brasil tem um gasto público com saúde menor que países com sistemas privados de saúde:

69BAHIA, Lígia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 05, p. 1385-1397, out., 2008. p. 1388. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500002&lng=en&nrm=iso Acesso em: 10 maio 2019.

70 BRASIL. Ministério da Saúde. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Financiamento público de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. 124 p. (Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 01, v. 01). Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

Gráfico 01 - Composição percentual do gasto em Saúde do Brasil e de alguns países da OCDE, relativamente ao financiador (público, seguro privado e pagamento direto), 2009



Fonte: Organização Mundial de Saúde, World Health Statistics – 2012

Não apenas há financiamento do setor privado pelo Estado, como também “historicamente, as políticas de saúde estimularam o setor privado no Brasil e promoveram a privatização da atenção à saúde, seja por meio de credenciamento de consultórios médicos, seja pela remuneração e criação de clínicas diagnósticas e terapêuticas especializadas, hospitais, ou ainda mediante incentivos às empresas de planos e seguros de saúde”⁷¹, criando a distinção hoje observada.

No mesmo caminho o investimento no setor privado afeta ainda mais a população pobre que tem gastos diretos com saúde, isso porque, ao subsidiar planos de saúde privados, o recurso financeiro que é da coletividade retorna apenas para pequena parcela populacional, que já é beneficiada com maior acesso, comprometendo a agenda da igualdade e socializando custos em benefício de poucos. Assim, o aumento do investimento na saúde pública deve vir necessariamente acompanhado da equidade no acesso:

Uma estratégia para aumentar os gastos públicos, sem ampliar o total de gastos em saúde, é acabar com o subsídio público aos planos de saúde, estimado em R\$ 12,5 bilhões somente em 2015, o que representou um gasto tributário correspondente a 32,3% do orçamento do Ministério da Saúde naquele ano³². Essa estratégia tem ainda

71 PAIM, Jairnilson *et al.* **Saúde no Brasil 1**: O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. [2019?]. p. 19. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/925_brazil1.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

a vantagem de contribuir para a equidade do financiamento da saúde, na medida em que o subsídio aos planos de saúde significa a transferência de recursos que pertencem a todos para o segmento mais privilegiado da população.⁷²

Mediante estímulos e financiamento, “o subsistema privado de saúde se imbrica com o setor público oferecendo serviços terceirizados pelo SUS, serviços hospitalares e ambulatoriais pagos por desembolso direto, medicamentos e planos e seguros de saúde privados. Parte dessa oferta é financiada pelo SUS e o restante, por fontes privadas. A demanda por planos e seguros de saúde privados vem especialmente de trabalhadores de empresas públicas e privadas que oferecem tais benefícios a seus funcionários”⁷³.

O financiamento público do setor privado conduz a expansão desse subsistema e compromete a qualidade do acesso ao serviço público “assim, como a expansão contínua do subsetor privado é subsidiada pelo Estado, o subsetor público se torna subfinanciado, o que potencialmente compromete sua capacidade de assegurar a qualidade do cuidado e o acesso da população aos serviços⁷⁴”. O fortalecimento de do setor privado e o desfinanciamento do setor público geram um SUS dependente e reforçam a injustiça de acesso, contradizendo o texto constitucional, não apenas na previsibilidade de um sistema público universal de saúde, mas sobretudo, nos próprios objetivos da República Federativa Brasileira, quando aponta pela redução das desigualdades sociais⁷⁵.

Assim, a injustiça de acesso apontada por Mangabeira Unger reflete-se no desafio do SUS ressaltado por Ocké-Reis o desafio de conseguir ser único. O financiamento público de um sistema concorrente e paralelo, que beneficia duplamente a parcela populacional com melhor sorte financeira, parcela esta, a quem se dirige o melhor acesso aos serviços de saúde, pela socialização dos custos, seja por meio de concessões ou renúncias fiscais, que não desoneram o SUS e criam um acesso compartimentado dos serviços de saúde, mas com um custo coletivo. Assim, Ocké-Reis sintetiza a questão:

72 SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de *et al.* Os desafios atuais da luta pelo direito universal à saúde no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 08, p. 2783-2792, ago., 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000802783&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 dez. 2019. p. 2789.

73 *Ibidem*, p. 30.

74 PAIM, Jaimislo *et al.* **Saúde no Brasil 1: O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. [2019?]. p. 20. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/925_brazil1.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

75 Constituição Federal, Art. 3º, III, “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Esse tipo de gasto público indireto tende a afetar o SUS sem melhorar a qualidade dos serviços privados. Mas como?

De várias maneiras: a renúncia subtrai recursos do SUS, que poderiam melhorar seu acesso e qualidade; ela reforça a iniquidade do sistema, piorando a distribuição do gasto público per capita para os estratos inferiores e intermediários de renda; os lobbies agravam tal iniquidade, dado que o poder econômico pode corroer a sustentabilidade política do SUS; os subsídios não desafogam completamente o SUS, já que a clientela dos planos continua utilizando seus serviços –vacinação, urgência e emergência, banco de sangue, transplante, hemodiálise, serviços de alto custo e de complexidade tecnológica etc.

Assim, o SUS acaba socializando parte dos custos das operadoras. A Agência Nacional de Saúde (ANS) tem demonstrado rigor no que se refere às negativas de cobertura e tempo de espera, exatamente porque os planos não entregam o que prometem e a insatisfação dos consumidores não para de crescer.

Desse modo, se os recursos oriundos da renúncia fossem aplicados na atenção primária (no Programa de Saúde da Família, por exemplo) e na média complexidade, o governo federal poderia justificar, sob o critério da equidade, a redução ou eliminação da renúncia de arrecadação fiscal.⁷⁶

O fortalecimento do setor privado e do capital na área da saúde, em detrimento do SUS, constitui obstáculo ao ideal inclusivo, sendo incoerente com a ideia de saúde como direito humano, fragmentando o sistema pela disputa dos mesmos recursos e reproduzindo iniquidades e desigualdades sociais refletidas no gasto direto da população com saúde, que afeta desproporcionalmente a parcela mais pobre da população, de forma que ao lado da questão do aumento do financiamento público do SUS, deve-se buscar “o fim dos subsídios e dos incentivos tributários, seja por meio de isenções fiscais, seja pelo não-ressarcimento ao SUS da utilização de serviços públicos por portadores de planos privados, seja pelos empréstimos a juros reduzidos às operadoras de planos de saúde, à indústria de insumos de saúde e aos hospitais filantrópicos de atendimento não-exclusivo ao SUS”⁷⁷, para que então possamos pensar em um sistema realmente único.

A inadequação do financiamento privado com recursos públicos reflete-se noutras questões, essas mais perceptíveis, apesar de igualmente pouco discutidas. O setor privado de saúde (suplementar) é regulado pela agência a Agência Nacional de Saúde (ANS) cujo objetivo é garantir a regulamentação legal e administrativa do mercado de seguros privados de saúde,

76 OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. SUS, o desafio de ser único. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 abr, 2014. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sistemas-de-saude/sus-o-desafio-de-ser-unico/1755/>. Acesso em: 20 maio 2020.

77 SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de *et al* . Os desafios atuais da luta pelo direito universal à saúde no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 2783-2792, ago., 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000802783&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 dez. 2019. p. 2790.

ou seja, a agência tem a capacidade regulatória, fixando um conjunto de deveres a serem observados pelos prestadores privados e direitos dos usuários, dentre os quais prazos para atendimento e cobertura mínima.

Um direito dos usuários da saúde suplementar é a garantia de prazos previamente estabelecidos para atendimento de suas demandas de saúde. A resolução 259 da Agência Nacional de Saúde (ANS) fixa os prazos máximos para um paciente da saúde suplementar ser atendido, prazos que variam de 07 dias úteis para uma consulta básica (pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia) até 21 dias para uma cirurgia eletiva, conforme quadro formulado pela ANS:

Tabela 01 – Prazos para atendimento Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁷⁸

Serviços	Prazo máximo de atendimento (em dias úteis)
Consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia	07 (sete)
Consulta nas demais especialidades	14 (catorze)
Consulta/ sessão com fonoaudiólogo	10 (dez)
Consulta/ sessão com nutricionista	10 (dez)
Consulta/ sessão com psicólogo	10 (dez)
Consulta/ sessão com terapeuta ocupacional	10 (dez)
Consulta/ sessão com fisioterapeuta	10 (dez)
Consulta e procedimentos realizados em consultório/ clínica com cirurgião-dentista	07 (sete)
Serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial	03 (três)
Demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial	10 (dez)

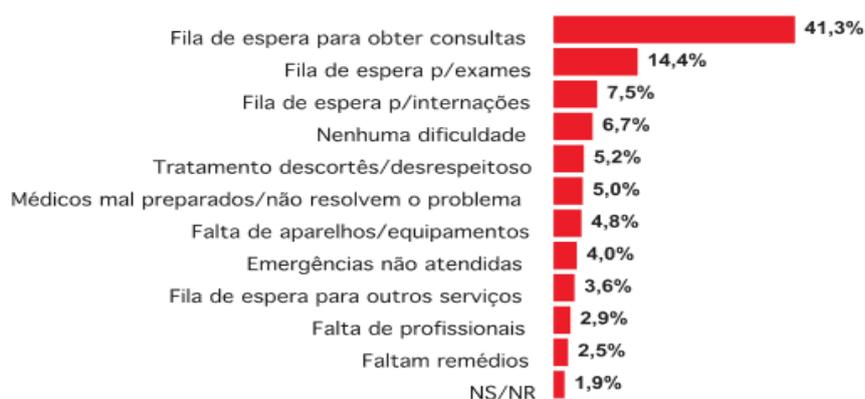
78 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução nº 259 de 17 de junho de 2011, que dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde.** [2011]. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/1251-periodo-de-utilizacao-do-plano-e-prazos-maximos-de-atendimento#garantia>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Serviços	Prazo máximo de atendimento (em dias úteis)
Procedimentos de alta complexidade (PAC)	21 (vinte e um)
Atendimento em regimento hospital-dia	10 (dez)
Atendimento em regime de internação eletiva	21 (vinte e um)
Urgência e emergência	Imediato

Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A expansão dos serviços privados, seu aprimoramento e refinamento, a previsão de prazos máximos para atendimento de seus usuários, como demonstrado na tabela acima, contrastam com a realidade do SUS e com a realidade de diversos cidadãos brasileiros, usuários exclusivos do SUS, que aguardam em filas por consultas, cirurgias e exames, as vezes, por anos, para procedimentos indicados pelos médicos assistentes como urgentes, o que é corroborado em pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) que demonstra que a grande insatisfação do cidadão brasileiro relaciona-se com o excessivo tempo de espera para realização de consultas e exames, descontentamento não representado na saúde suplementar, como vemos no gráfico abaixo:

Gráfico 02 - Principais problemas que os brasileiros enfrentam no SUS⁷⁹



Base: 88,5% dos entrevistados, que foram a algum estabelecimento SUS

79 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A saúde na opinião dos brasileiros**: um estudo prospectivo: parte I. Brasília, s. n., 2003. 43 p., p.15.

Fonte: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS)

As longas filas de espera por serviços de saúde instituídos, entendido o termo longo pelo prazo de espera, demonstram a necessidade de melhorias da qualidade do acesso aos serviços públicos de saúde e a injustiça consubstanciada em um acesso melhor para aqueles que podem usufruir dos serviços da saúde suplementar, injustiça esta que se torna mais evidente quando constatado que boa parte do financiamento do setor suplementar é realizado com orçamento público.

Na legislação de saúde pública, poucas são as diretrizes sobre prazos máximos de espera, o que abre ampla margem de manobra ao gestor, margem esta de difícil controle, seja social, seja jurídico. Ao tempo em que o controle é reduzido para certa naturalização sobre a exclusão das camadas populares do acesso aos serviços e sobre as filas de espera como um produto do SUS. Apenas leis mais recentes, no sistema público de saúde, sobre tratamentos oncológicos, estabelecem prazos para atendimento do cidadão. Apontam Roberto Freitas e Ramiro Sant´Ana:

Neste ponto, encontra-se séria dificuldade. A legislação federal em saúde pouco trata da eficiência na prestação dos serviços à população. A própria lei orgânica da saúde (Lei Federal n 8.080) é silente neste aspecto. Basta observar que o art. 7 da referida norma, o qual enumera os princípios e as diretrizes do SUS, não há a mais vaga menção à prestação de serviços de forma eficiente.⁸⁰

A opinião é compartilhada por Luís Eugênio Portela Fernandes de Souza *et. al.*, para quem ao lado do problema do subfinanciamento e da injustiça de acesso, os quais são definidos por tais doutrinadores como desafio de se construir um projeto de desenvolvimento nacional soma-se o desafio da melhoria de eficiência do SUS, com a adoção de critérios de desempenho para avaliar o trabalho em saúde, premiando a eficiência.⁸¹

Não há dúvidas quanto as melhorias implementadas pelo Sistema Único de Saúde, mas reduzir o tempo de espera de pacientes em filas de espera é um dos principais aspectos suscetíveis de melhora como garantia de um acesso oportuno, entendido acesso oportuno como “o uso dos serviços em tempo adequado para a obtenção do melhor resultado possível, sendo,

80FREITAS FILHO, Roberto; SANT´ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 67, p. 70-102, 2016, p. 48.

81SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de *et al.* . Op. cit p. 2786 -2788.

portanto, o tempo ou o conceito de oportunidade essencial para a avaliação da qualidade”⁸². O chamado acesso oportuno, muito utilizado na área de saúde e de políticas públicas é em suma, para o direito, o atendimento ao princípio da eficiência prescrito na Constituição Federal.

Pesquisas demonstram que no Brasil a longa espera pela prestação do serviço de consultas, exames e cirurgias é a maior reclamação dos usuários do SUS⁸³. Curiosamente a maior reclamação dos usuários do sistema decorre de políticas públicas implementadas, e não da impossibilidade de usufruírem de novas tecnologias, ou seja, decorre da reclamação de milhões de brasileiros que não têm sua pretensão quanto as políticas públicas implementadas atendida, representa resposta à desigualdade.

Essa realidade faz com que o acesso do cidadão aos serviços de saúde muitas vezes não seja efetivo e oportuno, sendo incapaz de trazer o melhor resultado ou gerando um resultado inferior ao que poderia ser obtido caso o acesso fosse oportuno. Essa também era a realidade do Sistema de Saúde da Espanha que enfrentava longas esperas. Uma das estratégias adotadas foi o estabelecimento legal de prazos para a realização dos serviços. Assim, desde o ano 2000, em Catalão adotou-se o prazo máximo de 6 meses para realização de cirurgias e de 90 dias para consultas. O País Basco também definiu tempo máximo de espera para procedimentos. A fixação e o monitoramento de prazos para a realização do pré-operatório aparecem aliados a outros fatores como uma estratégia bem-sucedida para a redução dos prazos de atendimento⁸⁴.

Representando verdadeiro avanço legislativo no quesito eficiência temporal no SUS, a Lei nº 12.732/12, conhecida como lei dos 60 dias, estabeleceu o prazo de 60 dias para o paciente iniciar o tratamento oncológico após o diagnóstico. Em que pese a lei, ser um marco no estabelecimento de critério de eficiência temporal, esta somente previu um prazo após o diagnóstico. Ocorre que antes do diagnóstico um paciente necessita, via de regra, passar por atendimento numa unidade básica de saúde, ser encaminhado a um médico especialista que prescreverá o exame, realizar o exame e retornar ao médico especialista para prescrição do tratamento. Neste caminho, ele percorreu pelo menos três filas: a da consulta com médico

82CONILL, Eleonor Minho; GIOVANELLA, Lígia; ALMEIDA, Patty Fidelis de. Listas de espera em sistemas públicos: da expansão da oferta para um acesso oportuno? Considerações a partir do Sistema Nacional de Saúde espanhol. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 06, p. 2783-2794, jun., 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

83 Ibidem. p. 2784.

84 Ibidem. p. 2784.

especialista, a do exame e a de consulta de retorno. Essa é a realidade de vários usuários do SUS:

Cada paciente que é submetido a uma cirurgia otorrinolaringológica na rede pública passa na verdade por várias filas de espera consecutivas. A chamada fila de espera de cirurgia, que representa o período entre a indicação cirúrgica e a sua realização, é só a última e por vezes a menor delas. O tempo real de espera compreende vários outros períodos pregressos, desde o surgimento dos sintomas da doença até a obtenção do tratamento especializado.⁸⁵

A adoção de prazos apesar de ser uma esperança aos usuários, não pode ser medida isolada, ainda mais num país de dimensão continental como o Brasil, com realidades sociais tão discrepantes. A revisão da injustiça de acesso é indubitavelmente fator primordial para a mudança, especialmente da consciência social, mas não se desconsidera que a fixação de prazos máximos torna-se fator essencial na agenda da exigibilidade de direitos e de pressão ao gestor, como ocorreu nos casos de ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública da União⁸⁶ e da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul⁸⁷, uma vez constatado o descumprimento do prazo estabelecido em lei.

A Lei em comento representa um avanço para um ponto que Ramiro Sant`Anna e Roberto Freitas chamam atenção: “o SUS, simplesmente, não possui critérios de eficiência temporal para atendimentos eletivos”⁸⁸, sendo alento para os ¾ da população que enfrentam anos de espera para atendimento médico, nas filas de espera do SUS, e que contrasta com a realidade dos outros ¼ da população atendido pelo sistema privado, realidade que será melhor detalhada no próximo capítulo.

85 SARMENTO JUNIOR, Krishnamurti Matos de Araujo; TOMITA, Shiro; KOS, Arthur Octavio de Avila. O problema da fila de espera para cirurgias otorrinolaringológicas em serviços públicos. **Rev. Bras. Otorrinolaringol**, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 256-262, jun., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72992005000300001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 07 jun. 2020.

86CONSULTOR JURÍDICO. Demora incabível: DPU vai à Justiça pedir solução para colapso no tratamento de câncer no Rio. **Revista Consultor Jurídico**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/dpu-justica-colapso-tratamento-cancer-rio>. Acesso em: 15 mar. 2019.

87 PELLICIONI, Lucas. **Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul garante que legislação sobre o tempo de espera de tratamento ao câncer seja cumprida**. 25 jul., 2019. Disponível em: <https://www.defensoria.ms.def.br/imprensa/noticias/1172-defensoria-publica-de-mato-grosso-do-sul-garante-que-legislacao-sobre-o-tempo-de-espera-de-tratamento-ao-cancer-seja-cumprida>. Acesso em: 08 mar. 2020.

88 FREITAS FILHO, Roberto; SANT`ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 67, p. 70-102, 2016. p. 87.

CAPÍTULO II - O CRÔNICO PROBLEMA DAS FILAS DE ESPERA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

2.1 As filas de espera do SUS: barreiras ou acesso? Problemas e desafios da gestão - iniquidades, sistema de pagamento, ausência de critérios de eficiência e de controle.

“A qualidade da ação dos governos depende, em grande medida, dos incentivos e controles a que estão submetidos”
Marta Arretche

O jornal o Globo inicia matéria intitulada “o SUS tem mais de 20 sistemas que não se comunicam” com a seguinte fala “Se fosse grave, caso de morte, eu já tinha morrido, né?” A fala é atribuída a uma senhora que aguardou durante 11 anos para a realização de uma cirurgia no SUS⁸⁹. Essa não é uma realidade exclusiva dessa senhora, ao contrário, no ano de 2017 o Brasil tinha 904 mil pessoas aguardando em filas de espera para cirurgias eletivas no Sistema Único de Saúde. Goiás, neste mesmo ano, somava 55.192 procedimentos eletivos em filas de espera, segundo dados da Secretaria Estadual de Saúde⁹⁰.

Ao olharmos para uma fila de espera, não é em si apenas o tamanho, em quantidade de pessoas aguardando que importa, mas também o tempo de espera. Evidente, todavia, que a quantidade de demanda e a oferta certamente impactam no tempo de espera, mas é o tempo de espera o fator que precisa ser visto com cautela, isso porque para uma abordagem abrangente a discussão não pode se ater a oferta ou monitoramento das listas, devendo ampliar seu escopo para o acesso oportuno⁹¹.

⁸⁹DUARTE, Alessandra; BENEVIDES, Carolina. SUS tem mais de 20 sistemas que não se comunicam; falta monitoração de leitos e remédios. **Extra**, 29 ago., 2011. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/sus-tem-mais-de-20-sistemas-que-nao-se-comunicam-falta-monitoracao-de-leitos-remedios-2542700.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁹⁰CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Crise no SUS**: Brasil tem mais de 900 mil cirurgias eletivas represadas, 01 dez., 2017. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27314:crise-no-sus-brasil-tem-mais-de-900-mil-cirurgias-eletivas-represadas&catid=3. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁹¹CONILL, Eleonor Minho; GIOVANELLA, Lígia; ALMEIDA, Patty Fidelis de. Listas de espera em sistemas públicos: da expansão da oferta para um acesso oportuno? Considerações a partir do Sistema Nacional de Saúde espanhol. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 06, p. 2783-2794, jun., 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

Algumas das pessoas, das filas apontadas na matéria, no Estado de Goiás, aguardavam por procedimentos há mais de 10 anos, retratando um dos grandes problemas daqueles que dependem exclusivamente da prestação do serviço público de saúde: o tempo. O tempo e a fila funcionam para boa parte dos usuários do SUS como barreiras de acesso, isso porque para um cidadão que não consegue acesso a uma consulta não há sequer indicação de tratamento.

No intuito de tornar o estudo rico e atual, fizemos solicitação ao Município de Goiânia, com base na Lei de Acesso à Informação, sobre as filas de espera de procedimentos eletivos, constatando-se que atualmente há pacientes aguardando a realização de cirurgias eletivas desde 2015 e consultas especializadas desde 2013⁹², conforme quadro abaixo:

Tabela 02 – AS CINCO MAIS ANTIGAS FILAS DAS ESPECIALIDADES DE CONSULTA ESPECIALIZADA ELETIVA EM GOIÂNIA

CONSULTA ESPECIALIZADA		
ESPECIALIDADE	TOTAL	DATA DA SOLICITAÇÃO MAIS ANTIGA
OFTALMOLOGIA	35348	03/07/2018
CIRURGIA PLASTICA	28015	17/05/2013
OTORRINOLARINGOLOGIA	9736	12/02/2019
ANGIOLOGIA - DOENCAS VENOSAS	7825	07/03/2017
UROLOGIA	6828	18/04/2017

Fonte: <http://intra003.goiania.go.gov.br>

Fonte: Secretaria Municipal de Goiânia

Tabela 03 – AS CINCO MAIS ANTIGAS FILAS DE CIRURGIA ELETIVA GOIÂNIA

CIRURGIA ELETIVA		
ESPECIALIDADE	TOTAL	DATA DA SOLICITAÇÃO MAIS ANTIGA
0408 - Cirurgia do sistema osteomuscular	6612	23/02/2015
0409 - Cirurgia do aparelho geniturinário	5099	25/02/2015
0407 - Cirurgia do aparelho digestivo, órgãos anexos e parede abdominal	5022	24/02/2015
0406 - Cirurgia do aparelho circulatório	2795	19/02/2015
0404 - Cirurgia das vias aéreas superiores, da face, da cabeça e do pescoço	1444	08/08/2015

Fonte: <http://intra003.goiania.go.gov.br>

Fonte: Secretaria Municipal de Goiânia

92 Dados recebidos em 16 de Julho de 2020, Memorando nº 986/2020 Protocolo Siged nº 2020/00000/030651.

É na fila da consulta especializada que talvez mais se evidencie a barreira de acesso, isso porque, o paciente muitas vezes não tem seu diagnóstico, o que impede ou dificulta o tratamento. É também na fila da consulta especializada que o afunilamento entre atenção básica e especializada torna-se visível. Assim, ainda sobre o tempo de espera de pacientes em filas, aguardando por consultas especializadas, em junho de 2019, a Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia, tinha onze mil pacientes aguardando por consulta com psiquiatra, com protocolos do ano de 2016 sendo agendados, conforme memorando n. 761/2019 encaminhado à Defensoria Pública do Estado de Goiás, após solicitação de informações decorrente da procura de inúmeros usuários do sistema.

O tempo de espera a que são submetidos os usuários do SUS ou a população SUS dependente contrasta não apenas com a realidade dos usuários dos planos de saúde, como também aponta para a fragilidade da previsão Constitucional que não foi ainda capaz de garantir a implementação do direito previsto em seu texto.

Para compreender as filas de espera precisamos analisar elementos de uma equação: a macro, meso e micro gestão. Assim, ao lado dos problemas de base do SUS, que envolvem a macro gestão ou a política, quais sejam, financiamento inadequado e a injustiça de acesso, alguns outros fatores devem ser considerados, já que contribuem para o acesso não oportuno e por consequência para a judicialização das políticas públicas implementadas, razão pela qual precisam ser tratados para a correta compreensão deste fenômeno.

Nesse viés, Ramiro Sant'Ana sustenta que “de fato, financiamento adequado não produz automaticamente sistema de saúde eficiente, equitativo e efetivo, ou seja, o mero incremento de recursos não necessariamente acarreta melhores resultados”⁹³, reflete, porém, que as falhas de gestão são um ponto em comum à Administração Pública Brasileira, sustentando que “não se ignora que as falhas de gestão acarretam graves distorções ao SUS”⁹⁴, o que ganha um colorido diferenciado quando a questão é o direito à saúde, o que não nos permite a conformação com o estado de coisas.

93 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

94 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 73.

A **ausência de eficiência** é, ao lado do subfinanciamento e da injustiça de acesso, apontada pela doutrina, como o segundo grande desafio a ser enfrentado para o fortalecimento do SUS⁹⁵ e da correção das políticas públicas de saúde e decorre de uma gama de fatores: ausência de controle adequado, falta de sistema informatizado para análise de dados, o de tipo de sistema de pagamento, falta de transparência, baixo apoio populacional ao desenvolvimento do SUS, são fatores que somados contribuem para a formação de filas de espera, e para um dos problemas mais graves de nossa sociedade: a ausência de acesso de boa parte da população aos serviços de saúde⁹⁶. Tais fatores demandam correção, seja no âmbito macrossocial seja no âmbito microssocial ou ainda nos processos adotados para atingir os fins colimados.

Assim, Conill *et al.*, citando outros autores, aponta para necessidade de se avaliar o contexto da política pública, em nível macro, meso e micro:

Vásquez *et al.* sugerem que o desempenho de redes integradas deva ser avaliado a partir de quatro blocos de dimensões e variáveis inter-relacionadas: os contextos macrossocial (políticas e alocação de recursos) e microssocial (características dos serviços e população), os processos (objetivos, estratégias, alocação de recursos, incentivos, modelo assistencial, mecanismos de coordenação) e os resultados intermediários (coordenação, continuidade, acesso) e finais (equidade no acesso, eficiência). Conill e Fausto¹⁸ e Silva²⁰ completam essa perspectiva mostrando a importância de examinar a coerência entre as ações nos níveis macro, meso e microssocial. Em nível macro ocorrem decisões políticas acerca dos direitos, financiamento e a macrorregulação; em nível meso ou da gestão localizam-se atividades de suporte ao desempenho das práticas, importando observar a implementação de mecanismos operativos, como fluxos, suporte tecnológico, formação, comunicação/informação e regulação profissional; em nível microssocial, em que ocorre o cuidado, são importantes os comportamentos e as relações interpessoais, com predomínio de atributos relacionados à disponibilidade, acolhimento, informação/comunicação, adequação técnica do cuidado e sua efetividade⁹⁷.

O nível macro, onde ocorre a elaboração da política e alocação de recursos, já foi avaliado no primeiro capítulo e, aponta para conflitos entre a Constituição, as leis e políticas

95SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de *et al.* Op. cit p. 2788.

96SARMENTO JUNIOR, Krishnamurti Matos de Araújo; TOMITA, Shiro; KOS, Arthur Octavio de Avila. O problema da fila de espera para cirurgias otorrinolaringológicas em serviços públicos. **Rev. Bras. Otorrinolaringol**, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 256-262, jun., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72992005000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 jun. 2020. p. 256.

97 CONILL, Eleonor Minho; GIOVANELLA, Lígia; ALMEIDA, Patty Fidelis de. Listas de espera em sistemas públicos: da expansão da oferta para um acesso oportuno? Considerações a partir do Sistema Nacional de Saúde espanhol. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n.06, p. 2783-2794, jun., 2011, p. 2785. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

financeiras direcionadas ao direito à saúde, decorrentes do subfinanciamento e da injustiça de acesso, culminando na crise de efetividade de direitos que decorrem de políticas públicas. Os níveis de gestão, meso e micro, são analisados no presente capítulo, sem distinção, devido seu grande entrelaçamento, com objetivo de se buscar uma compreensão global do fenômeno e com intuito de tornar vivo o estudo abordou-se a realidade do Município de Goiânia

Assim, no âmbito das questões de execução, estudos nacionais e internacionais demonstram que é preciso tornar mais eficiente o uso da capacidade instalada, pois atrasos e esperas, as vezes, relacionam-se mais a problemas organizacionais do que a falta de recursos⁹⁸. Ocorre que, “metaforicamente, os pacientes na fila habitam uma sala de espera virtual, aguardando um mesmo procedimento, sendo chamados um por vez, de acordo com a ordem da fila”⁹⁹, sem que haja recurso de averiguação se a capacidade instalada foi utilizada de forma adequada ou na sua total capacidade.

Nesse cenário, diante dos desafios enfrentados pela gestão, foram identificados pontos em comum na fala dos gestores entrevistados. A necessidade de transparência das atividades realizadas foi fator apontado por todos os gestores entrevistados. A importância de se informatizar o setor de saúde foi apontado por três (G2, G3 e G4) dentre os cinco gestores entrevistados, que sustentaram que a ausência de um sistema informatizado adequado dificulta o controle daquilo que efetivamente está sendo prestado à população. Já a grande centralização dos serviços e a necessidade de regionalização também foram apontadas como dificuldades para três gestores (G1, G3 e G4), corroborando dessa forma os apontamentos doutrinários. Ainda como problemas de gestão foi recorrente a fala sobre a grande quantidade de encaminhamentos desnecessários originários da atenção básica (G1, G2, G4, G5), que os Gestores (G2, G4) atribuíram à ausência de protocolos ou a deficiência destes, o que gera uma ampla margem de prescrições indevidas, interferindo na eficiência do acesso.

Assim, a ausência de protocolos entrelaça-se com os encaminhamentos desnecessários, ampliando as filas de espera de especialidades médicas, apontando G2 que os protocolos servem para conter “critérios mínimos que o encaminhamento deve ter e esses critérios mínimos

98 CONILL, Eleonor Minho; GIOVANELLA, Lígia; ALMEIDA, Patty Fidelis de. Op. cit, p 2785.

99 SARMENTO JUNIOR, Krishnamurti Matos de Araujo; TOMITA, Shiro; KOS, Arthur Octavio de Avila. O problema da fila de espera para cirurgias otorrinolaringológicas em serviços públicos. **Rev. Bras. Otorrinolaringol**, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 256-262, jun., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72992005000300001&lng=en&nrm=iso Acesso em: 07 jun. 2020

pressupõem que o médico esgotou as hipóteses de investigação e tratamento na atenção básica, que é nosso maior demandador de consultas aqui. E a gente vê muitos profissionais que não esgotam as possibilidades. Isso é um dos fatores que causam o aumento exagerado da fila”. Assim aponta Kreindler:

“There is a strong rationale for redesigning healthcare delivery in order to make the most of existing capacity. The literature suggests that inefficiencies—such as unduly complex booking processes, unnecessary steps, avoidable delays, ‘traffic jams’ and poor use of human or physical resources—abound in health care, and can create long queues even where capacity is sufficient to meet demand.¹⁰⁰”.

Estudo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina ressalta que o sistema de saúde brasileiro é precário na prestação de serviços e no controle de gastos¹⁰¹, o que reflete diretamente na quantidade de serviço prestado (produtividade) e no uso dos recursos disponíveis, impactando diretamente no acesso. Conclui, mencionado estudo, que quando a sociedade possui maior controle sobre a execução da política, menores são os riscos do sistema, o que contribui para a ampliação dos serviços à população¹⁰².

Interessa-nos, portanto, quando diante de recursos escassos, especialmente o conceito de eficiência, que pode ser entendido como uma comparação entre os insumos utilizados em determinada atividade com os resultados por ela produzidos, podendo ser de cunho técnico (mínimo de recursos desperdiçados) ou alocativo (produzir um determinado nível com o menor custo possível)¹⁰³.

O economista Marcos Lisboa¹⁰⁴ aponta que nos serviços públicos há uma excessiva discussão sobre o total dos gastos (geralmente para o aumento destes), porém pouca discussão sobre a sua eficiência. Apesar dos juristas muitas vezes não perceberem o pensamento econômico norteia o direito em diversos casos oferecendo sua aplicabilidade prática às regras geridas pelo direito, trazendo sua racionalidade do custo/benefício para demandas

100 KREINDLER SA. Policy strategies to reduce waits for elective care: a synthesis of international evidence. **Br Med Bull**, v. 95, p. 07-32, 2010.

101 BRASIL, Santa Catarina. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Análise econométrica da eficiência dos hospitais estaduais de Santa Catarina**: um comparativo entre os modelos de gestão. Florianópolis: s. n., 2018. p. 3.

102 BRASIL, Santa Catarina. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. op. cit., p. 107-108.

103 SILVA, B. N.; COSTA, M. A. S.; ABBAS, K.; GALDAMEZ, E. V. C. Eficiência Hospitalar das Regiões Brasileiras: um estudo por meio da análise envoltória de dados. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**. v. 06, n. 01, 2017. p. 77.

104 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. op. cit, p. 10.

distributivas¹⁰⁵, cotejando a eficiência econômica à legalidade jurídica, viés que interessa a este estudo.

O uso eficiente dos recursos do SUS necessita ganhar luzes, pois pouco se fala sobre a ampliação da produtividade dos instrumentos disponíveis e dos critérios de eficiência no SUS, fato constatado por La Forgia e Couttolenc que destacam que nem as unidades públicas de saúde, tampouco os repasses feitos para as unidades privadas são relacionados ao desempenho, possibilitando um uso irresponsável dos recursos¹⁰⁶, fator correlacionado também ao modelo de pagamento adotado.

Para a economia, eficiência refere-se a otimização de recursos existentes aliados ao não desperdício, configurando “a combinação ótima dos insumos e métodos necessários (*inputs*) no processo produtivo de modo que gerem o máximo de produto (*output*)”¹⁰⁷. Do conceito podemos antever sua total aplicação ao cenário da saúde pública, tendo estudo nacional apontado que atingido níveis de eficiência, poder-se-ia reduzir *inputs* (médicos, enfermeiros e leitos) com a manutenção da produtividade.¹⁰⁸

Somado a isso, temos o problema da redução da oferta, já que em vez de maximizar o potencial dos recursos existentes “muitos hospitais privados e universitários o controle do gastos públicos é realizado de maneira indireta, pela limitação do número de internações e pela definição dos custos por tipo de procedimento”¹⁰⁹, situação que conduz a outro problema, a escassez de oferta, que é reforçado pela baixa rentabilidade dos pagamentos oriundos do SUS e pela injustiça de acesso que torna o setor privado mais rentável e detentor de tecnologia da qual depende o SUS.

O entrelaçamento entre injustiça de acesso e garantia de oferta ao setor público torna-se evidente fazendo transparecer a interseção entre um SUS subfinanciado dependente do setor

105 LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia. *In*: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 04-06.

106 LA FORGIA, G. M.; COUTTOLENC, B. F. **Desempenho hospitalar no Brasil: em busca da excelência**. São Paulo: Singular, 2009, p. 07.

107 PEÑA, C. R. A model of evaluation of the efficiency of the public sector through the method data envelopment analysis (DEA). **Revista de Administração Contemporânea**, v. 12, n.01, 2008, p. 83-106 *apud* SILVA, B. N.; COSTA, M. A. S.; ABBAS, K.; GALDAMEZ, E. V. C op. cit. p. 79.

108 SILVA, B. N.; COSTA, M. A. S.; ABBAS, K.; GALDAMEZ, E. V. C. Eficiência Hospitalar das Regiões Brasileiras: um estudo por meio da análise envoltória de dados. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**. v. 06, n. 01, 2017, p. 79.

109 SILVA, B. N.; COSTA, M. A. S.; ABBAS, K.; GALDAMEZ, E. V. C. op. cit., p. 01.

privado, apontando para uma lógica mercadológica incompatível com o sistema escolhido pela Constituição, como sendo público e universal.

O problema é ainda agravado em razão do modelo de pagamento escolhido para o fornecimento dos serviços. O problema do sistema remuneratório não é exclusivo do sistema de saúde brasileiro, ao contrário, países no mundo todo enfrentam tal dificuldade. Contudo, no Brasil isso ganha um relevo diferenciado haja vista a dimensão continental do país somada a audaciosa proposta constitucional de garantir acesso universal, público e igualitário, com um sistema dependente de compras do setor privado e diante de ausência de mecanismos de controle efetivo.

Atualmente no Brasil, boa parte das secretarias de saúde adota o modelo de pagamento denominado *fee-for-service* ou modelo de reembolso. Neste modelo de pagamento o valor repassado ao prestador decorre da quantidade de procedimentos prescritos ao paciente, permitindo ampla margem de manobra ao médico prescritor. O modelo de pagamento torna-se tormentoso no sistema público de saúde brasileiro, haja vista, como já falado, a ampla dependência de contratação de serviços pelo setor público ao setor privado.

A literatura especializada demonstra que existe uma correlação entre o sistema de reembolso e um maior agendamento ou prescrição de serviços, sem que haja, contudo, necessidade. Ao contrário, em muitos casos as prescrições descabidas, têm cunho eminentemente econômico e podem influenciar negativamente no tratamento de pacientes, como é o caso aplicações de doses fracionadas no tratamento quimioterápico para metástase óssea¹¹⁰. Marcos Santos *et al*, aponta os riscos do uso de tal sistema como mecanismo de ganho econômico:

We concluded that, in this small sample, a change in the reimbursement system was the main cause of an important adjustment in physician's attitude towards patients with uncomplicated bone metastases. In a fee-for-service scenario, treatments were more lengthened, while under a case-payment arrangement, single-dose irradiation was more frequently used. While there is an incentive for fractionated treatments, we speculate that physicians may let patients believe that more radiation can be better for their health: a practice that appears exploitative and ethically problematic.¹¹¹.

A indevida utilização econômica do modelo de pagamento *fee for service* somada a ausência de controle adequado é o cenário ideal para o aumento de prescrições desnecessárias

110SANTOS, M.; SOLBALL, J. H.; GARRAFA, V. The rise of reimbursement-based medicine: the case of bone metastasis radiation treatment. **J Med Ethics**, v. 44, n. 03, p. 171-173, 2018. p. 03.

111Ibidem, p. 02.

que inflam o sistema e expõem os pacientes a injusta espera, misturando aqueles que precisam aos que não necessitam dos serviços, ampliando o tempo de espera de pacientes em filas de espera dando causa muitas vezes a judicialização.

O estudo ainda concluiu que a maior fiscalização (auditoria) aliada a intervenções educativas contribuiu para a redução das prescrições desnecessárias, ainda que por um foco desviado (receio) e não o pensamento na saúde do paciente: “actively auditing radiation oncologist’s prescriptions, associated with educational interventions, have shown, as well, to increase the utilisation of single fraction radiation therapy”¹¹².

A título ilustrativo, a adoção de auditorias também foi realizada no Município de Goiânia como forma de possibilitar maior controle e minimizar os desvios, contribuindo para o melhor acesso dos pacientes aos serviços prestados, conforme apontam os entrevistados G1 e G2, colocando-se como um desafio à gestão do controle das solicitações e seus critérios, conforme ressaltado por G4.

O cenário levantado por Marcos Santos, das prescrições indevidas decorrentes de uma maior rentabilidade econômica proveniente do modelo de pagamento por serviço, traz à tona uma demanda que carece de atenção e principalmente estudos, aponta para um contexto de fraudes, de falta de preocupação com a saúde do paciente, corroborado numa atuação tímida dos órgãos de controle e do Conselho de Medicina e principalmente reflete a ausência de mecanismos populacionais aptos ao controle de tais práticas, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e na África do Sul onde o cidadão pode contribuir denunciando práticas corruptivas¹¹³.

A dificuldade de acesso do cidadão a canais de comunicação aliado a ausência de controle adequado por parte do Executivo, representado pelas secretarias de saúde, que por vezes não dispõem de sistemas eletrônicos, mecanismos de coerção nos contratos e convênios, provoca a assimetria de informações entre o Poder Público contratante e o ente contratado, impedindo muitas vezes o acesso do cidadão aos serviços.

A ausência de canais efetivos de comunicação foi ponto de atenção na fala de quatro dos gestores entrevistados (G1, G2, G3 e G5), que apesar de reconhecerem o canal formal

112Ibidem, p. 03.

113 COLLUCI, Cláudia. Saúde privada acumula fraudes de R\$20 bi e falta de controle, aponta estudo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 jan., 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/saude-privada-acumula-fraudes-de-r-20-bi-e-falta-de-controle-aponta-estudo.shtml> Acesso em: 03 mar. 2020.

existente, a Ouvidoria, apontaram pela necessidade de criação de ferramentas de consulta do andamento da solicitação pelo próprio cidadão, bem como da possibilidade de revisão de seu quadro de saúde. Nesse sentido, um canal direto de comunicação viabilizaria o encurtamento do tempo e possibilitaria a reanálise de casos mais urgentes evitando o uso da emergência.

Assim sustenta G3, apesar de reconhecer a Ouvidoria do SUS, que está presente tanto no Estado quanto no Município, a necessidade de ampliação de comunicação com o cidadão:

eu ainda acho que falta algum canal, eu acho que falta algum canal, sim. Por quê? Nós que estamos dentro do processo de regulação, o que a gente encontra é aquilo que chega pela Ouvidoria ou aquilo que chega pelo Ministério Público. E o cidadão? Eu não consigo falar com ele. Por isso a proposta de trazer a divulgação da fila para todo mundo poder acompanhar [...] O cidadão precisa ter um lugar para acompanhar isso e nem sempre ele tem.

Tal situação ganha muitas vezes na judicialização suporte para correção do problema. Exemplificativamente, mais uma vez utilizando a observação prática no Município de Goiânia, podemos identificar, por meio de diversos cidadãos que chegaram à Defensoria Pública que o serviço de consulta em onco-hemato não estava sendo prestado, os hospitais contratados não estavam agendando novos pacientes, embora o serviço foi contratado pela Secretaria de Saúde. Os novos pacientes ficavam no vácuo entre a atenção primária e a especializada. A Secretaria de Saúde então foi instada a se manifestar, mediante ofício da Defensoria Pública e também por meio da atuação do Ministério Público, situação que culminou com acordo realizado no âmbito do Ministério Público, conforme retrata G2 “Foi o que ocorreu na onco-hemato. A gente conseguiu com a ajuda do Ministério Público, que o prestador se intimida, eu acho, de resolver, resolvemos”.

Por tal razão que “nem sempre a fila de espera para cirurgia pequena é sinônimo de maior eficiência no atendimento médico. Muitos serviços optam por manter a fila pequena artificialmente, negando-se a absorver novos pacientes com doenças cirúrgicas por determinados períodos de tempo ou os aceitando apenas na medida em que outros que já estão na fila sejam operados. Isso tende a manter um número constante de pacientes *registrados* aguardando a cirurgia”¹¹⁴ e gera uma massa de pacientes que se perdem entre a atenção básica

114 SARMENTO JUNIOR, Krishnamurti Matos de Araujo; TOMITA, Shiro; KOS, Arthur Octavio de Avila. O problema da fila de espera para cirurgias otorrinolaringológicas em serviços públicos. **Rev. Bras. Otorrinolaringol**, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 256-262, jun., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72992005000300001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 07 jun. 2020

e a especializada, razão pela qual se faz primordial observar o tempo de espera e não somente a quantidade de pessoas na fila.

Há ainda uma parcela marginalizada da população que sequer consegue sua inclusão nas filas e que tampouco detém mecanismos necessários para se organizar socialmente e reivindicar a prestação do serviço:

Além disso, é muito pouco provável que uma pressão organizada da sociedade civil surja destes pacientes desinformados e sem recursos, principalmente sem o apoio e participação dos especialistas diretamente ligados à questão, que com essa medida se eximem da responsabilidade de agir.¹¹⁵

Apesar de no Brasil não termos um sistema, tal qual existe nos Estados Unidos e na África do Sul, a judicialização funciona como verdadeira reclamação dos cidadãos pelo direito material não prestado, já que muitas vezes, percorrem menos barreiras de acesso aos órgãos do sistema de justiça do que para conseguirem reivindicar, no sistema de saúde, o atendimento de sua pretensão. Carece o SUS, portanto, de mecanismos para a resolução individual de demandas e para a reavaliação das solicitações, o que se reflete diretamente na judicialização da saúde.

Vale destacar que o SUS, como um espaço democratizante, contém dentre seus princípios a participação popular, conforme previsão do inciso VIII, do artigo 7 da Lei 8080/90, regulamentado pela Lei nº 8.142/90¹¹⁶, que prevê que tal participação se dará mediante as seguintes instâncias colegiadas: conselhos de saúde e conferências de saúde. Os conselhos de saúde possuem caráter permanente ao passo que as conferências possuem previsão para realização a cada 4 anos.

Apesar do pioneirismo na previsão de participação popular no âmbito das políticas públicas e da própria atuação da administração, a previsão legal mais uma vez não encontra coró na realidade¹¹⁷, seja pela dificuldade de organização das classes populares, como já

115 SARMENTO JUNIOR, Krishnamurti Matos de Araujo; TOMITA, Shiro; KOS, Arthur Octavio de Avila. O problema da fila de espera para cirurgias otorrinolaringológicas em serviços públicos. **Rev. Bras. Otorrinolaringol**, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 256-262, jun., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72992005000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 jun. 2020.

116BRASIL. Congresso Nacional. **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. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

117ROLIM, Leonardo Barbosa; CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Saúde debate**, Rio

apontado no primeiro capítulo, seja porque a parcela socialmente privilegiada se vale dos planos de saúde de forma que não se engaja na luta por melhorias no SUS, seja ainda pela própria dificuldade de acesso às informações, que muitas vezes não são acessíveis à comunidade.

Ademais, por vezes, o conselho de saúde, não logra atingir seus objetivos por desvios em sua própria formação, por falta de independência em relação ao Executivo, como apontado por relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) do Estado do Tocantins:

Todos os problemas verificados foram corroborados pela pouca atuação do Conselho Estadual de Saúde de Tocantins, órgão de controle social que, no Estado, conforme se observou, goza de pouca independência, haja vista a sua presidência ser exercida, de forma nata, pelo próprio Secretário de Saúde, que, paradoxalmente, deveria ter a sua atuação fiscalizada e controlada pelo referido Conselho. Ou seja, a situação em Tocantins caracteriza-se naquela em que a figura do gestor e a do controlador da gestão se confundem, em detrimento do princípio constitucional da moralidade¹¹⁸¹¹⁹.

A fragilidade do Conselho de Saúde enquanto ente representativo da comunidade e fiscalizador das atividades do Executivo pode ser vista em várias passagens, assim como seu uso político, de forma que a inclusão ou exclusão da participação do Conselho por vezes ocorre ao sabor das pretensões dos governantes, não parecendo que haja verdadeiramente intenção do fortalecimento de um Conselho crítico¹²⁰ é o que revela matéria do jornal ‘O Popular’, jornal de ampla circulação no Estado de Goiás, que aponta “Crítica da presidente do Conselho Municipal de Saúde teria sido motivo de exclusão do COE de Goiânia”, sugerindo que o Conselho não goza da independência que pretendeu a lei.

A dificuldade se inicia então no SUS, diante da ausência de diálogo entre atenção básica e especializada, das dificuldades inerentes a regionalização e a descentralização, da ausência de mecanismos eficazes de comunicação do cidadão que dificultam a construção da informação e

de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, mar., 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000100016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jun. 2020.

118 LEAL, Saul Tourinho. A experiência brasileira e sul africana contra a AIDS. **Revista Consultor Jurídico**, : 16 jun., 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul-africana-aids2?pagina=3>. Acesso em: 15 maio 2019

119. BRASIL. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão 1266/2007 – Plenário. AC-1266-27/07-P. Proc.: 003.094/2007-8. **Relatório de Auditoria de Conformidade** - Fiscalis nº 1005/2006. Órgão/Entidade: Secretaria Estadual de Saúde de Tocantins (SES/TO); e Fundo Estadual de Saúde (FES/MS). Ministro Relator, Valmir Campelo. SECEX-4 - 4ª Secretaria de Controle Externo SECEX-TO - Secretaria de Controle Externo – TO. Apenso: TC 028.686/2006-0; TC 021.448/2006-7; TC 012.960/2007-8.

120 LEIJOTO, Márcio. Crítica da presidente do Conselho Municipal de Saúde teria sido motivo de exclusão do COE de Goiânia. **O Popular**, 13 jul., 2020. Disponível em: <https://www.opopular.com.br/noticias/cidades/conselho-municipal-de-sa%C3%Bade-%C3%A9-exclu%C3%Ado-do-coe-de-goi%C3%A2nia-1.2084818>

Acesso em: 14 jul. 2020.

“no setor da saúde, a informação subsidia o processo decisório, uma vez que auxilia no conhecimento sobre as condições de saúde, mortalidade e morbidade, fatores de risco, condições demográficas, entre outras”¹²¹. Não obstante, a falta de informação é fator recorrente na fala dos gestores, apontando G4 que “nós não temos sistema de informação. Saúde é o setor que mais produz dados, mas é o que menos se tem informação”, sugerindo que por vezes nem os integrantes do sistema de saúde detêm as informações necessárias a realização das atividades.

Diante da exclusão social e desprovidos de acesso oportuno e de canais eficientes para buscar concretizar seus direitos os cidadãos têm na judicialização uma porta aberta ao legítimo exercício de sua cidadania. Isso não quer dizer que a judicialização não conduza problemas ou que salvará o sistema de saúde, de forma alguma, a pretensão não pode ser de substituição, não cabe aos juízes substituírem gestores em suas escolhas, mas cabe a análise do direito, do cumprimento da norma, cabendo aos gestores a utilização do potencial transformador da judicialização em prol do SUS e do acesso dos cidadãos aos serviços. Em *última ratio* cabe a busca pela efetivação da promessa constitucional. Assim, compreendemos que a judicialização deflagrada pela interseção entre direito e saúde, em sua acepção ampla, não traz apenas benefícios ou malefícios, mas é sobretudo uma oportunidade, uma nova porta e, assim, por vezes, o contato com as instituições de justiça, conduz a melhorias, que acarretam concretização de direitos. É a judicialização uma engrenagem do sistema que deve ser utilizada em seu máximo potencial.

Evidencia-se, contudo, que a judicialização ainda não teve seu potencial transformador devidamente explorado, seja em razão de normalmente ser exclusivamente associada a processos judiciais ou pelo fato de não haver lastro documental das articulações das instituições do sistema de justiça com o sistema de saúde que trouxeram resultados benéficos, o que contribui para uma visão muitas vezes pessimista da interseção entre os sistemas. Ocorre que muitas vezes, práticas e arranjos institucionais, contribuem para a melhoria do sistema de saúde, como no caso do acesso à transparência, desenvolvido no Estado de Santa Catarina, em razão de uma atuação do Ministério Público¹²².

121ROUQUAYROL, M. Z.; ALMEIDA FILHO, N. Epidemiologia & saúde. 6. ed. Rio de Janeiro: MEDSI, 2003. p. 04.

122SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. **Transparência nas listas de espera do SUS**. [2020]. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/programas/transparencia-nas-listas-de-espera-do-sus>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Como apontado no site do Ministério Público de Santa Catarina a iniciativa surgiu do levantamento realizado pelo TCU que constatou que 52 mil pacientes aguardavam consultas nos hospitais públicos estaduais e mais de 12 mil aguardavam a realização de exames, sem informação sobre o número de pacientes aguardando intervenção cirúrgica, havendo indicação de que a ausência de organização das listas de espera poderia ser a causa do problema. Ademais, a ausência de transparência contribuía para o fura filas, que deu origem a algumas operações da instituição, a exemplo da Operação Hígia, no sul do estado, e a Operação Ressonância, na grande Florianópolis¹²³.

Nesse viés, resta evidente que o SUS carece de melhorias de gestão e não apenas de mais orçamento. Melhorias que impactariam nos serviços hoje existentes: como implantação, informatização e aprimoramento de sistemas de dados, possibilidade de comunicação dos sistemas e/ou utilização de um único sistema, maior transparência e controle das atividades realizadas pelas unidades de saúde e pelos prestadores (ponto comum na fala dos gestores entrevistados). Tais situações apontando para dificuldades vivenciadas que dificultam tanto o acesso dos pacientes aos serviços, quanto dão azos a fraudes e desvios. Tais fatores colocam-se como desafios a meso gestão e endossam os problemas verificados pelo TCU¹²⁴.

A transparência das informações e a disponibilização na internet das filas de espera para cirurgia eletiva foi objeto do Projeto de Lei n 393/2015, que teve dentre as justificativas para a propositura que a transparência “é um mecanismo efetivo de combate a adulterações e fraudes nestas listas, porquanto possibilita a ampla fiscalização pelos pacientes e pelo próprio Sistema Único de Saúde (SUS), além do controle exercido por todos os órgãos de controle da Administração Pública e da sociedade”¹²⁵. O projeto aprovado no Senado atualmente está em tramitação na Câmara dos Deputados, com parecer da relatora, pela aprovação.

Em entrevista ao Senado Federal, aponta o parlamentar que propôs o projeto:

No final da semana passada, houve uma denúncia. Os jornais do Distrito Federal publicaram que uma servidora do Hospital Regional de Taguatinga estava vendendo vagas para furar a fila de cirurgias, que ninguém sabe onde está, porque não é publicada. Então, ela colocava pessoas na frente, vendia vagas. Isso seria

123 SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. **Transparência nas listas de espera do SUS**. [2020]. Disponível em: <https://www.mp.sc.br/programas/transparencia-nas-listas-de-espera-do-sus>. Acesso em: 20 mar. 2020.

124 Ibidem.

125 BRASIL, Congresso Nacional, Projeto de Lei n 393/2015.

impossibilitado ou pelo menos dificultado muito, se esse projeto já tivesse sido aprovado pela Câmara dos Deputados e virado lei¹²⁶.

O substituto ao Projeto de Lei nº 10.106 de 2008 prevê a alteração da Lei 8080/90, que passará a dispor, caso aprovado, sobre a obrigatoriedade de publicação na internet de informações aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS). O substitutivo apresenta-se nos seguintes termos:

Art. 1º A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 15-A: “Art. 15-A. Os órgãos gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) em todas as esferas de governo publicarão, em seus sítios oficiais na internet: I – listas públicas de todo os pacientes que serão submetidos a procedimentos de qualquer espécie nos estabelecimentos de saúde por cuja gestão sejam responsáveis, bem como nos estabelecimentos conveniados;

Em Goiânia, até pouco tempo atrás, os pacientes que necessitavam realizar consultas e exames, ficavam por horas em uma fila física para obter um documento chamado ‘chequinho’, que somente era liberado num determinado dia, do início de cada mês (informação amplamente divulgada pela imprensa e pelos cidadãos, apesar de negado pela Secretaria de Saúde) e gerava uma verdadeira corrida ao posto de fornecimento das autorizações, já que quem chegava mais cedo obtinha a autorização para realização dos procedimentos. Com isso, não havia informações sobre a posição do cidadão na fila e tampouco era respeitada uma ordem por classificação de risco médico, o que impossibilitava também qualquer controle por parte da sociedade e dos órgãos de controle. Muitos pacientes não conseguiam atendimento, outros perdiam os exames já realizados em razão do decurso do prazo, tendo que refazê-los e para isso retornar para a fila. A situação era objeto de matéria jornalística todos os meses¹²⁷. A implantação de um sistema informatizado foi essencial para a melhoria do acesso¹²⁸.

Em suma, não há mecanismos de controle das filas de espera, gestores comprometidos buscam tornar transparentes as atividades realizadas, de forma que alguns Municípios e Estados divulguem suas listas ou ao menos garantam acesso do cidadão as informações sobre o *status*

126 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Reguffe faz balanço dos trabalhos do primeiro semestre de 2019**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2019/07/09/reguffe-faz-balanco-dos-trabalhos-do-primeiro-semester-de-2019>. Acesso em: 12 jul. 2020.

127PACIENTES reclamam que ficaram sem chequinho mesmo após espera, em Goiânia. **Globo.com**, 03 jul., 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/goias/videos/t/ja-2-edicao/v/pacientes-reclamam-que-ficaram-sem-chequinho-mesmo-apos-espera-em-goiania/5982962/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

128GOIÂNIA. Prefeitura de Goiânia. Secretaria Municipal de Saúde. **Fila do chequinho vai chegar ao fim com novo sistema de regulação**. 2017. Disponível em: <http://www4.goiania.go.gov.br/portal/pagina/?pagina=noticias&s=1&tt=not&cd=13846&fn=true>. Acesso em: 15 jul. 2020.

de sua solicitação, contudo, tal situação não é a regra e, muitas vezes o direito à informação somente é garantido com a atuação dos órgãos do sistema de justiça¹²⁹, como aponta o voto no relatório pela aprovação citado PL, na Câmara dos Deputados:

Infelizmente, com frequência muito maior que seria desejável, os usuários do nosso Sistema Único de Saúde se veem obrigados a exercer as três acepções da palavra paciente ao mesmo tempo. Doentes, estão em posição passiva em relação ao sistema e precisam ainda armar-se de grandes doses de paciência para aguardar as longas filas e os longos prazos entre a marcação de um atendimento e sua realização. Para piorar, é comum que depois de toda a espera dirijam-se ao estabelecimento de saúde e vejam suas necessidades de uma consulta, um exame, um medicamento, mesmo uma cirurgia, frustradas por motivos que via de regra sequer são devidamente explicados¹³⁰.

Enquanto o Legislativo não finaliza a aprovação da lei, o problema vem sendo resolvido pelo sistema de justiça, que tem determinado ou feito acordos para que Municípios forneçam informações. Isso porque, apesar da previsão contida na Lei 13.460/2017, no art. 7º, de que os órgãos e entidades abrangidos por tal lei divulgarão carta de serviços ao usuário, com no mínimo informações sobre previsão do prazo máximo para a prestação do serviço, não é comum que tal informação seja prestada, ao revés, muitas vezes a inclusão ou exclusão das listas é feita por funcionários das unidades de saúde, sem que haja qualquer controle por parte das secretarias de saúde sobre a atuação de tais pessoas.

Pode parecer que a disponibilização de informações é discricionariedade do gestor, o que destoa da dimensão sociopolítica do SUS, isso por que “sendo o SUS um projeto democratizante, o gestor não pode negligenciar as ações que visam ao fortalecimento da participação de usuários, trabalhadores da saúde e prestadores de serviços na definição e no acompanhamento das políticas de saúde. A abertura de canais institucionais de participação permite que os interessados no sucesso do SUS influenciem as decisões governamentais”¹³¹.

129 DEFENSORIA pede que Governo do Paraná e União informem lista de espera de cirurgias, consultas e exames a pacientes do SUS, **RPC Curitiba e G1**, 13 fev., 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/02/13/defensoria-pede-que-governo-do-parana-e-uniao-informem-lista-de-espera-de-cirurgias-consultas-e-exames-a-pacientes-do-sus.ghtml>. Acesso em: 11 mar. 2020.

130 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Seguridade Social e Família. **Projeto de Lei nº 10.106, de 2018**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a obrigatoriedade de publicação na internet de listas de pacientes que serão submetidos a procedimentos cirúrgicos eletivos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), para caracterizar o descumprimento dessa disposição como ato de improbidade administrativa. 1990b. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1851589&filename=Parecer-CSS-F-26-12-2019. Acesso em: 30 jun. 2020.

131 SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. O SUS necessário e o SUS possível: estratégia de gestão. Uma reflexão a partir de uma experiência concreta. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 03, p. 911-918, jun.,

A compreensão do todo é essencial para resolução dos problemas do SUS e conseqüentemente para o entendimento do aumento da judicialização. A maior alocação de recursos ao SUS deve vir acompanhada da revisão das decisões sobre a alocação de recursos ao setor privado, da busca de profissionalização do SUS, de maior informatização e fiscalização. Além, da participação popular e do incentivo ao desenvolvimento de uma consciência social sobre os benefícios do SUS.

Nesse contexto, boa parte dos problemas do SUS, no nível meso e micro da gestão, são resolvidos com informatização, transparência, controle (incluídos os protocolos de atuação) e fiscalização (auditorias internas e externas realizadas pelos órgãos de controle). Outros problemas, chegam ao conhecimento do gestor por intermédio da judicialização, que tem então a oportunidade para corrigir a falha. Exemplificando o que aqui se fala, o Município de Goiânia possui certa quantidade de leitos contratados com unidades privadas de saúde. Ocorre que, após ser regulado, pela Secretaria de Saúde, para determinada unidade de saúde privada esta recusava o recebimento do paciente, muitas vezes quando ele já estava na porta da unidade. Inúmeras demandas judiciais foram geradas neste sentido, até que a Secretaria de Saúde colocou auditores para fiscalizarem as vagas nas unidades privadas, evitando-se fraudes e distorções, que melhorou o acesso às unidades de saúde.

Não é incomum que haja também interferências políticas na condução de pautas do SUS, afinal, as instituições de saúde representam espaços de poder, e sem que haja um componente social forte, o SUS vira palco de disputas que comprometem suas engrenagens, o que é devidamente retratado por Luís Eugênio Portela Fernandes de Souza, médico e ex- secretário de saúde do município de Salvador:

As relações com o Legislativo variam muito. Se os apoiadores são maioria, a situação é mais tranquila. Mesmo uma oposição moderada pode ajudar o gestor, alertando-o, com suas críticas, para os pontos fracos da organização. No nosso caso, enfrentamos uma oposição violenta. Em um primeiro momento, respaldados pelo prefeito, conseguimos estabelecer um diálogo construtivo com os vereadores. Posteriormente, por uma série de fatores, a violência oposicionista intensificou-se, chegando a prejudicar o desempenho da organização, ao impor uma agenda estranha aos objetivos da gestão¹³².

2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300_027&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2020.

132 Ibidem, p. 914.

A visão é compartilhada por Jarnilson Paim que aponta a necessidade de ‘blindagem’ do SUS às manobras político-partidárias, que tornam a gestão refém de favoritismos e clientelismos, que fogem a noção de eficácia, eficiência e efetividade¹³³. Blindar o SUS é em última análise defender a própria população que é dele dependente, já que os serviços de saúde não podem ser considerados favores políticos.

A situação é tão crítica que a utilização política para favorecimento pessoal e as fraudes nas filas são objeto de projeto de lei (PSL 140/2017) que visa tornar improbidade administrativa os atos de privar o usuário do serviço do acesso a documentos e informações; deixar de elaborar, atualizar e publicar semanalmente a lista ou a ordem dos pacientes à espera de atendimento; e adulterar ou fraudar a lista de pacientes que aguardam a realização de procedimentos¹³⁴.

Nesse contexto em que o SUS é uma expressão democrática e de cidadania, com problemas e conquistas e que a judicialização representa uma reação a desigualdade social, que buscamos a sua interpretação não como um problema ou uma solução, mas como uma oportunidade (com problemas e positivities) de desenvolvimento do SUS e de condução à melhoria do acesso da população aos serviços prestados.

2.2 Da lacuna entre a previsão legal e o direito vivido. O judiciário acordado pelo cidadão que não é de papel.

O reconhecimento de um direito social como fundamental não trata apenas de um estabelecimento jurídico-constitucional, aponta para os níveis de proteção dirigidos aos indivíduos que um Estado deseja assumir, contém especial significado aos direitos humanos, e reflete os níveis de prestações sociais que devem ser compatíveis com as exigências mínimas da dignidade humana, interferindo diretamente naquilo que pode ser exigido.

133 PAIM, Jairnilson Silva; TEIXEIRA, Carmen Fontes. Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, supl. p. 1819-1829, Nov. 2007. p. 912. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000700005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 jul. 2020.

134 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto pode evitar fura fila de espera no sus**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/05/projeto-pode-evitar-fura-filas-de-exames-no-sus>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Assim, é necessário consignar que o direito ao incorporar as políticas públicas a elas confere traços cogentes e, neste ponto, como bem apontado por Ronald Dworkin¹³⁵ os direitos devem ser levados a sério, do contrário a Constituição seria letra morta sob o papel. Ao estabelecer direitos o legislador não pode ser inconsequente quanto aos seus beneficiários e sobre a capacidade do Estado em prestá-los, gerando expectativas que sabidamente serão frustradas, sob pena de um politicismo circunstancial deletério a qualquer democracia.

Nesse ponto, em que direitos são outorgados pela Constituição e pela Lei e não gozam de efetividade, tendo na saúde o seu exemplo mais emblemático, que o terceiro gigante foi acordado, pelo cidadão excluído possuidor de direitos que se apropriou de seu valor social enquanto indivíduo, e cobrou, por meio do Judiciário, o enfrentamento “a naturalização do fato de um cidadão, titular do direito à saúde, simplesmente não obter acesso a tratamentos básicos”¹³⁶.

Assim, o SUS, apesar da inegabilidade da excelência em seu conceito constitucional, nasceu com vícios congênitos, aquilo que Mangabeira Unger intitulou de “defeitos de origem”¹³⁷: financiamento inadequado e a injustiça de acesso, aos que foram e são somados outros problemas ao longo das décadas como a EC 95/2016 que congelou os gastos com saúde levando os economistas Bruno Moretti a clamar para “que a democracia nos permita restituir alguma relação entre os anseios por mais serviços públicos e as escolhas orçamentárias”¹³⁸ e Fernando Facurry Scaff a apontar que o “direito à saúde pública vem sendo atacado pelo direito financeiro¹³⁹”, já que a previsão contraria a perspectiva de maior gasto com custeio dos serviços ofertados diante do envelhecimento populacional e da incorporação de novas tecnologias.

Aliado a tal fato, somam-se outros problemas relacionados a gestão: gestores despreparados, sistema de pagamento inadequado, ausência de comunicação entre entes

135 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

136 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 203.

137 UNGER, Roberto Mangabeira. Saúde: questão de consciência. **Folha de São Paulo**, Tendências e debates, São Paulo, 24 jan., 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2401201009.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

138 MORETTI, Bruno. Efeitos da EC 95: uma perda bilionária para o SUS em 2019. **Brasil Debate**, 24 set., 2018. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/efeitos-da-ec-95-uma-perda-bilionaria-para-o-sus-em-2019>. Acesso em: 10 jun. 2020.

139 SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde pública vem sendo atacado pelo direito financeiro. **Revista Consultor Jurídico**, 18. abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/contas-vista-direito-saude-publica-venendo-atacado-direito-financeiro>. Acessado em: 15 jun. 2020.

federativos conveniados ou com prestadores contratados, ausência de controle eficaz de gastos, falta de transparência, dificuldade de fiscalização, ausência de metas de produção ou má utilização do recurso existente. Todos estes fatores somados fazem do SUS palco de injustiça e tornam as filas de espera barreiras de acesso, gerando conflitos que encontraram na judicialização espaço receptivo.

Os problemas apresentados refletem-se em mazelas vivenciadas pela população, especialmente a população pobre, que faz uso exclusivo do SUS e, que tem neste sua única porta de entrada aos serviços de saúde, que constituem uma massa de incluídos constitucionais excluídos pela realidade, refletindo que a outorga de direitos pela Constituição Federal não foi capaz de mudar a realidade.

Há de se frisar que a literatura médica esclarece que mesmo os procedimentos eletivos podem se tornar urgentes com o passar do tempo de espera ensejando complicações aos pacientes e acarretando procedimentos de emergência e urgência, bem como contribuindo para o óbito dos pacientes que aguardam sem tratamento por longo período¹⁴⁰ ou mesmo para o maior gasto do poder público com um procedimento mais complexo do que o que seria necessário inicialmente.

Assim se desenvolvem as tensões entre indivíduos e sistema de saúde, que deságuam no sistema de justiça, apontando o Conselho Nacional de Justiça que houve um aumento de 130% no quantitativo de ações que pleiteiam serviços de saúde e que entre os anos de 2008 e 2017, o setor foi responsável por 498.715 processos de primeira instância e 277.411 processos em segunda instância¹⁴¹, passando a judicialização da saúde a ser relevante não apenas para o sistema de saúde, mas para o próprio Judiciário.

Em que pese o estudo tratar da judicialização como a quantidade de processos, ou seja, ações distribuídas ao Poder Judiciário, não podemos olvidar, como já foi dito, que o termo abrange um espectro maior, com a interação com as demais instituições do sistema de justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública e advocacia, que por vezes atuam de maneira

140 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Crise no SUS: Pacientes aguardam mais de 10 anos na fila de espera.** 2017. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27317:crise-no-sus-pacientes-aguardam-mais-de-10-anos-na-fila-de-espera&catid=3. Acesso em: 29 jun. 2020.

141 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em 10 anos.** 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/#:~:text=A%20pesquisa%20identificou%20que%20o,15%20tribunais%20de%20justi%C3%A7a%20esta%20duais>. Acesso em: 01 jun. 2020.

articulada para a resolução administrativa do problema, sem que tais atuações sejam computadas quando tratamos de judicialização.

Nesse cenário em que se tem de um lado uma enorme quantidade de pessoas aguardando por procedimentos, por longos períodos, e de outro um aumento do número de processos, que precisamos indagar como utilizar a judicialização em prol dos cidadãos excluídos simultaneamente a promoção de ajustes no sistema, enxergando soluções para além dos processos¹⁴².

Por certo que a judicialização não é, e tampouco deve ser a primeira porta de acesso aos serviços de saúde, também não resolverá ela sozinha todos os problemas do SUS, mas não se pode desconsiderar tratar-se de nova arena, com potencial transformador, porque a um só turno permite a ampliação do espaço de diálogo, dá voz aos excluídos e joga luzes nos problemas estruturais e nos gargalos, que passam a ser apontados ao Executivo e ao Legislativo, que avaliando tais dados, podem enxergar as mazelas do sistema e agregar celeridade na resolução.

Não podemos deixar de reconhecer que a judicialização massiva nos últimos anos teve um papel importantíssimo, um efeito simbólico, trouxe ao conhecimento público, instigou o debate tanto no Judiciário como também no Executivo e Legislativo, sobre aquilo que era problema exclusivo das classes populares. A Judicialização deu voz aos excluídos, ainda que pela via transversa do questionamento do aumento do número de ações pelo Judiciário.

A interface com os órgãos do sistema de justiça vem sendo utilizada pelas camadas populares, com maior dificuldade de organização, para pleitear direitos que não são prestados e assim a judicialização da saúde vem “apontando para o protagonismo do brasileiro no exercício de sua cidadania, abandonando o status de cidadão de papel e assumindo o status de cidadão de direito, exigindo do Estado o cumprimento do seu dever, ainda que através da discricionariedade do Poder Judiciário”¹⁴³.

142SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e Saúde**: enfoques interdisciplinares. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, v. 01, p. 197-212. .

143 OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. **Esc. Anna Nery**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 02, 2019. p. 531. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452019000200229&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2020.

Apesar de parcela doutrinária enxergar na judicialização das políticas de saúde um problema democrático em que assume o Judiciário um paternalismo social¹⁴⁴, não podemos desconsiderar que é o Judiciário também um personagem institucional do processo democrático e que assim “o direito não é “substitutivo” da República, dos partidos e do associativismo, ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles e não necessariamente como uma solução permanente”. E é exatamente neste contexto mutável e dinâmico que se entrelaçam as democracias representativas e participativas, sendo a seara judicial uma legítima opção conferida pelo Poder Constituinte Originário aos cidadãos.¹⁴⁵

A visão tradicional de democracia que parece confundir a noção de cidadania com a de eleitor, apontando para uma democracia formal em que o exercício do poder é restrita a escolha dos representantes, forjada em uma construção filosófica contratualista de matiz liberal burguesa, parece desconsiderar que interlocução cidadão judiciário é uma nova alternativa de participação em que se conjugam valores de cidadania e dignidade humana, consistindo em uma democracia constitucional e substancial.¹⁴⁶

É na ordem de uma democracia substantiva, e não apenas formal, é na democracia que garantimos direitos fundamentais não apenas às elites, que se funda o ideal da Constituição Brasileira, como aponta Luís Roberto Barroso:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, que se defenda uma noção procedimental da Constituição – que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos-, quer se opte por um modelo substancialista – no qual certas opções materiais já estariam predefinidas.¹⁴⁷

144 MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov., 2000. p. 184.

145VIANNA, Luiz Werneck. *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999. p. 150.

146 APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 473 f. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis, 2004. p. 143-144.

147BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

A democracia tradicional dos países periféricos enfrenta um desgaste onde os eleitores e eleitos estão cada vez mais distantes de suas pautas, o que pode ser visto na busca pelo direito à saúde e nas sucessivas Emendas à Constituição tendentes a redução dos investimentos em saúde. Comungando deste pensamento Eduardo Fernando Appio:

Em contrapartida, o cidadão (eleitor) nunca esteve tão distanciado do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnocracia invisível que opera no interior do Estado usando de sua estrutura burocrática. As decisões sobre o conteúdo das políticas públicas, no Brasil, raramente passam por um processo de avaliação prévia da população. [...] As políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados. A ilusão substitui a democracia¹⁴⁸.

Ademais, “no caso brasileiro, a questão assume especial relevo, na medida em que o Poder Judiciário brasileiro possui a prerrogativa, poder-dever, de controlar a constitucionalidade das leis, bem como de revisar os atos praticados pela administração pública”¹⁴⁹, de forma que diante de falhas de políticas públicas já implementadas levadas ao conhecimento do Judiciário há um dever imposto pela Constituição de revisão de tal política.

Não podemos negar que foi o Legislador Constituinte que, na balança dos pesos e contrapesos, conferiu ao Judiciário tal papel e nesse contexto, a eleição é uma porção indispensável da democracia, mas que nela a democracia não se esgota. Ao revés, se unem as possibilidades de participação direta (ainda insuficientes para uma cidadania emancipatória) e as novas alternativas de participação política, que demonstram que o conflito é apenas aparente, já que como apregoa Eduardo Appio, depreende-se da Constituição Federal que:

o Estado constitucional e democrático de direito tem base em um conceito substancial de democracia, através do qual se impõe a ampliação do espaço de participação dos nacionais na escolha do conteúdo e forma de execução das políticas públicas. Neste sentido, todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder Judiciário o controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁰

148 APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 473 f. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis, 2004. p. 143-144.

149 Ibidem, p. 144.

150 APPIO, Eduardo Fernando. op. cit., p. 145.

É nesse diapasão, no modelo de estado de direito, jungido à legalidade¹⁵¹, que o Legislativo e o Executivo são subordinados a Constituição, que o Judiciário, e porque não as demais funções essenciais à justiça apareçam como alternativas ao processo democrático e de cidadania, não como uma figura paternalista, até porque a busca pelo sistema de justiça parte de uma ação e já exige certo grau de consciência sobre direitos existentes e de sua violação.

O sistema de justiça é uma arena em desenvolvimento e o Judiciário um local crítico da política acordado pelo cidadão para sua função contramajoritária que aponta para uma falaciosa universalidade dos direitos humanos retratando que o que lhe confere eficácia é capacidade de ação de acordo com a lei e daí o conhecimento das pessoas sobre o sistema jurídico e sua capacidade de agir através dele surgem novos sujeitos políticos na democratização do Brasil¹⁵².

A judicialização da saúde é, sobretudo, uma reação a um contexto de exclusão social, ou seja, é uma reação do cidadão que busca o Poder Judiciário para conseguir efetivar questões sociais inerente às políticas públicas¹⁵³ consubstanciadas em direitos e representa dois lados de uma moeda “para os detentores do poder são estímulo que lhes impulsionará à sua realização e para os destinatários do poder significará a esperança de que um dia podem ser levados a cabo”¹⁵⁴.

Ademais, é imperioso reconhecer que “o Brasil ainda é um país comandado por uma elite política e econômica que se estrutura em torno de privilégios. É em grande parte por isso que as leis e os direitos (mesmo garantidos na legislação) são cumpridos parcialmente, sempre excluindo os mais pobres”¹⁵⁵. É assim, no âmbito das relações de poder desigual, que as camadas populares encontraram no Judiciário uma arena favorável ao desenvolvimento de um novo desafio que permeia a participação social democrática: consolidar uma institucionalização de exigibilidade dos direitos.¹⁵⁶

151 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

152 BIEHL, J. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova**, v. 98, p. 77-105, 2016. p. 85.

153 XIMENES, Julia Maurmann. Judicialização do benefício de prestação continuada e efeitos simbólicos na cidadania. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, p. 600-625, 2016. p. 604.

154 SANT’ANA, Ramiro Nobrega. **Saúde, Desigualdade e Judicialização**: vamos ou não vamos dar instrumentos para a insurgência dos excluídos? 2. ed. Brasília: CONASS, 2018. v. 3. p. 10.

155 CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. In: GREEN, Duncan. **Da pobreza ao poder**: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009. p. 617-618.

156 CICONELLO, Alexandre. Op. cit, p. 618.

Nessa toada, a análise judicial da subsunção da política à norma não é substitutivo da vontade democrática, tampouco caberia a judicialização sozinha o peso da transformação nacional, mas explorar o seu potencial representa aceitar que ela constitui numa nova esfera de atuação, uma oportunidade especialmente as minorias, e como tal a judicialização da política pública de saúde é tratada nesta dissertação a partir de um paradigma diferenciado, o da visibilidade de sujeitos de direitos, ou seja, da inclusão de indivíduos numa sociedade desigual como a brasileira.¹⁵⁷

2.3 A Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais – o mínimo existencial versus a reserva do possível – a avaliação da adequação entre as prestações previstas e os recursos alocados.

Apesar do reconhecimento quase unânime da doutrina sobre a garantia do direito à saúde como direito fundamental e da importância deste reconhecimento para um sistema democrático com ideais de cidadania sem subdivisões a proteção judicial dos direitos sociais fundamentais de cunho prestacional levanta controvérsias sobre sua exigibilidade, sobre o próprio papel do Judiciário e sua relação com os demais Poderes (separação de Poderes), sobre uma suposta diminuição da mobilização social decorrente de um paternalismo assumido pelo Judiciário¹⁵⁸, sobre um suposto acesso privilegiado ao Judiciário¹⁵⁹ e sobre os custos dessa atuação na perspectiva orçamentária¹⁶⁰, o que nos parece oportuno apontar, para o desenvolvimento do tema e a correta compreensão do escopo de atuação do sistema de justiça.

A ingerência indevida do Judiciário em pautas que caberiam ao Legislativo e ao Executivo, já pontuada no item anterior, remete a clássica divisão de funções elencada por Montesquieu onde há preeminência do Legislativo e do Executivo aliada à inexpressividade do Judiciário, cenário que sofreu inúmeras mudanças decorrentes do incremento de funções

157XIMENES, Julia Maurmann. Op. cit. p. 603.

158MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov., 2000. p. 184. Obra em que o Judiciário aparece como uma espécie de superego da sociedade, substituindo esta em suas mobilizações sociais.

159 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, Austin, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

160 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

daqueles Poderes, que demandaram também um acréscimo nas funções do Judiciário, em especial a necessidade de fiscalização, o que modificou a compreensão clássica da separação dos poderes, como aponta Fátima Henriques:

Repise-se: o princípio da separação de poderes surgiu como garantia institucional dos direitos fundamentais frente a eventuais abusos estatais; é vocação primeira do ramo judicial, por sua vez, guardar a efetividade de tais direitos quando violados concretamente; destarte, não faz sentido erigir a separação de poderes à condição de obstáculo ao cumprimento pelo Judiciário de sua missão institucional, quanto mais quando se tem em conta tratar-se de princípio essencialmente instrumental.¹⁶¹

Sobre a alegação de que o acesso ao Judiciário é um movimento das elites e gera injustiças de acesso, há de se frisar que o argumento normalmente anda desacompanhado de comprovação empírica, ao revés, pesquisas recentes caminham no sentido oposto, apontando que há uma maior judicialização exatamente pelas camadas pobres da população, a quem falta condições para organização política.¹⁶²

Assim, o mecanismo legal disponível, a judicialização, é usado por pessoas de baixa renda, como forma de reivindicação ao acesso a tecnologias e assistência médica, o que é reforçado pelo estudo elaborado por Biehl¹⁶³ e Penalva¹⁶⁴, transformando o Judiciário num local crítico da biopolítica a partir de baixo¹⁶⁵. São, então, as camadas populares, grupo social que em razão da desigualdade não conseguem organização política adequada e que muitas vezes não têm seus interesses representados no Congresso, numa estranha alquimia sugerida por Weneck Vianna, que buscam o Judiciário para lograr acesso às políticas implementadas.

Na esteira do cenário apontado, Werneck Vianna e Burgos desenvolveram um estudo que analisou ações civis públicas, no Estado do Rio de Janeiro, onde se pleiteava a efetivação de políticas públicas, sendo certo ainda que com a criação das Defensorias Públicas e a instalação desta instituição o acesso do cidadão pobre ao sistema de justiça foi sobretudo ampliado:

161HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial**: limites e possibilidades. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007. p. 68-69.

162BIEHL, J. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova**, v. 98, p. 77-105, 2016.

163Ibidem. p. 94.

164PENALVA, Janaína *et al.* **Judicialização do Direito à Saúde**: o caso do Distrito Federal. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 14.

165 BIEHL, J. Op. cit. p. 77.

Por outro lado, desprovida de estrutura organizacional capaz de suportar um custoso processo de organização coletiva, sua luta pela afirmação de direitos não tinha como se dar pela via da mobilização social e da pressão direta junto aos poderes políticos. Daí que o caminho escolhido e estimulado pelas associações civis que representam esses segmentos tenha sido, alternativamente, o da procura individualizada do acesso judicial aos medicamentos através da Defensoria Pública, ao mesmo tempo em que se mobilizavam a mídia e o Ministério Público.¹⁶⁶

A grande dualidade hoje sustentada pela doutrina para a proteção judicial dos direitos sociais repousa sobre dois pilares: a fundamentabilidade de direito à saúde, que normalmente é ligada ao conceito de mínimo existencial e a finitude dos recursos estatais para arcar com o pagamento das políticas públicas, fulcrado na reserva do possível, teoria de origem alemã, que ganhou corpo nas últimas décadas no Brasil.

Todavia, há quem questione a natureza jurídica do direito à saúde, sendo defendido por parte da doutrina tratar-se de um direito coletivo¹⁶⁷ o que impossibilitaria sua sindicalização individual. Doutrina majoritária e os tribunais brasileiros, no entanto, aderem a concepção de um direito individual à saúde, ainda que por razões diversas. Autores de orientação liberal, como John Rawls, reconhecem a fundamentabilidade dos direitos sociais na medida em que sua proteção se correlaciona com o direito de liberdade. Já num primeiro momento de sua teoria da justiça com equidade Rawls “preconiza a existência de um patamar social mínimo, a ser garantido pelo Estado por intermédio de transferências de rendas ou subvenções especiais em casos de doenças ou desemprego.”¹⁶⁸

Por outro lado, Ronald Dworkin reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais pela priorização da igualdade entendendo que não há liberdade sem igualdade, pelo que os recursos primários devem ser distribuídos de forma igual à população¹⁶⁹.

Para Dworkin a igualdade é um bem fundamental e assim entende que direitos são como cartas de um jogo, trunfos, que o autor nominou ‘rights as trumps’¹⁷⁰ e neste contexto coloca-

166 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777-843, dez., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000400003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 jul. 2020.

167 DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 02, p. 113-118, 2004. p. 113. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000200012>. Acesso em: 14 maio 2020.

168 HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades**. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2007. p. 34.

169 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

170 DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984

se na relação entre indivíduo e sociedade, numa lógica em que o bem-estar social não precisa estar em oposição aos direitos individuais. Os trunfos legitimam, portanto, um ideal igualitário, que visa colocar o indivíduo em condições semelhante aos seus pares.

No direito brasileiro à saúde os direitos não são necessariamente conflitantes, isso porque a Constituição e a lei de regulação do SUS apontam para um direito coletivo formado mediante políticas públicas e simultaneamente inclina-se para uma faceta individualizável do direito à saúde garantido pela regra (pela lei), que aponta ser a saúde um direito fundamental do ser humano (art. 2, Lei 8.080/90).

O conhecimento da lei é importante para a definição do sujeito de direitos da norma. A lei que institui o SUS (Lei 8080/90) confere densidade normativa ao texto constitucional e estabelece o direito individual à saúde, quando aponta¹⁷¹:

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

Art. 3º Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, **se destinam a garantir às pessoas e à coletividade** condições de bem-estar físico, mental e social.

A lei faz a distinção entre indivíduos (pessoas) e coletividade tratando ambos como destinatários ou titulares de direitos, interpretação captada por Ingo Sarlet que leciona que apesar de seu caráter eminentemente coletivo não se pode desconsiderar a tutela individual que demanda o direito à saúde, dizendo “isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá abandonar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e impostergável”.¹⁷²

Reconhecendo ser a saúde um direito do indivíduo, Robert Alexy aponta:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência, à

171 Lei 8080/90 que institui o Sistema Único de Saúde.

172 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer –se primeiramente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito¹⁷³.

O direito à saúde detém assim densidade normativa que permite lhe qualificar como uma regra. Dworkin sustenta a diferença entre regras e princípios, que se revela diante dos ‘casos difíceis’. Segundo o autor, regras são utilizadas num contexto de ‘tudo ou nada’ ao passo que os princípios são balanceados, sem que um necessariamente invalide o outro, princípios são para o autor trunfos a serem invocados para respeito do núcleo mínimo da individualidade.¹⁷⁴ Mais importante que tal definição é o apontamento do autor sobre as políticas, para quem

Eu chamo de ‘política’ aquela espécie de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (apesar de que alguns objetivos são negativos, no sentido de que estabelecem que algum aspecto atual deve ser protegido contra mudanças adversas)¹⁷⁵.

Para Dworkin quaisquer normas com características de metas e não de princípios em sentido estrito (conferem direitos) oferecem razões para a ação de tipo instrumental de forma que concretiza o posicionamento de Dworkin que normas que estabelecem metas não são conselho, elas obrigam a instituição de meios aptos a alcançarem os objetivos traçados.¹⁷⁶

O entendimento pela individualidade do direito à saúde e a maior judicialização trouxe à tona uma segunda consideração: o conflito entre o individual e o coletivo diante dos recursos sabidamente escassos de um Estado. Inicia-se então uma agenda longa de discussões, isso porque se de um lado os recursos são escassos de outro o direito torna-se garantia indissociável de um mínimo para a garantia da vida.

Os direitos de cunho prestacional dependem de recursos estatais, por vezes escassos, que atuam como limites fáticos à concretização e a disponibilização das prestações decorrentes dos

173 ALEXANDER, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

174 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 212.

175 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-128.

176 MOREIRA, Pedro Silva. **Entre princípios e políticas (policies): breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin**. [2019?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ff385c6e75c56b7>. Acesso em: 02 out. 2020.

direitos previstos constitucionalmente, o que a doutrina alemã consignou chamar reserva do possível, teoria amplamente aceita pela doutrina brasileira.

Conferir a alguns dos direitos sociais a alcunha de fundamentais denota que sem tais direitos o indivíduo não teria condições de desenvolver-se como ser humano integralmente e tampouco estaria no gozo de sua cidadania plena, o que demanda um olhar sobretudo atendo a tais direitos, como a saúde, que se de um lado constitui um bem coletivo, por outro é passível de singularização¹⁷⁷, na medida daquilo que foi prometido. Nesta seara desenvolve-se o conflito da teoria do mínimo existencial, que reconhece que o ser humano depende de um mínimo de direitos para se desenvolver e viver com dignidade, com a reserva do possível.

Assim, aponta parte da doutrina e nossos tribunais a necessidade de observância ao mínimo existencial e de outro a impossibilidade estatal de atendimento de toda sorte de demandas, com alegação da reserva do possível. Tal dualidade é comumente sustentada em processos que chegam inclusive a Suprema Corte, muitas vezes sem dar a devida atenção a densidade normativa do direito à saúde.

Se por um lado, o fato de possuir uma vertente individual não autoriza a concessão de toda sorte de tutelas¹⁷⁸, isso porque, o direito individual deve caminhar em conjunto com o direito da coletividade, por outro, a reserva do possível apesar de funcionar como um limitador tem outra função importante, muitas vezes desconsiderada, a de garantia de um núcleo duro de direitos que deve ser prestado à população, havendo condições para tanto.

Ocorre que, via de regra o mínimo existencial e a reserva do possível são tratados como opções excludentes, levando a crer um possível conflito, como resta salientado no voto do Ministro Celso de Mello:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.¹⁷⁹

177 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 692.

178 GONZÁLEZ, Quirós J. L.; PUERTA, J. L. Tecnología, demanda social y "medicina del deseo" [Technology, social requirement, and "wish-fulfilling medicine"]. **Med Clin**, Barcelona, v. 133, n. 17, p. 671-675, 2009.

179BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2008.

Ocorre que, o mínimo existencial e a reserva do possível são os dois lados de uma balança e deve-se buscar o equilíbrio, e não a exclusão de um ou outro, como forma de garantia individual e coletiva. Assim, como aponta Ingo Sarlet se por um lado a reserva do possível pode ser um limitador, por outro funciona como garantia de um núcleo duro de direitos que deve ser prestado à população:

quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa,¹⁴ seja no concernente à eventual ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados, o que, por sua vez, guarda relação com a discussão em torno das possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas em matéria de direitos sociais e do reconhecimento de direitos a prestações sociais de caráter originário e derivado¹⁵ (no sentido de direitos de igual acesso às prestações disponibilizadas pelo poder público)¹⁸⁰.

Novas luzes são jogadas sobre a reserva do possível e sua dimensão garantidora deve ser levada em conta quando do controle pelo Judiciário e das políticas públicas, sob a ótica também da desigualdade de quem não recebeu a prestação social constitucionalmente prometida, ganhando importância prática a transparência das ações de gestão.

Nesse viés, deve ficar claro que tratando de políticas públicas já implementadas, não estamos falando de pedidos judiciais por procedimentos e medicamentos não previstos no SUS, a reserva do possível deve, como aponta Ingo Sarlet, ser levada a sério, isso porque é oportuno apontar que eficiência e transparência são princípios que regem a atuação da Administração Pública em qualquer de suas esferas.

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual, muitas vezes, a reserva do possível tem sido utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente – mas não exclusivamente! – que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação deles¹⁸¹.

180SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Revista Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 02, p. 459-488, jul./dez., 2015. p. 472.

181 Ibidem, p. 473.

A falta de seriedade processual com a qual a reserva do possível é tratada e sua condução não é vista como um processo de concretização gradual de direitos, mas como um obstáculo intransponível, mesmo quando há possibilidade material, já foi observada pela doutrina¹⁸² e pelos Tribunais Brasileiros:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.¹⁸³

Nessa conjuntura, a reserva do possível não pode ser adotada de maneira inconsequente, isso porque “não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, mas surgindo as condições econômicas os direitos podem e devem ser concretizados.”¹⁸⁴

Estando aqui a vertente garantidora da teoria que precisa ser considerada, cabendo o ônus probatório, no caso de políticas públicas implementadas (tendo em vista que implementação foi opção do Estado), da ausência de recursos ao ente que a alega.

Isso porque, não é incomum, na política brasileira, que o estabelecimento de direitos seja feito sem correspondência com as bases que possibilitem o seu gozo, gerando uma falsa isonomia, que precisa ser combatida, posto que do contrário a camada populacional que depende da prestação das políticas públicas gozará sempre de um título de portador de direitos subjetivos não exequíveis.

É diante de uma agenda de igualdade que ganha cor a proteção e a efetivação de direitos, não podemos coadunar com o afastamento do questionamento judicial do descompasso entre a previsão de direitos e a ausência destes mesmos direitos na realidade, isso porque a fixação

182 “Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.” Ver: BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237.

183 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 – Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2004.

184 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 254.

formal reflete um ideal social e confere trunfos políticos aos cidadãos para, usando os mecanismos legais, buscarem a implementação material do direito formalmente conferido.¹⁸⁵

186

Nessa toada, em que direitos parecem não passar de meras promessas, que acreditamos que devemos avançar no tema, superando o questionamento da reserva do possível versus o mínimo existencial, reorientando o debate buscando correspondência e adequação entre as prestações previstas e os recursos alocados, só assim as engrenagens desreguladas do sistema receberão o seu devido tratamento, evitando que a Constituição Federal seja mera promessa de direitos.

2.4 Efeitos econômicos, de gestão, simbólicos e de justiça. Como a judicialização pode ser utilizada?

É inquestionável que a judicialização, tratada neste ponto, como decisões judiciais sobre matéria de saúde, possua efeitos para além do caso concreto. Tais efeitos são importantíssimos sob o ponto de vista da implementação de direitos e da correção de políticas públicas, do desatamento de nós, do diálogo entre Poderes e é assim que a um só turno, “no contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais” e “envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos.”¹⁸⁷

É da agenda igualitária e da sua interpretação por grupos e indivíduos em suas demandas por direitos, por regulação de comportamentos e reconhecimento de identidades, mesmo que em um plano exclusivamente simbólico, que tem derivado o processo de

185 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 254.

186 VIANNA, Luiz Werneck. *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999. p. 38.

187 VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 01, p. 77-100, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 fev. 2020.

judicialização das relações sociais¹⁸⁸, representando um instrumento de voz na busca pela igualdade material, que apesar de muitas vezes ser utilizado por um único indivíduo tem o condão de jogar luzes no problema dos demais.

Nesse diapasão, decisões judiciais geram efeitos para além do processo (efeitos indiretos), efeitos simbólicos, de justiça, de gestão e econômicos. Para parcela marginalizada da população promove um maior alcance de sua voz, para o gestor pressão, para os demais Poderes a sensação de vigilância. É o que aponta Vanessa Elias Oliveira et. all tratando do direito à educação, raciocínio aplicável ao direito à saúde:

o reconhecimento do direito público subjetivo ao ensino obrigatório e gratuito possibilita que ele seja exigido judicialmente, atendendo ao interesse individual. No entanto, considerando se tratar de uma política pública que não atende apenas ao direito individual, a questão torna-se mais complexa. Ainda assim, a mobilização da máquina estatal para o atendimento do interesse individual não traz prejuízos ao interesse coletivo, mas faz parte dele. Assis (2012) também entra nesse debate, concordando com Duarte (2004), asseverando que a busca pelo direito subjetivo de um é, ao mesmo tempo, a busca pelo benefício de todos, já que significa o fortalecimento do direito objetivo à educação.¹⁸⁹

O simbolismo da conquista da efetivação de um direito na seara judicial reflete-se no aumento da judicialização pelos pares. Pessoas em igual situação tendem a buscar a atuação judicial, sendo inegável que o ataque ao problema pela via judicial tem o condão de mobilizar a opinião pública sobre a situação, convidando a sociedade, a doutrina, o sistema de Justiça e dos demais Poderes a discutirem as falhas do Estado na sua promoção e proteção.

Há em doutrina, no entanto, quem sustente haver uma quebra de isonomia¹⁹⁰, considerando que, apenas aqueles com melhores condições e informações têm acesso ao Judiciário. O argumento, no entanto, como já apontado no tópico anterior, normalmente vem desacompanhado de dados que o sustentem. Por outro lado, pesquisas recentes apontam para uma maior judicialização das políticas sociais pela camada pobre da população¹⁹¹, exatamente,

188VIANNA, Luiz Werneck. *et. al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: 1999. p. 150.

189 OLIVEIRA, V. E. ; SILVA, M. P.; MARCHETTI, V. Judiciário e Políticas Públicas: a judicialização da educação infantil em São Paulo. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 1-19, 2018. p. 657.

190 Por todos citamos WANG, D. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 05, p. 1191-1206, 2014.

191 BIEHL, J. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova**, v. 98, p. 77-105, 2016. p. 77. A situação é replicada no acesso à educação, como aponta Oliveira, demonstrando que a judicialização é uma ferramenta usada pelas camadas pobres da população, apontando que os processos normalmente não são conduzidos por advogados particulares e sim pelo Ministério Público e os pedidos são oriundos das regiões mais pobres (extremas) da cidade, em OLIVEIRA, V. E.; SILVA, M. P.; MARCHETTI, V.

pela população que depende das prestações sociais para alcançar um patamar mínimo de igualdade.

Reforça ainda o argumento o fato de o Judiciário ser acessível a todos os cidadãos, não existe uma segmentação de acesso, havendo uma maior proximidade de tal Poder com a população, em razão da gratuidade de custas, da criação da Defensoria Pública, da criação dos Juizados Especiais, todos os fatores que possibilitam o acesso do cidadão pobre à Justiça.

A judicialização é um movimento de insurgência das camadas populares, que desprovidas de organização social¹⁹², lograram pela via judicial individual a garantia de direitos, conseguiram colocar na pauta do Executivo e do Legislativo a reivindicação do direito à saúde, não como uma promessa constitucional, mas como uma agenda de cobranças, que tem no Judiciário o seu fiscal. A interação entre Judiciário e Poderes Legislativo e Executivo, tem interferido na ‘policy making’, como resta evidenciado na elaboração da Lei Complementar 141/2012, na criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), e em inúmeras outras medidas, todas posteriores à Audiência Pública nº 04/2009 realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, pesquisas recentes têm mostrado que a judicialização tem interferido no comportamento do Executivo promovendo maior agilidade na avaliação da incorporação de medicamentos. Estudo realizado nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Pernambuco apontou maior celeridade na inclusão de itens judicializados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), com elaboração mais rápida de protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas (PCDTS), indicando uma melhora dos serviços de assistência farmacêutica (AF).¹⁹³

Ademais, estudo realizado por Roberto Freitas e Ramiro Sant’Ana sobre cirurgias eletivas apontou que a judicialização individual promoveu um acréscimo de eficiência temporal para 2/3 daqueles que obtiveram decisões favoráveis, com a realização mais rápida de

Judiciário e Políticas Públicas: a judicialização da educação infantil em São Paulo. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 01-19, 2018. p. 657.

192BIEHL, J. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova**, v. 98, p. 77-105, 2016. p. 77.

193OLIVERIA, M. R. M.; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, M. F.; MENDONCA, A. V. M. Judicialização da Saúde: por onde caminham as produções científicas?. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 525-535, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00525.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

procedimentos¹⁹⁴. Ainda, estudo realizado pela Folha de São Paulo, com dados de 2017, reforça e confirma tal afirmação, apontando que dentre as 118,6 mil decisões proferidas que condenaram o Estado ao fornecimento de medicamentos, apenas 474 foram descumpridas, o que infere no baixíssimo índice de 0,4% de descumprimento.¹⁹⁵¹⁹⁶

O efeito positivo da interação com o Judiciário não é visto apenas pelas camadas populares. Os gestores também apontam para a judicialização como um instrumento de pressão capaz de colocar na agenda dos outros poderes demandas silenciadas que:

Apesar do aspecto controverso em relação à atuação do Judiciário na definição da agenda das políticas públicas (OLIVEIRA; NORONHA, 2011; OLIVEIRA, 2013), os gestores entrevistados apontaram um aspecto positivo do fenômeno: a demanda judicial acabou servindo de instrumento para colocar o “governo em ação”, ou seja, gerar novas ações e políticas públicas. Nesse sentido, pode-se dizer que o FUNDEB “colocou o tema na agenda” dos governos municipais, mas foi a judicialização que impulsionou a política para a agenda governamental, fazendo com que essa fosse priorizada pelos governos municipais e pelo governo federal, como o Programa Brasil Carinhoso demonstrou¹⁹⁷.

Voltando aos aspectos da gestão sobre suas dimensões macro, meso e micro, nem sempre o gestor que está na ponta, aquele que atua para o cumprimento da política (dimensão meso) tem os meios necessários para garantir a efetividade do direito previsto, de forma que a atuação do sistema de justiça serve como um movimento de reclamação ascendente, promovendo a adequação da política no âmbito macro. Luís Eugênio Portela Fernandes de Souza sugere a adoção de um cenário de colaboração e reforça que as relações com o sistema de justiça, desde que guardados critérios tendem a trazer benefícios para a gestão

As relações com o Poder Judiciário e o Ministério Público (MP) têm destaque na agenda dos gestores da saúde. Uma legislação generosa como a do SUS oferece larga margem de atuação àqueles que zelam pela aplicação da lei. A rigor, enquanto o SUS não for realmente universal, integral e equitativo, juízes e promotores poderão cobrar

194FREITAS FILHO, Roberto; SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 67, p. 70-102, 2016. p. 81.

195 COLLUCCI, Claudia. Doentes graves ganham na Justiça, mas remédios caros travam no SUS. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 jul., 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901633-doentes-graves-ganham-na-justica-mas-remedios-caros-travam-no-sus.shtml>. Acesso em: 18 jan. 2020.

196 Conferir também: FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **REI: Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 04, n. 01, p. 211-246, ago., 2018. p. 215. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 02 mar. 2020.

197OLIVEIRA, V. E.; SILVA, M. P.; MARCHETTI, V. Judiciário e Políticas Públicas: A judicialização da educação infantil em São Paulo. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 1-19, 2018. p. 665.

sempre mais ações. Até onde não ferem o princípio da razoabilidade, tais cobranças ajudam o gestor¹⁹⁸.

A atuação do Judiciário provocado pela sociedade influencia na efetivação de direitos e muitas vezes na ampliação dos programas existentes, como no caso da disponibilização de medicamentos antirretrovirais, apontado por Míriam Ventura:

O movimento de aids no Brasil conseguiu extrair do componente jurídico seu potencial transformador, impulsionando mudanças amplas e estruturais a partir do uso estratégico das leis nacionais, na perspectiva dos direitos humanos. As práticas de intervenção judicial desse movimento têm auxiliado outros movimentos a refletirem e redirecionarem suas linhas de ação. Na história brasileira recente nenhum outro movimento obteve um grau tão satisfatório de efetividade da legislação genérica nacional existente como o das pessoas vivendo com HIV/aids”. E, para ela, as assessorias jurídicas oferecidas pelas ONGs, ao lado do Judiciário, têm papel “marcante e decisivo na construção do modelo de atenção às pessoas com aids praticado no Brasil¹⁹⁹

O efeito das inúmeras decisões judiciais, para os cidadãos que não têm seus direitos efetivados, apesar de transcritos na Constituição aproxima o direito do conceito de justiça. Voltando o olhar para o passado e para a história, a atuação do Judiciário, mobilizado socialmente teve importante papel ao dizer o direito, reconhecendo e colocando em pauta violação de direitos. Assim, foi o caminho percorrido pela política pública para o tratamento dos portadores de HIV no Brasil, partindo de ações judiciais individuais houve um benefício à coletividade marginalizada sendo “interessante notar que a intensidade da demanda judicial das pessoas com HIV/Aids sofreu acentuada redução, se comparada à de outras doenças”²⁰⁰, pelo que, a judicialização massiva teve um duplo impacto ao tempo que melhorou a política reduziu a judicialização.

O caso do simbolismo do direito à saúde e da importância da institucionalização da exigibilidade de direitos para atendimento a uma Constituição efetiva não é exclusividade brasileira e restou claro, no caso tratado pela Corte Constitucional da África do Sul, que

198 SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. O SUS necessário e o SUS possível: estratégia de gestão. Uma reflexão a partir de uma experiência concreta. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 03, p. 911-918, jun., 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8123200900030027&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2020.

199 VENTURA, Míriam. “**Proposta de um plano de trabalho para as Assessorias Jurídicas das ONGs/Aids**: relatório Consultoria Projeto 914BRA59 – CNDST/AIDS. [S. l.: s. n.], 2000. p. 12.

200 VENTURA, Míriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 01, p. 77-100, 2010. p. 79. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 jan. 2020.

avaliando especificamente o plano de governo, a política pública de distribuição de medicamentos, que restringia a distribuição do medicamento antirretroviral há apenas 18 locais piloto nas províncias Sul-Africanas declarou que a política era contrária à Constituição:

direitos [sociais] são, pelo menos em certa medida, justiciáveis (...) muitos dos atos civis e políticos inseridos no [texto] constitucional proposto originarão implicações orçamentárias similares, sem comprometer sua justiciabilidade. O fato de que os direitos sócio-econômicos, quase inevitavelmente, gerarão tais implicações não nos parece ser barreira à sua justiciabilidade.²⁰¹

O próprio Ministério da Saúde, ao tratar da questão dos portadores de HIV, reconheceu a judicialização como "instrumento de exercício de cidadania e resultado da mobilização da sociedade, especialmente das entidades de defesa dos direitos das pessoas que vivem com HIV e AIDS"²⁰², cenário em que se reconhece os efeitos que a judicialização gera para além dos processos, tendo o Brasil atualmente um amplo programa para tratamento da enfermidade.

Não se desconsidera, contudo, as inúmeras críticas formuladas à atuação judicial, sob uma perspectiva desestruturante do sistema de saúde, que perpassam desde aqueles que sustentam propostas para a 'desjudicialização' até iniciativas legislativas para proibição de atuação judicial, críticas que se intensificam no âmbito da Administração Pública e do Legislativo, afinal, a seara da saúde é, e sempre será um espaço de disputa de poder.

Nesse viés, as energias deveriam ser utilizadas não para tolher um instrumento democrático, mas para aperfeiçoar o desenvolvimento da institucionalização da tutela dos direitos sociais, fator mais frágil e que ainda demanda desenvolvimento no âmbito da judicialização para o qual o debate ainda deve ser reorientado, com um fluxo contínuo de aperfeiçoamento, em que a judicialização é uma engrenagem de um sistema que ainda demanda ajustes.

A Judicialização é um instrumento legítimo descoberto pelas camadas populares, de forma que o falso dilema sobre ter mais ou menos judicialização deve ser superado. A pergunta

201CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. **Columbia Human Rights Law Review**. v. 38, n. 02, 2007. Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para "Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana". Ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coord.) **Direito Sociais: fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 641-642.

202 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p. 4.

que deve ser colocada é como a judicialização pode auxiliar no processo democrático de construção da cidadania emancipatória, de uma “cidadania sem qualificações”, como aponta Ramiro Sant’Ana:

A interface entre direito e saúde tem-se mostrado muito rica, tanto que se tornou via amplamente utilizada pela população brasileira para ter suas demandas ouvidas pelo Estado. Essa experiência é uma oportunidade que não pode ser perdida, ignorada ou tampouco abafada. O falso dilema sobre ter mais ou menos Judicialização deve ser superado. A tarefa do direito, dos juristas e dos gestores da saúde deve ser a de imaginar como tal oportunidade pode ser aproveitada para promover mudanças na sociedade e em suas instituições, em prol de mais inclusão e progresso para a saúde da população.²⁰³

Resta evidente, portanto, que a judicialização vem provocando efeitos no sistema de saúde e principalmente mobilizando Executivo e o Legislativo, de forma que sustentar a impossibilidade de ajuizar ações de saúde é aniquilar uma possibilidade democrática de reclamação do cidadão, que sem o gozo do direito, também restará sem a possibilidade de reclamá-lo, cabendo então a conformação com o estado das coisas. É assim, que não devemos buscar a diminuição da judicialização como um fim em si mesmo, mas o aperfeiçoamento dos arranjos institucionais para a concretização de direitos.

203 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 83.

CAPÍTULO III - ARRANJOS INSTITUCIONAIS, DIÁLOGOS AMPLIADOS E A BUSCA DE ALTERNATIVAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA AGENDA DE EXIGIBILIDADE DE DIREITOS

3.1 Da necessidade de melhorias – como utilizar o potencial transformador da Judicialização

O objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos

Ronald Dworkin

O aumento no quantitativo de ações judiciais sobre o direito à saúde e sua chegada às Cortes Constitucionais, com inúmeros pedidos de suspensão de ordem, de suspensão de liminares e de tutelas antecipadas, ensejou o reconhecimento de repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas, com convocação pelo presidente do STF, da Audiência Pública nº 09, no ano de 2009, para ouvir especialistas e sociedade civil e avançar na tutela do direito constitucional à saúde.

Os problemas apontados, oriundos da estruturação do SUS que desembocam na judicialização, exigem dos atores envolvidos a capacidade de sair da zona comum e buscar novos mecanismos e alternativas institucionais. Assim, ao turno que a judicialização representa uma oportunidade ela ainda precisa ser desenvolvida institucionalmente, isso porque “o fato de serem os juízes – através da interpretação constitucional – os responsáveis pela definição dos limites da própria jurisdição, representa um fator determinante na escolha do tema, na medida em que estes limites não podem depender exclusivamente da ideologia de cada um deles, sob pena de se inviabilizar um controle efetivo por parte da sociedade”²⁰⁴.

É preciso evoluir, assim, como nas ondas de acesso à justiça foram buscados novos meios de acesso à justiça, novos arranjos devem ser encontrados na seara saúde justiça. Os atores do sistema de justiça necessitam perceber o seu papel, com especial destaque ao Judiciário a quem caberá encontrar o caminho para o estabelecimento com a sociedade de diálogos ampliados, já que por vezes é o ouvido para aquilo que não está adequado nos serviços

204 APPIO, Eduardo Fernando. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed. (ano 2005), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2007, p. 18.

de saúde. Os atores do sistema de saúde e dos demais Poderes também devem buscar uma agenda de aprimoramento da institucionalização da efetivação do direito à saúde.

É evidente que decisões judiciais, sejam em processos individuais ou coletivos, tendem a garantir o bem da vida que se pleiteia²⁰⁵, contudo, é necessário ir além, é preciso avançar nos diálogos institucionais, pois a judicialização da saúde é um fenômeno que emerge a partir de problemas estruturais da institucionalização do SUS²⁰⁶, ou seja, a judicialização representa uma reação aos problemas vivenciados e assim o binômio ‘pode/não pode’ de uma sentença pode ceder a um espaço articulado que visa o ‘como se pode’, em que profissionais envolvidos na gestão de políticas públicas e operadores do direito discutem não apenas alternativas à judicialização, mas sobretudo mudanças na organização da política pública com o fito de torná-la mais efetiva.

Isso porque, é evidente que “não há como escapar da conclusão de que as políticas públicas são efetivamente um campo aberto para os juristas brasileiros, que para desbravá-lo terão de utilizar novos referenciais de análise”²⁰⁷, já que o próprio desenho dos direitos sociais é traçado pelas políticas públicas que lhes são correlatas e aqueles são o fundamento destas. Em outras palavras, pode-se dizer que o direito não apenas pode ser entendido como conjunto de meios pelos quais os objetivos últimos das políticas públicas são alcançados, mas também como regras internas que permitem a calibragem e a autocorreção operacional dessas mesmas políticas²⁰⁸, razão pela qual saúde e sistema de justiça estarão sempre entrelaçados, já que os direitos sociais são implementados por políticas públicas e cabe ao Judiciário a interpretação do direito.

Assim, furtar da análise judicial tal situação é temerário, vez que o controle social dos administradores é reduzido²⁰⁹ ou falho, e falta ao cidadão elementos informativos ou mesmo mecanismos aptos a correção de desvios, sendo ingênuo pensar que a mera ameaça de punição

205 FREITAS FILHO, Roberto; SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 67, p. 70-102, 2016. p. 87.

206 AMARAL, M. A. Conversações para a ação: um desafio a superar para o fortalecimento do SUS. In: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Toledo. (org.). **Coletânea Direito à Saúde**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2018. p. 12-21. v. 3.

207 COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A política pública como campo multidisciplinar**. [S. l.: s. n.], 2013. p. 25.

208 Ibidem, p. 21.

209 ARRETCHE, Marta. Financiamento federal e gestão local de políticas sociais: o difícil equilíbrio entre regulação, responsabilidade e autonomia. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 02, p. 331-345, 2003. p. 338.

pelo voto geraria uma gestão responsável²¹⁰. Ainda que não se concorde com tal razão, não podemos ainda desconsiderar que foi a Constituição que atribuiu ao Judiciário o dever de proteção dos direitos nela previstos.

Assim, a busca judicial de direitos nada mais é do que “a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, [que] não podem desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos”²¹¹, razão pela qual encarando a judicialização como uma oportunidade, é necessário qualificá-la, aprimorar mecanismos e critérios que possibilitem identificar as falhas na política pública, para um correto julgamento e possibilidade de implementação de melhorias.

Ao falar sobre qualificação da judicialização, precisamos também compreender que o fenômeno perpassa necessariamente pelo aprimoramento de medidas consensuais e extrajudiciais. A adoção de medidas extrajudiciais demanda um amadurecimento institucional, não apenas do Judiciário, mas sobretudo do Executivo a quem cabe o cumprimento das políticas públicas implementadas, ou em outras palavras, a prestação do serviço. É evidente que a mudança deve ser operada somando-se os três eixos, extrajudicial, o processual e a questão material/substantiva; não há como atingir mudanças profundas sem aliar tais fatores.

Algumas questões, no entanto, não são tão difíceis de serem implementadas e possibilitam maior conhecimento não apenas dos processos que chegam ao Judiciário, mas da dinâmica das políticas públicas de saúde que envolvem tais processos. Assim seguimos trazendo sugestões, práticas e arranjos que estão trazendo resultados positivos.

3.2 Criação de indexadores de ações, informatização e bancos estatísticos. A implementação do Art. 139,X, CPC na área de saúde

Uma interessante questão sobre a judicialização da saúde, é que apesar de muito se questionar sobre a excessividade de processos, não há estatísticas sobre os tipos de demandas manejadas, políticas públicas implementadas ou não. O controle do que se pede permitiria ao

210 Ibidem. p. 336.

211 VIANNA, Luiz Werneck. *et. al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: 1999. p. 43.

Judiciário verificar a correção das políticas públicas, evitando achismos ou acolhimento de afirmações desprovidas de veracidade em processos. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem tentando avaliar e compilar dados, contudo, a confecção dos relatórios esbarra exatamente na dependência do seu fornecimento pelos Tribunais, que têm o seu próprio modo de processar as informações.

Em análise dos processos de saúde em curso no Tribunal do Rio Grande do Sul foi verificado que a maior parte das demandas versava sobre medicamentos incluídos na lista do SUS²¹², conseguindo desta forma, não apenas reduzir o número de demandas judiciais, mas cobrar do ente público a prestação do serviço adequado a população. Os dados caminham na contramão de argumentos comumente sustentados em doutrina²¹³ que afirma ser pleiteado judicialmente medicamentos caros e não fornecidos pelo SUS, demonstrando de forma concreta, empírica, não apenas a necessidade de readequação e maior controle da atividade de gestão da política pública, mas sobretudo a necessidade de revisar a argumentação doutrinária.

A criação de ferramentas e bancos estatísticos permitiria identificar os tipos de demandas que são levadas ao Judiciário em âmbito nacional, bem como recortar tais necessidades por estado, possibilitando identificar se as maiores falhas no sistema decorrem de políticas da União, dos Estados ou dos Municípios, da política legislativa (macropolítica) ou da execução da política.

Citando como exemplo o sistema de protocolo do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, não há nem mera menção no sistema para o plantão do Judiciário de um identificador de demanda de saúde pública. Tal fato faz com que os dados sobre ações de saúde no plantão fiquem à margem de qualquer análise. A informatização e a criação de indexadores possibilitaria a identificação dessas ações. Nem mesmo os Tribunais que criaram varas próprias

212 FARIELLO, Luiza de Carvalho. Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações com demandas de saúde. **Agência CNJ Notícias**, 22 abr., 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

213 Assim em Sérgio Cruz Arenhart: Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual –nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor” em ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, [S. l.], v. 01, n. 02, p. 211-229, jul./dez., 2015, p. 213. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

de saúde evoluíram no quesito estatístico, o que pode ser visto no relatório do CNJ, que não teve resposta de alguns Estados, sob a alegação de falta de dados.²¹⁴

Diante de tal cenário, é interessante e prudente que o sistema de protocolo dos Tribunais de Justiça contenha filtros de demandas de saúde, tal qual ocorre com outras áreas, com identificadores básicos, separados por procedimentos e medicamentos incluídos no SUS e não incorporados, com diferenciação entre medicamentos, exames, cirurgias, leitos e internações e outros procedimentos, tal qual o são separados nos sistemas do SUS. Essa já é uma realidade em outras áreas jurídicas e sendo a saúde uma área que demanda o amplo uso de dados para seu correto processamento, fica evidente a necessidade da adoção de tais medidas.

A criação de tais indexadores permitiria a concretização do art. 139, X, CPC²¹⁵. O artigo atento a realidade que permeia o processo brasileiro, especialmente diante de questões relacionadas às políticas públicas e demandas que atingem ampla quantidade de pessoas, sendo questão recorrente nos tribunais, com o fito organizacional, estabeleceu a possibilidade do juiz identificando várias demandas individuais repetitivas oficiar o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como outros legitimados para a propositura de ações coletivas.

O artigo evidentemente buscou aprimorar a judicialização por intermédio de uma maior interlocução dos atores do sistema de justiça, a partir do ponto de convergência, o Judiciário. Ocorre que, para a identificação das demandas reiteradas, interessante seria a elaboração de estatísticas, que permitissem o adequado cumprimento do art. 139, X, CPC, bem como possibilitassem ao Juiz o acompanhamento de casos semelhantes, sem que para isso cada juiz precisasse se valer de seus próprios meios, facilitando a resolução coletiva de questões que chegam individualmente de forma massiva e reiterada ao Judiciário.

Evidenciando-se um conflito que tenha repercussão massiva e reiterada, a utilização do art. 139, X, CPC, a partir da identificação da falha da política pública, possibilitaria o ajuizamento de ação coletiva, sendo importante para tanto que na elaboração da estatística

214 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. 2019. p. 22-23. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-insper-cnj.pdf> . Acesso em: 20 mar. 2020.

215 Código do Processo Civil, Art. 139. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

sejam criados qualificadores padronizados, em âmbito nacional, de forma que se evite distorções no enquadramento das demandas de saúde.

O Conselho Nacional de Justiça, no âmbito de suas atribuições, normativas e orientativas, tem importante papel neste cenário, assim como que já vem tratando de outras matérias, inclusive saúde, sendo oportuno que, por exemplo, recomende e estabeleça prazo para implantação de qualificadores nos sistemas de protocolo dos Tribunais de Justiça, para fins de estabelecimento de dados estatísticos.

A adoção de qualificadores, a título ilustrativo, poderia se dar em qualificador geral (demanda de saúde) e subespécies de qualificadores (qualificador específico 1: a) saúde pública; b) saúde suplementar; qualificador específico 2: medicamento: Subtipo 1– a) medicamento com registro na ANVISA; b) medicamento sem registro na ANVISA; Subtipo 2 - a) medicamento incorporado; b) medicamento não incorporado; Subtipo 3 – medicamento incorporado dispensado para a doença do paciente; geral demanda de saúde, qualificadores específicos e seus subtipos) facilitando a adoção e o conhecimento nacional das demandas de saúde, isso auxiliaria inclusive os estudos que atualmente são fragmentados pela realidade de cada Estado, diante da dificuldade na obtenção de dados fidedignos.

Importante frisar que da mesma maneira que há possibilidade de estabelecer qualificadores para os medicamentos, também é possível para os demais procedimentos, isso porque, tal qual as listas do SUS de incorporação de medicamentos, as listas de procedimentos, como exames e cirurgias, são públicas, assim, pensando no âmbito dos exames, poderíamos ter, exemplificativamente: qualificador geral - demanda de saúde; qualificador específico 1: a) saúde pública; b) saúde suplementar; qualificador específico 2 : exame; subtipo 1–a) procedimento previsto na SIGTAP; b) procedimento não previsto na SIGTAP. O exemplo acima ajuda a ilustrar o quão rico poderia ser o dimensionamento dos dados sobre processos de saúde, possibilitando o conhecimento de outras realidades com consultas no âmbito municipal, estadual e federal, garantindo informações precisas sobre o que é judicializado e quais são as maiores demandas de cada Estado, aprimorando a atuação do sistema de justiça com a possibilidade de correção da política pública em âmbito nacional. Registramos, contudo, que o esquema de qualificadores apontados é apenas sugestivo, para fins ilustrativos desta pesquisa.

Seguindo na esfera imaginativa, o uso dos indexadores permitiria, por exemplo, que um juiz de determinada comarca verificasse que de janeiro a dezembro de determinado ano a maior demanda de saúde recebida foi a de um tipo de medicamento, que está incorporado ao SUS e

deveria ser fornecido pela Secretaria Estadual de Saúde, por ser do componente especializado. A constatação, a partir das estatísticas, indicaria um possível desabastecimento do medicamento e/ou que a compra foi realizada de forma inferior a demanda, possibilitando que o juiz oficiasse Ministério Público e/ou Defensoria Pública ou ainda uma das instituições legitimadas ao ajuizamento de ação coletiva, com fulcro no art.139,X, CPC para condução da questão junto ao Executivo, de forma que partindo-se de casos individuais resolver-se-ia a questão coletiva.

Por outro lado, a elaboração de critérios padronizados aptos a gerar estatística garantiria cientificidade aos dados evitando o risco da não produção de informações, como apontado em relatório do CNJ²¹⁶ ou ainda a produção de formas diferentes por cada tribunal, facilitando o acesso à informação com base na Lei de Acesso ou ainda sua utilização para interlocução entre o Judiciário e as instituições legitimadas a atuação coletiva.

3.3. Ações coletivas e a doutrina dos processos estruturantes e sua aplicação ao âmbito das políticas públicas de saúde

As ações coletivas visam garantir direitos que pertencem a mais de um indivíduo ou a uma coletividade de indivíduos (transindividuais) ou que decorram de uma origem comum e afetem ou possam abalar mais de uma pessoa, abrangendo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Surgiram no ordenamento jurídico pátrio com um certo atraso, pois sua previsão veio apenas na Constituição Federal de 1988 que fez referência a tais direitos, em seu artigo 129, III, que trata sobre as atribuições do Ministério Público. Coube, contudo, ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) seu delineamento, o que foi feito no art. 81, CDC.

Com o avanço expressivo no quantitativo de ações judiciais na área de saúde iniciou-se argumentação desfavorável às ações individuais e sustentação em prol das ações coletivas²¹⁷, sob diferentes argumentos, em que pese haver certo predomínio no apontamento que o juiz no caso individual ignora necessidades relevantes do coletivo, em verdadeiro embate entre a micro (justiça do caso concreto) e a macro justiça (para a coletividade). Sucede que, as ações coletivas

216 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. 2019. p. 22-23. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-insper-cnj.pdf> . Acesso em: 20 mar. 2020.

217 HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial**: limites e possibilidades. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007.

possuem um tímido histórico, seja em razão do pouco manejo que legitimados a sua propositura fazem deste instrumento, seja pelo baixo acolhimento e condução pelo Judiciário²¹⁸, em movimento que se autoalimenta.

Ocorre que, antes de contrapostas tais ações são complementares. Não é demais reforçar que entendemos que o acesso individual ao Judiciário para cobrança de políticas implementadas é uma forma de clamar por democracia, e que tal não pode ser tolido, ainda que possam ser qualificados quando o assunto é judicialização de políticas públicas.

As ações coletivas são mecanismos aptos a solução do problema, que podem ser utilizados como instrumento para o controle e a correção das políticas públicas. Contudo, não podemos ter visão enclausurada e repudiar ações individuais em políticas públicas já estruturadas, pois não é porque uma ação é coletiva que necessariamente trará a compreensão do todo ou será resolvida a tempo de garantir o direito individual de determinado cidadão.

É fundamental em um processo coletivo que se permita a participação de outros atores, além do autor e do réu, que outros mecanismos sejam utilizados durante o processo com, inclusive, a coleta de provas pelo próprio juiz, o que pode ser feito, por exemplo, por ofício, para nortear seu convencimento sobre a questão. Não é demais lembrar que o legitimado substitui uma gama de pessoas, que numa ação mal conduzida podem ser prejudicadas, o que demanda uma atuação enfática tanto do legitimado quanto do juiz condutor da causa.

Assim, a necessidade de elaboração de estatísticas, somada a previsão do artigo 139, X, CPC, e o apontamento por melhorias na atuação processual coletiva nos convida a tratar do tema que vem sendo apresentando pela doutrina como uma nova visão da litigiosidade do processo que tem por objeto interesse público, reconhecendo-se uma multilitigiosidade própria de tais demandas, conhecido como medidas estruturantes.

As medidas estruturantes propõem uma nova tipologia processual “apta a promover uma reforma estrutural num ente ou instituição pública ou privada, com o objetivo de reorganizá-lo burocraticamente e adjudicar um direito fundamental ou um valor público caro à sociedade. Além disso, busca tratar da discussão acerca de políticas públicas, bem como resolver litígios

218 LOPES, José Reinaldo de Lima. 2006. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 255.

complexos”²¹⁹. Trazida a questão para o âmbito do processo judicial, apontam Fachin e Schinemann:

São estruturantes as decisões judiciais nas quais, a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes²²⁰.

No âmbito das democracias e do constitucionalismo emergente do sul global, ganha relevo a teoria do processo estruturante, no que tange aos direitos socioeconômicos, isso porque, “a ameaça imposta a tais valores, por sua vez, passa a decorrer não somente de uma ação estatal, mas na maior parte das vezes, de uma omissão reiterada”²²¹, de forma que a questão é mais sobre garantir direitos do que prevêê-los.

O direito à saúde, especialmente quando o escopo de estudo são as filas de espera (política pública implementada), decorre da omissão estatal na proteção e promoção de direitos humanos, que se mostra inapta a cumprir as promessas previstas na Constituição, representando uma discrepância entre a ideologia social e a realidade, como apontam Fachin e Schinemann:

Em síntese, os provimentos de natureza estruturante, a partir de sua recepção pelos constitucionalismos emergentes, são identificados como modo de combate à omissão estatal na proteção e promoção dos direitos assegurados por estas Constituições²²².

A teoria dos processos estruturantes reconhece assim que não bastam alterações materiais, isso porque a simples previsão do direito nem sempre é capaz de garantir sua concretização, razão pela qual a efetividade do direito demanda também que ocorra mudanças no processo civil brasileiro, de forma que este se torne apto ao enfrentamento de demandas que se por um lado afetam uma pessoa individualmente, também têm o condão de gerar

219COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar., 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243. Acesso em: 15 fev. 2020.

220 FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **REI: Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 04, n. 01, p. 211-246, ago., 2018. p. 215. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 02 mar. 2020.

221 Ibidem. p. 223.

222 Ibidem. p. 226.

consequências para diversos outros cidadãos, sinalizando a necessidade de adaptações no aspecto processual.

A necessidade de adequações no processo civil brasileiro, seja no âmbito das ações individuais, seja das ações coletivas é reconhecida pela teoria dos processos estruturantes e demonstra um aspecto essencial da equação dos arranjos institucionais que precisam ter vida para garantia de direitos. Sugerem os adeptos das medidas estruturantes adequações no instituto do contraditório de forma a torná-lo mais amplo e efetivo, criação de mecanismos de controle e mitigação do princípio dispositivo, dentre outras medidas sem as quais, mesmo o processo coletivo estaria fadado a não obter os resultados esperados ou os resultados mais eficazes²²³. Assim, Sérgio Arenhart critica a forma como foi idealizada a tutela coletiva brasileira:

[A] tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. [...] E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais.²²⁴

A crítica tem sua razão e talvez pelas próprias dificuldades do processo coletivo brasileiro, que em suma é limitado, que não haja forte adesão do Judiciário no acolhimento de tais pretensões, tampouco se vê o engajamento das instituições legitimadas para a defesa dos direitos socialmente relevantes. Apesar disto, a maioria dos doutrinadores que defendem a adoção do processo estruturante sustentam que o meio adequado para sua efetivação seriam as ações coletivas.

O fato de demandas estruturantes serem mais compatíveis com processos coletivos, não pode, no entanto, servir de óbice a sindicância do direito individual. Atentos a essa realidade sustentam André Ribeiro Tosta e Felipe Barreto Marçal que apesar do caráter multilateral do

223 Ibidem. p. 223.

224ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, [S. l.], v. 01, n. 02, p. 211-229, jul./dez., 2015, p. 213. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020

direito, não se pode desconsiderar haver um lado individual em tais direitos, uma parcela inerente a cada indivíduo, o que fica claro quando tratamos de demandas de saúde. Ocorre que, processos estruturais tendem a ter um tempo maior de duração, exatamente por buscarem mudanças na conjuntura estrutural de determinado sistema, sendo inapropriado deixar inúmeros cidadãos à mercê de tratamento, enquanto se aguarda o deslinde de um longo processo. Assim, sustentam:

Não se pode esquecer que “coletivizar” ou tornar estruturante uma demanda individual pode ser muito prejudicial ao indivíduo, pois esse tipo de procedimento costuma ser bastante demorado – e, até o momento, em razão de suas deficiências técnicas e práticas, não tem mostrado verdadeiramente eficaz em alguns casos. Assim, esse procedimento deve, na medida do possível, conformar, de forma tempestiva, a análise (e, se for o acaso, a concessão) das tutelas individuais já requeridas, com o desenvolvimento do procedimento estruturante e sua efetivação. Afinal, não se pode ignorar a duração razoável do processo individual, ainda que seja necessário adequá-lo a uma tutela transindividual.²²⁵

Aponta ainda a doutrina que o Judiciário já começou a se valer de decisões estruturantes, mesmo que com aparente desconhecimento, e contrariando as máximas do processo tradicional:

Um primeiro exemplo que pode ser considerado como um protótipo de processo estrutural são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Não obstante essas decisões representem clara situação de sentença condicional – nulas, portanto, na ótica do processo clássico – e extrapolem obviamente o pedido da parte autora, é evidente que a necessidade dessa comprovação ulterior da necessidade do medicamento é não apenas razoável, mas até mesmo desejável. Seria, de fato, absurdo supor que a parte que hoje precisa de um medicamento possa recebê-lo indefinidamente, mesmo depois de se tornar desnecessário. Identicamente, seria absurdo supor que competiria à parte ré a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, ninguém poderia reprovar essa forma de tutela²²⁶.

Aprofundando no tema e trazendo como exemplo um precedente nacional tratado pela doutrina como um processo estruturante, o caso da ACP do carvão, autos nº 93.8000533-4, tratou de processo que a partir da sentença, contou com três fases distintas que permitiram o acompanhamento e a modificação da estrutura existente. O primeiro marco foi à sentença

225 TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDBI. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz. (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 196-197.

226 Ibidem. p.221.

condenatória, momento que ainda não era conhecida a real extensão do problema, e que foi utilizado para obtenção de informações (2000-2004), a segunda etapa (2004-2005) o Ministério Público valendo-se de assessoria técnica verificou iniquidades nas informações prestadas pelas rés do processo e formulou plano técnico de atuação que deveria ser cumprido por elas; a terceira fase formou-se grupo de acompanhamento e estudos e criou-se medidas de controle e monitoramento das atividades prestadas, com cronograma de atividades até o ano de 2020, que permitiram que 73% da área ambiental degradada fosse restabelecida.²²⁷

O que se observou do processo apontado é a utilização de uma variedade de técnicas, por exemplo, mediação e conciliação, e maior participação de atores sociais interessados no resultado do processo, bem como o fator importantíssimo a fiscalização do cumprimento da determinação. Somou-se ainda a mitigação do princípio dispositivo e da bipolaridade típica do processo tradicional para uma múltipla participação, inclusive de profissionais técnicos de outras áreas de conhecimento.

É evidente que o papel de um processo estrutural vai além da garantia material do direito ventilado no caso concreto, sua decisão é sobretudo simbólica, pois tem a capacidade de gerar efeitos para além do caso apresentado ao juízo. Nesse sentido, Fachin e Schinemann:

Junto dos efeitos materiais diretos (relativos à resolução do caso concreto), há efeitos simbólicos e indiretos. As decisões estruturantes, mais que outros provimentos jurisdicionais, definem o problema atacado como uma violação de direitos humanos e fundamentais, instam a opinião pública contra esta violação, demonstram a gravidade do problema e mobilizam a sociedade civil acerca da questão.

O que de mais relevante se pode extrair dos provimentos estruturantes no âmbito do constitucionalismo emergente é a racionalidade que fundamenta a atividade jurisdicional e os efeitos dela decorrente. A Corte deve atuar não apenas de forma acautelatória na tutela de direitos, mas também deve promovê-los. Por isso, estas decisões não devem almejar apenas a solução do caso concreto (efeitos materiais diretos), mas também efeitos indiretos e simbólicos decorrentes de litígios desta natureza.²²⁸

Cabe apontar que o sucesso do uso das medidas estruturantes depende de uma maior participação da sociedade no processo, da capacidade fiscalizatória e, sobretudo do amadurecimento institucional do ente responsável pelo cumprimento da medida, com o

227 Ibidem. p 222-225.

228 TOSTA, André Ribeiro ; MARÇAL, Felipe Barreto . op. cit, p. 195.

abandono de uma postura litigante e descumpridora para assunção de uma postura colaboradora.

Decisões estruturantes já estão sendo usadas, especialmente pelas cortes constitucionais de outros países, como África do Sul e Colômbia. No âmbito da saúde pública, guardadas as ressalvas anteriormente já feitas, reconhecemos que seu papel seria importantíssimo, isso porque para além de resolver o caso individual apresentado, a demonstração da violação de direitos humanos, trazendo à tona a gravidade do problema questionado e um plano de contingência exequível, com informações claras sobre as dificuldades enfrentadas pelos gestores e as mazelas vividas pelos cidadãos, proporcionaria um olhar mais amplo sobre o todo, aliando o macro ao micro.

A teoria é frutífera, mas como apontam os doutrinadores que a sustentam, carece ainda de mudanças legislativas que possibilite o juiz, calcado no ordenamento jurídico, implementar decisões estruturantes sem o receio do reconhecimento de nulidades pelo processo tradicional. Não podemos desconsiderar dado importante e pouco falado, se houve aumento judicial de demandas de saúde é porque há antes uma violação sistêmica de tal direito, o que demanda um esforço coletivo para melhoria sistêmica e não busca de medidas para afastar pretensões do Judiciário.

Nessa conjuntura, as medidas estruturantes teriam importante papel, aliado a previsão do art. 139, X, CPC, isso porque verificada a reiteração na violação de determinado direito a partir de inúmeros casos semelhantes, poder-se-ia buscar medidas de impactos globais. Para tanto, é necessário que haja cooperação entre os órgãos do sistema de justiça e do Executivo, seja para casos individuais, seja coletivos, com o aprimoramento da institucionalização do controle dos direitos sociais, como defendem Tosta e Marçal:

A resposta (que se aplica também a todas as demandas coletivas, e não só aos processos estruturantes), ao que tudo indica, passa pelos protocolos institucionais de cooperação, que podem ser firmados entre o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e, em hipóteses de políticas públicas, os órgãos do Executivo. Nesse sentido, é perfeitamente possível que esses órgãos criem, em conjunto, setores de identificação de litígios potencialmente estruturantes, de modo que os legitimados coletivos possam ingressar em demandas individuais que tenham subjacentes reformas estruturais e, até mesmo, ajuizar demandas estruturantes ao serem comunicados desses processos individuais (art. 8 Lei 7.347/85).²²⁹

229 TOSTA, André Ribeiro ; MARÇAL, Felipe Barreto. op. cit, p. 195.

Apesar de não ter ainda encontrado corro na mudança legislativa que permanece tímida, as instituições do sistema de justiça vêm se aprimorando e buscando uma maior interlocução com o Executivo e contando com exemplos exitosos de atuação na busca pela estruturação de litígios. Nesse viés, apesar de não ser encarada como uma decisão exatamente estruturante podemos citar como exemplo a Audiência Pública nº 4 que tratou do direito à saúde trazendo inúmeros progressos para a interface saúde justiça, especialmente pela abertura à participação popular.

3.4 A PEC- 207/2019, os comitês de saúde e o NAT-JUS -formação contínua de juízes e o apoio técnico

A Audiência Pública, nº 4, realizada pelo STF, no ano de 2009, não apenas demonstrou que o Judiciário, por meio de sua corte constitucional, estava disposto a se aproximar e ouvir a sociedade, como repercutiu na evolução do tratamento dado à judicialização pelo Sistema de Justiça gerando novas práticas e ferramentas úteis ao deslinde de processos de saúde.

Conforme aponta Ramiro Sant'Ana a audiência representou um marco para a judicialização e dela decorreram ao menos quatro consequências:

“1) o posicionamento claro de instituições e atores sociais sobre as consequências da judicialização; 2) a definição de diversas iniciativas institucionais a serem tomadas; 3) o estabelecimento, pelo STF, de um conjunto de orientações jurisprudenciais; e 4) a criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.”²³⁰

Um dos resultados da audiência foi à publicação pelo CNJ da Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde. O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria nº 8 de 02 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais²³¹. Posteriormente, em 06 de setembro de 2016, a Resolução nº 238 do CNJ, ampliou a composição

230 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 270.

231 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 238 de 06 de setembro de 2016**. 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. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339> . Acesso em: 10 jun. 2020.

do Fórum para permitir a inclusão de representantes de todas as instituições do sistema de justiça, participantes do sistema de saúde, da sociedade civil. A composição multiinstitucional do Fórum, que conta com representantes do Executivo (secretarias de saúde), do Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, planos de saúde e inúmeros outros atores possibilitou um cenário de ampliação do diálogo e busca de soluções consensuais.

Voltando ao exemplo de Goiás, o Comitê Estadual, após inúmeros debates, com ampla participação do Executivo, por meio de representantes das secretarias de saúde, instituiu formulário médico padronizado para auxiliar na obtenção de informações válidas ao deslinde de ações judiciais em matéria de saúde²³². O formulário não busca beneficiar o autor da ação, tampouco o ente público, sendo meio de qualificação das demandas com informações padronizadas e pertinentes, que por vezes não são levadas aos processos e por óbvio ao conhecimento judicial.

Nessa linha de atuação que privilegia o conhecimento técnico e multiprofissional, 10 anos após a Audiência Pública mencionada, está em discussão no Congresso Nacional a proposta de inclusão do art. 200-A na Constituição Federal, que prevê de forma expressa a previsão dos Comitês, hoje estabelecidos por determinação do CNJ. Assim a Ementa da proposta da PEC 207-2019:

Ementa

Acrescenta o art. 200-A, à Constituição Federal para determinar que sejam instituídos Comitês Estaduais Interinstitucionais de Desjudicialização da Saúde, a fim de assegurar respostas mais céleres às demandas relativas à saúde.

Peca a proposta apenas por focar na ‘desjudicialização’ quando os Comitês podem contribuir com muito mais, sobretudo quanto à articulação interinstitucional. Não se desmerece o avanço, que é representando na busca de respostas mais céleres às demandas e na adoção da via do diálogo entre instituições para aperfeiçoamento do cenário existente, mas o foco dos arranjos institucionais deve ser a busca de soluções para os problemas, a criação e renovação de uma agenda de exigibilidade de direitos, a construção de alternativas.

232 BECKER, Daniela; GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Disponíveis novos formulários para demandas de judicialização da saúde**. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/9533-novos-formularios-para-demandas-de-judicializacao-de-saude-estao-disponiveis-no-portal-do-tjgo>. Acesso em: 15 mar. 2020.

Outra consequência extremamente positiva foi a adoção de um conjunto de iniciativas sugeridas pelos atores que participaram da audiência, por exemplo: 1) aprimoramento da atuação das instâncias regulatórias no Brasil: ANVISA (registro) e CITEC (incorporação ao SUS); 2) Consideração por parte do Judiciário dos protocolos clínicos e das diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, os quais devem ser atualizados periodicamente e com maior participação de instituições afins; 3) Fornecimento de assessoria técnica ao Judiciário; 4) Regulamentação da Emenda Constitucional (EC) 29²³³.

Interessante destacar que as proposições tiveram atenção do Executivo e do Legislativo, tendo reflexos práticos para o SUS e para a sociedade. No âmbito do Executivo foi finalmente suprida a omissão e instituída a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, por intermédio da Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014, no âmbito do Legislativo houve o aprimoramento do processo de incorporação de tecnologia ao SUS, com a edição da Lei nº 12.401/11 e do Decreto nº 7.646, ambos de 2011 que criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), em substituição a CITEC, bem como a EC nº 29 foi regulamentada pela Lei Complementar nº 141, de 2012²³⁴.

No âmbito do Judiciário, o Plenário do CNJ aprovou a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, que traçou diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde, que deu origem aos “Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário” (NAT-JUS). O fornecimento de assessoria técnica é uma consequência do reconhecimento de que o juiz que decide sobre políticas públicas, especialmente na área de saúde, necessita mais do que de conhecimentos básicos sobre o tema.

Ainda no ano de 2010, o STF traçou inúmeras orientações jurisprudências no tema saúde, tendo destaque o precedente da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, julgada em 17 de março de 2010. A paradigmática decisão não apenas reafirmou dimensão fundamental do direito social à saúde como apontou para a necessidade de compatibilização entre a dimensão

233 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 273.

234 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

subjetiva e objetiva do direito à saúde, reconhecendo ainda a importância da garantia ao mínimo existencial. O julgado se destaca ainda pelo dimensionamento dado ao mínimo existencial, isso porque afastou-se de um discurso retórico balizando os critérios jurisprudenciais pela legislação do direito à saúde e pelas políticas públicas de saúde²³⁵.

Outra grande contribuição do julgado foi a distinção entre as políticas públicas implementadas e as não implementadas. Quanto às primeiras ponderou-se ser causa principal da judicialização o desrespeito ao direito subjetivo público do cidadão hipótese em que a atuação judicial é apenas a determinação para o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Para a segunda, decisões judiciais sobre políticas não implementadas vários critérios foram definidos, dentre os quais citamos o registro na ANVISA ou a autorização para os casos assim definidos; a priorização dos tratamentos incorporados ao SUS o ônus do demandante de demonstrar a inexistência de tratamento fornecido no SUS.

As orientações foram transformadas em arranjos institucionais que possibilitaram o assessoramento técnico de juízes, além de uma gama de critérios a serem adotados nas decisões judiciais e abriu um campo fértil ao diálogo. O resultado esperado (decréscimo no quantitativo de ações), no entanto, aparentemente não foi gerado²³⁶ e um movimento nacional coordenado pelo Executivo foi aprimorado e fortalecido levando o STF a revisar o tema da judicialização da saúde na área da assistência farmacêutica. Assim, o STF iniciou o julgamento, com efeitos de repercussão geral, dos Recursos Extraordinários (REs) 566.471 e 657.718, acompanhado pelo STJ no julgamento do Resp. 1.657.156/RJ, na modalidade recurso repetitivo, culminando na edição do tema 106. O julgamento pela sistemática do recurso repetitivo levou a suspensão de vários processos em curso no Brasil, gerando preocupação nos pacientes, o que foi amplamente veiculado pela mídia.

O novo momento vivenciado pelo contexto de análise da judicialização da saúde, em que os casos apontados tendem a definir os rumos a serem adotados, diante de um cenário pouco auspicioso para o SUS, que convive com políticas de austeridade fiscal e uma inclinação política para adoção de modelo de saúde diferente do previsto no texto constitucional, levou Ramiro

235 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 275.

236 SHULZE, Clênio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**, Brasília, 24 out., 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jairschulze/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

Sant'Ana a questionar se serão as “decisões suficientes para alterar o cenário institucional em favor dos usuários do SUS?” A pergunta tem sua razão de ser e é de extrema importância já que o SUS foi pensado para atendimento à população, o que nos abre um cenário imaginativo e exploratório para novos caminhos.

3.5 Arranjos institucionais, mediação sanitária e as novas formas de busca pela efetivação de direitos

As recomendações e resoluções do CNJ já preveem diversas iniciativas institucionais para ampliação e realização de diálogo interinstitucional. Algumas dessas iniciativas já em prática trazem resultados positivos como a atuação dos Comitês Executivos Estaduais de Saúde, conforme já destacado. Contudo, o diálogo interinstitucional construído no bojo da interface saúde justiça ainda demanda uma agenda de institucionalização do controle dos direitos, com vistas a sua efetivação.

Assim, apesar de relevantíssima a abertura do magistrado para o diálogo, precisamos avançar na ampliação e/ou criação de novas iniciativas institucionais que permitam a resolução dos problemas para além dos limites da lide, precisamos também avançar nas práticas administrativas, reconhecendo instituições com aptidão para tanto, como a Defensoria Pública, que possui dentre suas funções institucionais a resolução administrativa de demandas, e fomentar tais práticas, evitando-se que o desenvolvimento de arranjos dependa de personagens específicos.

É nesse cenário que a decisão normatizadora da atuação judicial em eventual precedente dos Tribunais Superiores, especialmente nas demandas em curso no STF, desacompanhadas da implementação de um contexto prático institucional que contribua não apenas para diálogo, mas sobretudo na efetivação de direitos, não tendo por si só a aptidão para a redução da judicialização, isso porque aliado a critérios balizadores o foco da atuação precisa ser jogado na resolução das mazelas do SUS:

A transformação de tais práticas ou de algumas orientações em componentes de uma “tese” de julgamento em sede de repercussão geral é iniciativa que, todavia, terá efetividade muito limitada, caso não se faça acompanhar de criação e desenvolvimento dos arranjos institucionais que proporcionem que sejam tomadas as medidas concretas para se atenderem os critérios interpretativos vinculantes. Ou seja, a instituição de diálogo interinstitucional, por exemplo, depende de canais de comunicação institucionalizados e plurais para que o diálogo ocorra.

As realizações de pedidos administrativos devem pressupor uma estrutura para apreciá-los, avaliá-los de forma adequada e respondê-los. A avaliação dos casos por médicos da rede pública depende da garantia de efetivo acesso à prestação desse serviço; a adoção dos parâmetros da Medicina Baseada em Evidências depende da construção de instrumentos que permitam ao magistrado e aos demais atores do sistema de justiça acesso a informações e avaliações técnicas qualificadas e isentas. Logo, sem a oferta dos instrumentos institucionais, o uso da orientação jurisprudencial vinculante representará uma tentativa de mudar o comportamento dos magistrados – e, por consequência, de todo o sistema de justiça – sem os correspondentes meios materiais para isso.²³⁷

Não se desconhece a importância da adoção de critérios balizadores à atuação judicial, mas tais critérios devem ser temperados com o amadurecimento de práticas institucionais, preservando desta forma a jurisdição e evitando que a atividade não se confunda com a prática de atividades de instituições administrativas, buscando na aproximação dos sistemas de saúde e justiça arranjos práticos que abarquem a complexidade social inerente ao direito à saúde, conciliando e reconciliando interesses com condições institucionais.²³⁸

A utilização do potencial transformador do diálogo e dos arranjos institucionais vem sendo percebida na prática. Em São Paulo, na comarca de Araraquara, pelos anos de 2009, foi criada a Comissão de Avaliação de Pedidos de Medicamentos e Procedimentos, vez que constatado pelo juiz da vara de fazenda pública da comarca que muitos processos versavam sobre medicamentos inseridos no rol do SUS, que não eram fornecidos administrativamente. Com a criação da comissão, a quantidade de processos caiu 70% entre 2010 e 2011 e manteve-se no patamar até 2018, quando foi feita a avaliação. O juiz da comarca, João Baptista Galhardo, ponderou que a judicialização tem um importante papel, tirar da inércia o poder público, situando quanto ao arranjo institucional criado que “a grande maioria dos casos é deflagrada pela Defensoria Pública. E este órgão, aqui em Araraquara, concorda com a proposta do SUS 80% das vezes”²³⁹ de forma que a um só turno temos a efetivação do direito e o aprimoramento do SUS.

237 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 306-307. (

238 Ibidem. p. 308. (grifo nosso)

239 CREPALDI, Thiago; MORAES, Cláudia. Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor. **Revista Consultor Jurídico**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor#:~:text=De%20acordo%20com%20an%C3%A1lise%20do,os%20pre%C3%A7os%20de%20medicamentos%20n.> Acesso em: 10 set. 2019.

Outra experiência exitosa, tendo a anterior como projeto embrionário, foi a criação do programa ACESSA SUS, em fevereiro de 2017, com a participação da Secretaria de Saúde, Defensoria Pública, Ministério Público e Tribunal de Justiça que possibilitou a redução em 70% do quantitativo de ações que eram manejadas, com economia de R\$ 206 milhões no período de um ano. É interessante observar que a redução da judicialização foi consequência da efetivação do direito, ou seja, atendeu-se administrativamente²⁴⁰, em suma o empoderamento do cidadão por meio do sistema de justiça aliado ao comprometimento e a cooperação do Executivo, tendem a recolocar nos eixos as engrenagens.

A utilização da mediação como uma forma de exercício social de acesso à justiça traz benefícios, quando presente o amadurecimento institucional e arranjos institucionais que possibilitem a efetivação de direitos. A utilização de solução consensual, seja por meio de técnicas de conciliação, mediação ou outro instrumento, no entanto, demandam uma nova cultura afastada da litigância e essa nova forma de resolução de conflitos, apesar de ainda pouco utilizada, pode ser uma alternativa viável para o atendimento das pretensões que chegam ao sistema de justiça, valendo também para identificação e correção de problemas vivenciados no SUS, por exemplo, o desabastecimento de medicações padronizadas. Isso porque, se por um lado o cidadão obtém o tratamento de que necessita, por outro lado as secretarias de saúde, com contato direto com os cidadãos, identificam gargalos tendo a chance de corrigi-los.

As experiências exitosas demonstram que o esforço realizado para que a realidade se aproxime do texto constitucional devem ser consideradas, não apenas para superar a visão pessimista sobre a judicialização da saúde, mas também para buscar formas para que o sistema de justiça possa contribuir para que o SUS atenda as promessas feitas pelo pacto constitucional e que cidadãos tenham acesso aos serviços de saúde²⁴¹.

Assim, ganha especial relevo que a produção acadêmica e a preocupação dos nossos tribunais consiga abarcar as políticas públicas implementadas, isso porque, o que se vê é sobremaneira uma preocupação com a judicialização de medicamentos de alto custo não

240 CREPALDI, Thiago; MORAES, Cláudia. Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor. **Revista Consultor Jurídico**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor#:~:text=De%20acordo%20com%20an%C3%AAlise%20do,os%20pre%C3%A7os%20de%20medicamentos%20n.> Acesso em: 10 set. 2019.

241 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 330.

incorporados, o que tende a gerar crítica acentuada à judicialização, cujo enfoque, aponta pelo entendimento do todo (judicialização das políticas de saúde) pela parte (judicialização de medicamentos não incorporados) e a condução do discurso desprovido de dados, que a judicialização é fator comprometedor das engrenagens do SUS.

Estudo realizado no âmbito de quatro Defensorias Públicas com sistemas de informação na área de saúde permitiu aferir “que a demanda por medicamentos²⁴², embora individualmente seja a mais volumosa, em nenhuma instituição representa a maioria dos atendimentos ou ações ajuizadas (47% - DPE-RJ, 39% DPE-SE, 28% - DPDF, e apenas 22% na DPE-AM). Assim, apesar de importante, a demanda por assistência farmacêutica não prepondera sobre os demais serviços que compõem a assistência médico-hospitalar”²⁴³. A análise confirma e reafirma percepções de que muito do que é judicializado está incorporado ou consta no rol de serviços, porém não é fornecido ou prestado.

Não é incomum a identificação de dificuldades de acesso à consulta, exames e cirurgias “de forma que o estudo do perfil de atendimentos realizado pela Defensoria Pública em várias unidades da Federação permite afirmar que a ampla maioria dos atendimentos são relacionados a serviços e produtos que fazem parte da rotina de atendimentos das redes de atenção à saúde, ou mesmo a produtos não relacionados à assistência farmacêutica”²⁴⁴, o que contraria a maior parte dos estudos com foco na assistência farmacêutica.

Assim, se boa parte do que é judicializado é política implementada que não é ofertada, é necessário rever o ponto de partida dos estudos, isso porque, não é a judicialização a causa ou problema, mas reação ao problema preexistente, que de forma ampla é representado pelas iniquidades centrais do SUS “injustiça no acesso à saúde e comprometimento do modelo público pela adoção de políticas econômicas e regulatórias contraditórias”²⁴⁵ e de forma estreita pela necessidade de refinamento das práticas existentes.

No mesmo sentido, estudo elaborado pelo TCU aponta que “as secretarias estaduais e municipais de saúde fiscalizadas reportaram a ocorrência de significativa judicialização de itens

242 Importante destacar que a pesquisa não faz distinção entre medicamentos incorporados e não incorporados, em razão da limitação dos sistemas das instituições pesquisadas, de forma que mesmo nas ações de medicamentos uma parte é voltada para obtenção de fármacos incorporados e não fornecidos.

243 Ibidem. p.337.

244 Ibidem, p. 338.

245 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 338

que deveriam ser fornecidos regularmente pelo SUS”²⁴⁶. É neste cenário que a mera adoção de critérios decisórios não terá o condão de conduzir a melhorias sistêmicas, pois mesmo que renda benefícios manter-se-á fora do sistema de saúde *locus* de origem e perpetuação dos problemas, razão pela qual a contribuição judicialização deve ser mais ampla, fulcrada na resolução dos problemas de acesso dos cidadãos privados dos serviços.

Mesmo quando se leva em conta a assistência farmacêutica é imperioso destacar que comumente passam ao largo das pesquisas casos em que não há protocolo de tratamento previsto, exemplo disso são as pessoas com doenças raras, para quem o acesso à justiça, por vezes, é a única alternativa existente tendo em vista a inexistência de Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) para várias dessas doenças, o que impede qualquer chance de tratamento para aqueles que não possuem condições de arcar com o pagamento das medicações.

Assim, antes do sistema de justiça funcionar como um racionalizador ao acesso ao Judiciário, deve-se buscar colaborar para a conquista do acesso ao bem previsto na norma, afinal, a função primária do direito deve ser reconhecida no sentido do direito de acesso à justiça como “um direito a recorrer a todos os meios legítimos, legais e válidos para solucionar conflitos, sejam judiciais ou extrajudiciais²⁴⁷”, produzindo resultados individuais e socialmente justos.

Nesse diapasão, pesquisas demonstram que a mediação é uma alternativa viável na consolidação da tríade, direito, saúde e cidadania. Ademais, podemos verificar que há certa inclinação das instituições do sistema de justiça para adoção de soluções consensuais na área de saúde, o que fica demonstrado pela criação de comissões, órgãos técnicos, e espaços de diálogo no âmbito do Poder Judiciário²⁴⁸, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Trazendo para o bojo desta dissertação exemplos de arranjos institucionais, em cada uma das instituições apontadas, de forma exemplificativa, citamos: o Tribunal de Justiça do Estado do Pará que por meio do Acordo de Cooperação Técnica nº 04/2014 instituiu o Comitê

246 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 009.253/2015-7**. Relator Ministro Bruno Dantas. 2017b. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/umentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-dasaude.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

247 DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun., 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 fev. 2020.

248 PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Acordo de Cooperação Técnica**. 2017. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Comite-Executivo-de-Saude/859-Convenio.xhtml>. Acesso em: 02 abr. 2020.

Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), que tem dentre os seus objetivos o atendimento administrativo de pleitos que integrem as políticas do SUS que não foram fornecidas.

No Ministério Público do Estado de Minas Gerais foi criada a ação institucional de Mediação Sanitária: Direito, Saúde e Cidadania, pela Administração Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sob a coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO SAÚDE), regulamentada pela Resolução PGJ nº 78, de 18 de setembro de 2012, espaço democratizante de busca soluções entre os interlocutores dos sistemas de saúde e justiça.

No âmbito da Defensoria Pública, no Estado do Rio de Janeiro, citamos como exemplo, a criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), por meio do Convênio nº 003/0504/2012, celebrado em 12 de junho de 2012, que tem por objetivo o atendimento administrativo de demandas originária de pessoas que procuram a Defensoria Pública para terem acesso aos bens e serviços de saúde pelo SUS. Cabe ressaltar que a Câmara também é composta pela gestão do SUS (federal, estadual e municipal), pela Defensoria Pública da União, a Procuradoria-Geral (do Estado e do município) e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁴⁹.

Os arranjos institucionais no âmbito das instituições do sistema de justiça têm promovido o acesso aos bens e serviços de saúde previstos no SUS. Ao que se percebe, o sistema de justiça parece estar mais inclinado na busca de soluções consensuais que o Executivo, o que corrobora Delduque ao afirmar que “embora rendendo frutos extraordinários, a mediação desses conflitos mantém-se fora do sistema da saúde. No entanto, os conflitos são do sistema e devem ser solucionados pelo próprio sistema”²⁵⁰, pelo que sugere a criação de núcleos de mediação no âmbito das secretárias de saúde como substitutivo à judicialização.

Apesar da necessidade de aprimoramento do diálogo entre gestor e cidadão, no âmbito do SUS, e reconhecendo a essencialidade da adoção de novos canais para tratativas como já

249 A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) foi criada por intermédio do Convênio n.º 003/0504/2012, celebrado em 12/6/2012 pela União, estado do Rio de Janeiro, município do Rio de Janeiro, contando ainda com: Secretaria de Estado de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde, Defensoria Pública Estadual, Defensoria Pública da União, Tribunal de Justiça do Estado, Procuradoria-Geral do Estado, Procuradoria Geral do Município. Informações disponíveis em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>—114. Acesso 12 abr. 2020.

250 DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun., 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 fev. 2020.

retratado no capítulo anterior, bem como a importância de um espaço de mediação construído no bojo do SUS, não podemos desconsiderar os avanços gerados pelos arranjos institucionais criados por iniciativas das instituições do sistema de justiça, especialmente diante da amplitude de articulações entre atores da vida social, o que torna inevitável o tangenciamento entre saúde e direito, acreditamos que a busca pela efetivação de direitos deve ocorrer de forma ampla, inclusive com contribuição do sistema de justiça.

Para avançar nas experiências e nos arranjos institucionais, obstáculos ainda precisam ser superados:

Os mais prementes dizem respeito a, de um lado, mudar a concepção atual sobre a judicialização da saúde e, de outro, prover maior grau de institucionalidade às novas práticas adotadas para a solução dos litígios. Quanto ao primeiro ponto, importante reconhecer que os conflitos podem ser discutidos sob o ponto de vista jurídico, sem necessariamente serem conduzidos ao Judiciário. A judicialização da saúde “não nasce nem termina no judiciário”, logo, muitas das deficiências do sistema de saúde podem encontrar via de solução mais adequada em diálogos interinstitucionais estabelecidos por meios não formais, em que pese a participação das instituições do sistema de justiça.²⁵¹

Assim, apesar de haver uma concentração na busca pela mediação como forma de ‘desjudicialização’²⁵², os exemplos das experiências narradas e seu desenvolvimento demonstram que o legado que será deixado ao SUS é do comprometimento com uma gestão mais dialogada, com participação social (conforme preconizado na legislação de regência), com empoderamento do cidadão, enfim, será a criação, no âmbito do SUS, “de uma nova forma de solucionar litígios de saúde que não é nem totalmente administrativa nem totalmente judicial.”²⁵³

251 SANT'ANNA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 366.

252 SANTANA, Ana Cláudia Farranha; PERREIRA, Paulo Fernando Soares. As instituições do sistema de justiça brasileiras e os ciclos das políticas públicas: possibilidades na defesa das ações afirmativas e combate ao racismo institucional e cultural. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, 2018. p. 1542. Conferir “um dos caminhos mais adequados seria investir em medidas que desjudicializem os conflitos, buscando-se soluções que não necessitassem de judicialização, como já ocorre com as medidas extrajudiciais, o que evitaria um desnecessário e caro contencioso”.

253 RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 03, pp. 44-45, 2016.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dissertação é um convite à reflexão sobre o papel da judicialização na área da saúde e como esta pode impactar no sistema de saúde, pelo que parte do atual cenário em busca imaginativa e exploratória das possíveis contribuições que a judicialização pode trazer para concretização da promessa constitucional, aproximando o SUS real do SUS constitucional, na garantia do acesso oportuno do cidadão aos serviços de saúde.

Perpassando pelos pontos de estudo, sem pretender esgotar o tema, que é sobremaneira rico, apresentamos a conclusão desta dissertação esperando poder contribuir com a ampliação e revisão do debate que segue limitado à judicialização de medicamentos, pretendendo jogar luzes no tema caro a sociedade: a falta de efetividade das políticas públicas de saúde. O tema que afeta especialmente as camadas pobres da população encontrou na judicialização um espaço receptivo, razão pela qual exploramos o potencial transformador da judicialização na criação de uma agenda de exigibilidade de direitos.

Iniciamos o trabalho com a busca do enquadramento jurídico da saúde e, assim, constatou-se que a saúde sob o aspecto formal foi reconhecida como direito de todo ser humano por diversos diplomas internacionais e nacionais como direito fundamental, tendo ganhado destaque na Constituição Federal de 1988 que não só previu o direito como também o dever do Estado em prestá-lo, por meio de um sistema público e universal, avançando a Constituição na agenda da igualdade.

Não obstante, passados mais de 30 anos, o objetivo ainda não foi integralmente atingido e o descompasso entre a promessa constitucional, a adoção de políticas de austeridade fiscal, o conflito entre o sistema previsto no texto constitucional e o modelo adotado pela governabilidade torna-se cada vez mais evidente, apontando para um SUS subfinanciado e para o *aparthaide* entre a saúde pública e privada consubstanciado na injustiça de acesso, que compromete a agenda da igualdade prevista constitucionalmente, situação que necessita ganhar luzes tanto no âmbito das discussões acadêmicas, quanto na agenda dos Poderes Constituídos, eis aqui um fator comprometedor da democracia e da cidadania.

Somado a isso, o SUS apresenta inúmeras falhas de gestão e desafios organizacionais que demandam correção. Tais falhas, aliadas aos problemas de base do SUS (financiamento inadequado e injustiça de acesso) comprometem sua essência e se reflete nas filhas de espera

que duram anos, tornando-se barreiras de acesso, que afetam em particular a população mais pobre e vulnerável, que depende exclusivamente do SUS para ter seu direito garantido.

Nesse contexto, intensifica-se o que ficou conhecido como judicialização da saúde, como um movimento de reação às iniquidades e à desigualdade, cujo ator principal são as camadas populares. O movimento ascendente da judicialização gerou na doutrina e nos tribunais preocupação com a quantidade de processos e iniciou-se um movimento para a redução da judicialização, com trabalhos acadêmicos voltados essencialmente para a assistência farmacêutica e para aquilo que ocorre dentro do Judiciário.

O movimento, no entanto, parte de um paradigma equivocado, quando volta seus olhares ao Judiciário desconsiderando o SUS, estando aqui talvez a grande contribuição desta pesquisa, a análise da intersecção entre os sistemas de justiça e de saúde, partindo deste último e buscando as contribuições que aquele pode oferecer. Assim, a dissertação parte dos problemas do sistema de saúde e explora o potencial transformador do sistema de justiça.

Observam-se dois contextos que carecem de correção, sendo o primeiro nas bases do SUS, o financiamento inadequado e injustiça de acesso e o segundo desafio é a criação de uma agenda de eficiência. Nesse diapasão, o SUS carece de instrumentos efetivos de revisão administrativa, já que boa parte daquilo que é judicializado está previsto nas normas para ser ofertado pelo sistema, que propõe-se a reorientação do debate, para indagarmos qual a judicialização cabível e como esta pode servir de instrumento de acesso.

Faz-se recorte nas filas de espera para trazer à tona que a proteção dos direitos fundamentais não pode ser mera letra no papel, tornando a Constituição promessa inconsequente já que estão em jogo a cidadania e a democracia. É nesse cenário entre o SUS real e o SUS ideal que a doutrina sustenta de um lado que o mínimo existencial deve ser garantido como corolário da dignidade humana e de outro que os recursos e que a garantia dos direitos sociais esbarram na reserva do possível, que enxergamos a necessidade de superar a dualidade apontada e redesenhar a discussão, trazendo ao cenário do debate o apontamento sobre os direitos previstos e os recursos alocados, de forma que direitos não passem de meras promessas.

No bojo do desenrolar dos conflitos apontamos, urge a necessidade do aprimoramento de uma agenda institucional de exigibilidade de direitos com a qual o sistema de justiça pode colaborar e vem colaborando gerando efeitos simbólicos para além dos processos, na busca de maior efetividade no acesso aos serviços de saúde e provocando a atuação do Executivo e do

Legislativo. Apresentamos ainda alguns arranjos institucionais que vêm permitindo por meio da interseção dos sistemas de saúde e de justiça o aprimoramento do diálogo e a concretização de direitos, permitindo-nos concluir que a judicialização é uma engrenagem, uma oportunidade, apesar de ainda não ter sido totalmente reconhecida e explorada sob este aspecto.

Finalizamos, esta dissertação com a esperança que o SUS possa um dia ser verdadeiramente uma política democratizante e universal e que a agenda da igualdade norteie o direito a saúde apostando no potencial transformador que embala o direito e as instituições jurídicas para a não conformação com o estado das coisas, quando este é injusto ou desigual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, M. A. Conversações para a ação: um desafio a superar para o fortalecimento do SUS. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Toledo. (org.). **Coletânea Direito à Saúde**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2018. p. 12-21. v. 3.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 473 f. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, [S. l.], v. 01, n. 02, p. 211-229, jul./dez., 2015, p. 213. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ARRETCHE, Marta. Financiamento federal e gestão local de políticas sociais: o difícil equilíbrio entre regulação, responsabilidade e autonomia. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 02, p. 331-345, 2003.

ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil. A inclusão dos outsiders. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 33, n. 96, p. 1-23, 2018.

ASENSI, F., PINHEIRO, R. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). **Revista De Direito Sanitário**, v. 17, n. 02, p. 48-65, 2016.

BAHIA, Ligia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 05, p. 1385-1397, out., 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 08, n. 01, p. 59-85, jun., 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 maio 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso 18 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BECKER, Daniela; GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Disponíveis novos formulários para demandas de judicialização da saúde.** Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/9533-novos-formularios-para-demandas-de-judicializacao-de-saude-estao-disponiveis-no-portal-do-tjgo>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BIEHL, J. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova**, v. 98, p. 77-105, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 8. ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2006.

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

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução nº 259 de 17 de junho de 2011, que dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde.** [2011]. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/1251-periodo-de-utilizacao-do-plano-e-prazos-maximos-de-atendimento#garantia> . Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Seguridade Social e Família. **Projeto de Lei nº 10.106, de 2018.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a obrigatoriedade de publicação na internet de listas de pacientes que serão submetidos a procedimentos cirúrgicos eletivos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), para caracterizar o descumprimento dessa disposição como ato de improbidade administrativa. 1990b. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?Codteor=1851589&filename=Parecer-CSS F-26-12-2019. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **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. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto pode evitar fura fila de espera no sus**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/05/projeto-pode-evitar-fura-filas-de-exames-no-sus> . Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Reguffe faz balanço dos trabalhos do primeiro semestre de 2019**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2019/07/09/reguffe-faz-balanco-dos-trabalhos-do-primeiro-semester-de-2019> . Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A saúde na opinião dos brasileiros: um estudo prospectivo: parte I**. Brasília, [s. n.], 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Financiamento público de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. 124 p. (Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 01, v. 01). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf . Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm . Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5658 Distrito Federal**. Relatora Ministra Rosa Weber. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidentete=5132872> . Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 – Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2004. Disponível em : http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf . Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595 Distrito Federal**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 2017a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf> . Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 009.253/2015-7**. Relator Ministro Bruno Dantas. 2017b. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-dasaude.htm> . Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão 1266/2007 – Plenário. AC-1266-27/07-P. Proc.: 003.094/2007-8. **Relatório de Auditoria de Conformidade** - Fiscalis nº 1005/2006. Órgão/Entidade: Secretaria Estadual de Saúde de Tocantins (SES/TO); e Fundo Estadual de Saúde (FES/MS). Ministro Relator, Valmir Campelo. SECEX-4 - 4ª Secretaria de Controle Externo SECEX-TO - Secretaria de Controle Externo – TO. Apensos: TC 028.686/2006-0; TC 021.448/2006-7; TC 012.960/2007-8.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* (org.). **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198> . Acesso em: 10 out. 2019.

CASAL, Marcello Jr. Especialistas explicam por que é preciso revogar teto de gastos que retirou verbas do SUS. **Rede Brasil Atual**, 16 mar., 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2020/03/emenda-95-sus-teto-de-gastos-coronavirus/> . Acesso em 10 Mar 2019.

CALVO, M. C. M. **Hospitais públicos e privados no Sistema Único de Saúde do Brasil: o mito da eficiência privada no estado de Mato Grosso em 1998**. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

CESCONETTO, A., Lapa, J. S.; Calvo, M. C. M. (2008). Avaliação da eficiência produtiva de hospitais do SUS de Santa Catarina, Brasil. **Cadernos de Saúde pública**, v. 24, n. 10, p. 2407-2417, (2008).

CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. **Columbia Human Rights Law Review**. v. 38, n. 02, 2007.

CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. *In*: GREEN, Duncan. **Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo**. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009.

COLLUCCI, Claudia. Doentes graves ganham na Justiça, mas remédios caros travam no SUS. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 jul., 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901633-doentes-graves-ganham-na-justica-mas-remedios-caros-travam-no-sus.shtml> . Acesso em: 18 jan. 2020.

COLLUCI, Cláudia. Saúde privada acumula fraudes de R\$20 bi e falta de controle, aponta estudo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 jan., 2019. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/saude-privada-acumula-fraudes-de-r-20-bi-e-falta-de-controle-aponta-estudo.shtml> Acesso em: 03 mar. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Protocolo adicional à convenção americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. [199-?]. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm . Acesso em: 20 maio 2020.

CONILL, Eleonor Minho; GIOVANELLA, Lígia; ALMEIDA, Patty Fidelis de. Listas de espera em sistemas públicos: da expansão da oferta para um acesso oportuno? Considerações a partir do Sistema Nacional de Saúde espanhol. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 06, p. 2783-2794, jun., 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600017&lng=en&nrm=iso . Acesso em: 12 mar. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Crise no SUS: Brasil tem mais de 900 mil cirurgias eletivas represadas**, 01 dez., 2017. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27314:crise-no-sus-brasil-tem-mais-de-900-mil-cirurgias-eletivas-represadas&catid=3. Acesso em: 20 fev. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Crise no SUS: Pacientes aguardam mais de 10 anos na fila de espera**. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=27317:crise-no-sus-pacientes-aguardam-mais-de-10-anos-na-fila-de-espera&catid=3>. Acesso em: 29 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em 10 anos**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/#:~:text=A%20pesquisa%20identificou%20que%2015%20tribunais%20de%20justi%C3%A7a%20esta%20duais>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. 2019. p. 22-23. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-insper-cnj.pdf> . Acesso em: 20 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 238 de 06 de setembro de 2016**. 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. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339> . Acesso em: 10 jun. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. Demora incabível: DPU vai à Justiça pedir solução para colapso no tratamento de câncer no Rio. **Revista Consultor Jurídico**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/dpu-justica-colapso-tratamento-cancer-rio> . Acesso em: 15 mar. 2019.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 09-46, jan./fev.; 2013.

COSTA, N. do R. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação**: saúde e saneamento na agenda social. São Paulo: Hucitec, 1998.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar., 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243. Acesso em: 15 fev. 2020.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. *In*: COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A política pública como campo multidisciplinar**. [S. l.: s. n.], 2013.

CREPALDI, Thiago; MORAES, Cláudia. Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor. **Revista Consultor Jurídico**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor#:~:text=De%20acordo%20com%20an%C3%A1lise%20do,os%20pre%C3%A7os%20de%20medicamentos%20n.> Acesso em: 10 set. 2019.

DALLARI, Sueli G. O direito à saúde. **Rev. Saúde pública**, S. Paulo, 1988.

DEFENSORIA pede que Governo do Paraná e União informem lista de espera de cirurgias, consultas e exames a pacientes do SUS, **RPC Curitiba e G1**, 13 fev., 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/02/13/defensoria-pede-que-governo-do-parana-e-uniao-informem-lista-de-espera-de-cirurgias-consultas-e-exames-a-pacientes-do-sus.ghtml>. Acesso em: 11 mar. 2020.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun., 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 fev. 2020.

DELDUQUE, Maria Célia; DALLARI, Sueli Gandolfi; ALVES, Sandra Mara Campos. Decreto que institui a Política Nacional de Participação Social: impactos na saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 9, p. 1812-1814, set.; 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014000901812&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 nov. 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, M. S. C. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, A. B. *et al.* (org.) **O Direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DUARTE, Alessandra; BENEVIDES, Carolina. SUS tem mais de 20 sistemas que não se comunicam; falta monitoração de leitos e remédios. **Extra**, 29 ago., 2011. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/sus-tem-mais-de-20-sistemas-que-nao-se-comunicam-falta-monitoracao-de-leitos-remedios-2542700.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.

DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 02, p. 113-118, 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000200012>. Acesso em: 14 maio 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **REI: Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 04, n. 01, p. 211-246, ago., 2018. p. 215. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 02 mar. 2020.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações com demandas de saúde. **Agência CNJ Notícias**, 22 abr., 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, Austin, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em debate**, v. 36, n. 93, p. 159-162, 2012.

FREITAS FILHO, Roberto; SANT´ANA, Ramiro Nóbrega. Direito fundamental à saúde no SUS e demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 67, p. 70-102, 2016.

FREITAS FILHO, Roberto. Políticas públicas e acesso à creche no Distrito Federal: atuação do Poder Judiciário. **Direito Público**, [S. l.], v. 15, n. 86, abr., 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3309>. Acesso em: 14 out. 2019.

FREITAS FILHO, Roberto; SANTANA, Hector Valverde. Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, p. 75-100, 2018.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcellos Costa; NORONHA, José Carvalho. **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2012.

GOIÂNIA. Prefeitura de Goiânia. Secretaria Municipal de Saúde. **Fila do chequinho vai chegar ao fim com novo sistema de regulação**. 2017. Disponível em: <http://www4.goiania.go.gov.br/portal/pagina/?pagina=noticias&s=1&tt=not&cd=13846&fn=true>. Acesso em: 15 jul. 2020.

GOMES, F. F. C. **A Judicialização da saúde em Minas Gerais**: uma avaliação dos processos judiciais relacionados aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período 1999-2009. 2013. 103 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9C4GUV/1/saudepublica_fernandafreitascastrogomes_dissertacaomestrado.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

GONZÁLEZ, Quirós J. L.; PUERTA, J. L. Tecnología, demanda social y "medicina del deseo" [Technology, social requirement, and "wish-fulfilling medicine"]. **Med Clin**, Barcelona, v. 133, n. 17, p. 671-675, 2009.

HENRIQUES, Fátima Vieira. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial**: limites e possibilidades. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública**: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier.

JUSTI, Adriana; RIBEIRO, Diego; KISCHE, Wilson. **MP-PR diz que 800 pessoas pagaram por procedimentos médicos que deveriam ter sido feitos pelo SUS no Paraná**. 2019.

Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/05/21/mp-pr-diz-que-800-pessoas-pagaram-por-procedimentos-medicos-que-deveriam-ter-sido-feitos-pelo-sus-no-parana>. Acesso em: 21 maio 2019. 2013.

KREINDLER SA. Policy strategies to reduce waits for elective care: a synthesis of international evidence. **Br Med Bull**, v. 95, p. 07-32, 2010.

LA FORGIA, G. M.; COUTTOLENC, B. F. **Desempenho hospitalar no Brasil**: em busca da excelência. São Paulo: Singular, 2009.

LEAL, R. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista De Direito Sanitário**, v. 09, n. 01, p. 50-69, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i1p50-69>. Acesso em: 12 jul. 2019.

LEAL, Saul Tourinho. A experiência brasileira e sul africana contra a AIDS. **Revista Consultor Jurídico**, : 16 jun., 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul-africana-aids2?pagina=3>. Acesso em: 15 maio 2019.

LEIJOTO, Márcio. Crítica da presidente do Conselho Municipal de Saúde teria sido motivo de exclusão do COE de Goiânia. **O Popular**, 13 jul., 2020. Disponível em: <https://www.opopular.com.br/noticias/cidades/conselho-municipal-de-sa%C3%BAde-%C3%A9-exclu%C3%ADdo-do-coe-de-goi%C3%A2nia-1.2084818>. Acesso em: 14 jul. 2020.

LIMA JUNIOR, A. H .S.; ROCHA, R. S. O Judiciário e a Questão da Saúde: a Busca de uma Judicialização Qualificada e de Soluções Negociadas - um Projeto do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo. (org.). **Coletânea Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2018, v. 3, p. 48-55.

LOPES, José Reinaldo de Lima. 2006. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia. *In*: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Judiciário, Democracia e Políticas Públicas**. *In*: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática: São Paulo: Método, 2006.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 04, n. 01, p. 259-281, jan./abr., 2017.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista De Direito Sanitário**, v. 09, n. 02, 2008.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov., 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, Pedro Silva. **Entre princípios e políticas (policies)**: breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin. [2019?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ff385c6e75c56b7>. Acesso em: 02 out. 2020.

MORETTI, Bruno. Efeitos da EC 95: uma perda bilionária para o SUS em 2019. **Brasil Debate**, 24 set., 2018. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/efeitos-da-ec-95-uma-perda-bilionaria-para-o-sus-em-2019>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MOUTINHO, D.; DALLARI, S. Financiamento do direito à saúde e novo regime fiscal: a inconstitucionalidade do Artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Revista de Direito Sanitário**, v. 19, n. 3, p. 68-90, 30 maio, 2019.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. SUS, o desafio de ser único. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 abr, 2014. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sistemas-de-saude/sus-o-desafio-de-ser-unico/1755/>. Acesso em: 20 maio 2020.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; GAMA, Filipe Nogueira da. **Radiografia do gasto tributário em saúde: 2003-2013**. Brasília: IPEA, 2016.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. **Esc. Anna Nery**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 02, 2019. p. 531. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452019000200229&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2020.

OLIVEIRA, V. E.; SILVA, M. P.; MARCHETTI, V. Judiciário e Políticas Públicas: A judicialização da educação infantil em São Paulo. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 1-19, 2018.

OLIVERIA, M. R. M.; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, M. F.; MENDONCA, A. V. M. Judicialização da Saúde: por onde caminham as produções científicas? **Saúde em Debate**, v. 39, p. 525-535, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00525.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio**. [2019?]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/tema/odm/>. Acesso em: 11 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [1948]. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DU_DH.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Plataforma Agenda 2030: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. [2019?]. Disponível em <http://www.agenda2030.org.br/ods/3/>. Acesso em: 13 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 18 maio 2019.

PACIENTES reclamam que ficaram sem chequinho mesmo após espera, em Goiânia. **Globo.com**, 03 jul., 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/goias/videos/t/ja-2-edicao/v/pacientes-reclamam-que-ficaram-sem-chequinho-mesmo-apos-espera-em-goiania/5982962/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

PAIM, Jairnilson Silva; TEIXEIRA, Carmen Fontes. Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, supl. p. 1819-1829, Nov. 2007. p. 912. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1413-81232007000700005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jul. 2020.

PAIM, Jairnilson *et al.* **Saúde no Brasil 1: O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. [2019?]. p. 20. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/925_brazil1.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

PAIM, Jairnilson Silva. A Constituição Cidadã e os 25 anos do Sistema Único de Saúde (SUS). **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n.10, p.1927-1936, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013001000003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 14 mar. 2020.

PAIVA, R. A.; RANDOW, R.; DINIZ, L. P.; GUERRA, V. A. O papel do gestor de serviços de saúde: revisão de literatura. **Rev. Med. Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 28, 2018. Suplemento 05.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Acordo de Cooperação Técnica**. 2017. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Comite-Executivo-de-Saude/859-Convenio.xhtml>. Acesso em: 02 abr. 2020.

PELLICIONI, Lucas. **Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul garante que legislação sobre o tempo de espera de tratamento ao câncer seja cumprida**. 25 jul., 2019. Disponível em: <https://www.defensoria.ms.def.br/imprensa/noticias/1172-defensoria-publica-de-mato-grosso-do-sul-garante-que-legislacao-sobre-o-tempo-de-espera-de-tratamento-ao-cancer-seja-cumprida>. Acesso em: 08 mar. 2020.

PEÑA, C. R. A model of evaluation of the efficiency of the public sector through the method data envelopment analysis (DEA). **Revista de Administração Contemporânea**, v. 12, n.01, 2008.

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

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2405-2414, ago., 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext &pid=S1413-81232010000500015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 13 abr. 2020.

PEREIRA. Direito Sociais e Políticas Públicas: algumas Aproximações. *In*: BOSCHETTI, Ivanete *et al.* (org.). **Política social no capitalismo**: tendências contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2009.

PIOVESAN, Flavia; FREITAS, Daniel Castanha de. O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 01, n. 54, p. 205-225, jan., 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11843/7331>. Acesso em: 02 fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Poder judiciário e os direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 99-112, maio, 2014. ISSN 2316-9036. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87817/90739>. Acesso em: 15 jul. 2019.

REINHOLZ, Fabiana. Emenda 95, o enfraquecimento do pacto social: por trás da aprovação da lei de teto dos gastos, um programa de privatização, concentração de renda e exclusão social. **Brasil de Fato**, Porto Alegre, 03 out., 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/10/03/emenda-95-o-enfraquecimento-do-pacto-social>. Acesso em: 29 set. 2019.

RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 03, pp. 44-45, 2016.

ROLIM, Leonardo Barbosa; CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, mar., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0103-11042013000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ROMÃO, A. L. O financiamento da saúde frente ao novo regime fiscal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 01, p. 86-106, 18 nov., 2019. p. 88.

ROUQUAYROL, M. Z.; ALMEIDA FILHO, N. **Epidemiologia & saúde**. 6. ed. Rio de Janeiro: MEDSI, 2003.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e Saúde**: enfoques interdisciplinares. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, v. 01, p. 197-212.

SANT'ANNA, Ramiro Nobrega. **Saúde, Desigualdade e Judicialização**: vamos ou não vamos dar instrumentos para a insurgência dos excluídos? 2. ed. Brasília: CONASS, 2018. v. 3. p. 10.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. **Transparência nas listas de espera do SUS**. [2020]. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/programas/transparencia-nas-listas-de-espera-do-sus>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Análise econométrica da eficiência dos hospitais estaduais de Santa Catarina**: um comparativo entre os modelos de gestão. Florianópolis: s. n., 2018.

SANTANA, Ana Cláudia Farranha. As instituições do sistema de justiça brasileiras e os ciclos das políticas públicas: possibilidades na defesa das ações afirmativas e combate ao racismo institucional e cultural. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, 2018.

SANTANA, Ana Cláudia Farranha; PERREIRA, Paulo Fernando Soares. As instituições do sistema de justiça brasileiras e os ciclos das políticas públicas: possibilidades na defesa das ações afirmativas e combate ao racismo institucional e cultural. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, 2018.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A relevante atuação da defensoria pública no desenvolvimento do SUS**. *In*: René Santos. (org.). Coleção para Entender a Gestão do SUS - Direito à Saúde. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2015, v. 01.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e Saúde**: enfoques interdisciplinares. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 197-212.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização e Promoção da Justiça no Acesso à Saúde: estudo do perfil das demandas dos cidadãos atendidos na Defensoria Pública. *In*: GEBRAN NETO, J. P. *et al.* (coord.). **Direito da Saúde em Perspectiva**: Judicialização, Gestão e Acesso. Vitória: Ed. ABRAGES, 2017. p. 53-71.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. O Relevante Papel da Defensoria Pública na garantia do Direito à Saúde e na Construção do SUS. *In*: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL. (org.). **Série Defensoria Pública**. 2. ed. Brasília: VESTCON, 2013. p. 279-290.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **Saúde, Desigualdade e Judicialização: vamos ou não vamos dar instrumentos para a insurgência dos excluídos?** 2. ed. Brasília: CONASS, 2018.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em

Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SANTOS, M.; SOLBALL, J. H.; GARRAFA, V. The rise of reimbursement-based medicine: the case of bone metastasis radiation treatment. **J Med Ethics**, v. 44, n. 03, p. 171-173, 2018. p. 03.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Revista Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 02, p. 459-488, jul./dez., 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 15, set./out./Nov., 2008.

SARMENTO JUNIOR, Krishnamurti Matos de Araujo; TOMITA, Shiro; KOS, Arthur Octavio de Avila. O problema da fila de espera para cirurgias otorrinolaringológicas em serviços públicos. **Rev. Bras. Otorrinolaringol**, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 256-262, jun., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72992005000300001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 07 jun. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde pública vem sendo atacado pelo direito financeiro. **Revista Consultor Jurídico**, 18. abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/contas-vista-direito-saude-publica-ven-endo-atacado-direito-financeiro>. Acesso em: 15 jun. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. **STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica>. Acesso 24 jun. 2020.

SHULZE, Clênio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**, Brasília, 24 out., 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jairschulze/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

SCHULZE, Clenio Jair; LIMA JR. Arnaldo Hossepian Salles. **Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude-2018#_ftn1 Acesso em: 11 jan. 2020.

SILVA, B. N.; COSTA, M. A. S.; ABBAS, K.; GALDAMEZ, E. V. C. Eficiência Hospitalar das Regiões Brasileiras: um estudo por meio da análise envoltória de dados. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**. v. 06, n. 01, 2017.

SILVA, B. N.; COSTA, M. A. S.; ABBAS, K.; GALDAMEZ, E. V. C. Eficiência Hospitalar das Regiões Brasileiras: um estudo por meio da análise envoltória de dados. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**. v. 06, n. 01, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coord.) **Direito Sociais: fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006.

SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de *et al* . Os desafios atuais da luta pelo direito universal à saúde no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 2783-2792, ago., 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000802783&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 dez. 2019.

SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de *et al*. Os desafios atuais da luta pelo direito universal à saúde no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 08, p. 2783-2792, ago., 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000802783&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 dez. 2019.

SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. O SUS necessário e o SUS possível: estratégia de gestão. Uma reflexão a partir de uma experiência concreta. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 03, p. 911-918, jun., 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300_027&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2020.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDBI. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz. (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

UNGER, Roberto Mangabeira. Saúde: questão de consciência. **Folha de São Paulo**, Tendências e debates, São Paulo, 24 jan., 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2401201009.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

VENTURA, Miriam *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 01, p. 77-100, 2010. p. 83. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 fev. 2020.

VENTURA, Miriam *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 01, p. 77-100, 2010. p. 79. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 jan. 2020.

VENTURA, Miriam. “**Proposta de um plano de trabalho para as Assessorias Jurídicas das ONGs/Aids**: relatório Consultoria Projeto 914BRA59 – CNDST/AIDS. [S. l.: s. n.], 2000.

VIANNA, Luiz Werneck. *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan: 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES**, Rio de Janeiro, p. 03-05. jul./ago., 2008. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522. Acesso em: 01 fev. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777-843, dez., 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000400003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 jul. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo soc.**, São Paulo , v. 19, n. 2, p. 39-85, nov., 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso 15 fev. 2020.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira. **A Americanização (perversa) da seguridade Social no Brasil:** estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revan: UCAM: IUPERJ, 1998.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n .3, Brasília: UNB, 2016.

WANG, D. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 05, p. 1191-1206, 2014.

XIMENES, Julia Maurmann. Judicialização do benefício de prestação continuada e efeitos simbólicos na cidadania. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas** , v. 21, p. 600-625, 2016.

XIMENES, Júlia Maurmann. (Org.). **Judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia.** Brasília: IDP, 2014.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 29, p. 155-188, ago., 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-3352201900200155&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 dez. 2019