

Alternativas para o sistema de justiça promover e proteger bens sanitários de forma igualitária no SUS¹

Alternatives for the Justice System to promote and protect health goods equally in the SUS

Iara Maria Pinheiro de Albuquerque²

RESUMO

O presente artigo aponta que o crônico subfinanciamento do SUS desde a sua criação é a principal causa de sua desestruturação atual, na medida em que impediu a consolidação paulatina do projeto de saúde pública universal idealizado pelo movimento de Reforma Sanitária Brasileira. Da mesma forma, é igualmente principal causa indutora da judicialização da saúde e este fenômeno tem causado dificuldades nas políticas do SUS. Assim o é, em razão dos tribunais estarem trilhando o caminho da maximização da tutela judicial individual em detrimento da tutela coletiva, bem como por desconsiderarem as normas legais regentes das políticas públicas sanitárias. Diante disso, as sentenças judiciais criam privilégios no acesso ao SUS, produzindo profundas desigualdades entre usuários e abalando as finanças do sistema de saúde pública. Dessa forma, ousamos sugerir uma mudança de rota na judicialização da saúde, onde a função judicante priorizará a tramitação de ações coletivas sanitárias em Varas especializadas em matéria de saúde pública, modelo que assegurará amplo espaço de atuação dialética para protagonismo de diversos atores institucionais no processo judicial, especialmente os secretários de saúde, de modo que o Poder Judiciário terá o condão de ajustar sua atuação institucional em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, passando a prolatar decisões judiciais redutoras das extremas desigualdades sociais brasileiras, à medida que for conferindo efetividade às políticas públicas sanitárias do SUS.

Palavras-chave: Efetividade do Direito à Saúde; Subfinanciamento do SUS; Desigualdades Sociais; Judicialização da Saúde; Micro-justiça e Macro-justiça; Controle Judicial de Políticas Públicas; Ações Judiciais Coletivas; Justiça Social; Conciliação e Mediação Judicial; Processo Estrutural.

A GRANDE AMEAÇA AO SUS: O SEU SUBFINANCIAMENTO

A Constituição Federal de 1988 elencou o direito à saúde como direito fundamental social, de caráter universal e igualitário, além de ter constitucionalizado a política pública de saúde, desenhada como uma rede de serviços públicos e privados de relevância pública, com primazia das ações preventivas e de promoção e proteção da saúde, sem descuidar da garantia do acesso aos serviços assistenciais de atenção integral à saúde, tornando o SUS um dos sistemas públicos de saúde mais inclusivos do mundo.

Entretanto, nada obstante a importância estratégica do SUS para o desenvolvimento da sociedade brasileira, desde sua criação o mesmo vem sendo subfinanciado e essa grave insuficiência de recursos financeiros para sua operacionalização traduz-se no maior obstáculo à universalização com qualidade das políticas públicas sanitárias.

Com efeito, no Brasil o percentual do PIB aplicado em saúde alcança 8,9%⁽¹⁾ todavia, apenas 3,8% equivale ao gasto público, que é suportado em conjunto pela União, Estados e Municípios. Assim, esse único dado

1 Esse artigo foi originalmente publicado no livro "Judicialização da Saúde nos Municípios", organizado por Daniel Wei Liang Wang e Fernanda Vargas Terraza e publicado pelo CONASEMS em julho de 2022.

2 Bacharel em Direito pela UFRN; membro do Ministério Público do Estado do RN; promotora de justiça de defesa da saúde pública desde 2004 e membro da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde - AMPASA.



por si só já informa uma distorção grave no âmbito da política pública sanitária no Brasil, haja vista o SUS ser muito maior e mais abrangente do que o sistema de saúde privado em nosso país.

Comparando-se países que possuem sistemas públicos universais⁽¹⁾, o Brasil é o único com mais de 100 milhões de habitantes e ainda assim é o que possui um dos menores gastos públicos em saúde, correspondente a 42,8% do gasto total em saúde; enquanto que na Espanha o percentual do gasto público em saúde alcança 71,0% do gasto total; na França esse percentual chega a 78,9% e na Itália é de 74,9%.

O Brasil também ocupa baixas colocações no ranking entre países latino-americanos quando compara-se o gasto per capita público anual em saúde⁽¹⁾ já que aplicamos tão somente US\$ 594,90, enquanto que a Argentina emprega US\$ 992,60, a Costa Rica assegura US\$ 977,30 e, por sua vez, o Uruguai aplica US\$ 1.220,20.

Nesse cenário de baixo gasto público em saúde, é crucial registrar que a União – ente que recolhe majoritariamente as principais fontes de receitas para o financiamento do SUS⁽²⁾ – vem paulatinamente diminuindo sua participação contributiva, favorecendo decisivamente para o subfinanciamento crônico do sistema de saúde e levando estados e municípios a aumentarem suas participações.

Dessa maneira, entre os anos de 2000 a 2014 o aporte financeiro da União no gasto público em saúde caiu de uma participação no patamar de 58,6% para 42,4%; enquanto que estados e municípios juntos aumentaram suas participações, quando saíram de um patamar de aplicação de 41,4% e atingiram 57,4%⁽¹⁾.

Com a publicação da EC 29/00 surgiram os percentuais derivados de base de cálculo de impostos, de aplicação obrigatória para os três entes federativos: Municípios 15%; Estados 12% e para a União o valor empenhado no ano anterior acrescido da variação anual do PIB. À vista disso, inaugurou-se um período de estabilidade do gasto público em saúde.

Ainda assim, com a ausência da regulamentação legal complementar da EC 29/00 em tempo oportuno, que somente veio a lume 12 anos depois, através da edição da Lei Federal nº 141/2012, foram lançados na incerteza jurídica aspectos importantes previstos na norma constitucional, como a definição do raio de abrangência do conceito de ações e serviços de saúde,

e, por consequência, perdeu-se qualidade e racionalidade no gasto em saúde.

A edição dessa lei federal ainda representou o fracasso do movimento popular saúde + 10, resultante de interessante atuação da sociedade brasileira, com manifestações nas ruas exigindo melhores serviços de saúde no ano de 2013. Contudo, as articulações do Ministério da Economia junto à Casa Legislativa Federal viabilizaram a edição da EC 86/2015, que alterou a vinculação das receitas da União em saúde para percentual de 10% da Receita Corrente Líquida, resultando em menos recursos para o SUS⁽³⁾.

Na sequência, de forma abrupta e drástica, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016, também conhecida como emenda do congelamento dos gastos públicos, instituindo um Novo Regime Fiscal. De acordo com esse novo regime, foi fixado um limite de gastos no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com vigência pelos próximos 20 (vinte) anos.

Desse modo, no setor sanitário, a partir do exercício financeiro de 2018, a União passou a utilizar como limite o orçamento disponível para os gastos com saúde em 2017, acrescido, tão somente, da inflação daquele ano. Na prática o valor da aplicação mínima de recursos em ações e serviços de saúde está estagnado desde 2017, a despeito do crescimento e o envelhecimento natural da população brasileira e o consequente aumento dos agravos e doenças crônicas.

Inquestionavelmente cuida-se de uma medida que representa as pregações da corrente defensora da austeridade fiscal, próprias do neoliberalismo. Em nosso entendimento, a EC 95/2016 está em visível colisão com os objetivos fundamentais da República do Brasil, plasmados no artigo 3º da CF, já que o resultado desse meteórico arrocho fiscal nas políticas públicas da área social será catastrófico para as classes sociais mais vulneráveis, como evidenciam as enormes perdas de recursos financeiros para o SUS.

Desta feita, conclui-se facilmente que o custeio das políticas públicas sanitárias está incompatível com a proteção constitucional do direito à saúde, que foi encartado no rol de direitos fundamentais sociais (artigo 6º, CF) e recebeu a distinção de serviços de relevância pública no texto magno (artigo 197, CF).

Dessarte, em que pese a ampliação do acesso, o desenvolvimento de programas exitosos e a gigantesca produção de serviços assistenciais, o subfinanciamento crônico do SUS faz com que a realidade do dia a dia de operacionalização das políticas sanitárias seja deficitária em várias frentes de ações e serviços públicos de saúde (ASPS), levando a uma intensa busca pelo acesso aos bens sanitários por meio do Poder Judiciário, resultando no fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

Porém, antes de desvendarmos as implicações para o SUS decorrentes da atuação do Poder Judiciário, impende-se explicar o papel do Poder Executivo na formulação e execução das políticas públicas sanitárias.

PAPEL DO PODER EXECUTIVO NO CAMPO DA SAÚDE

Artigo 196, da Constituição Federal

Pela dicção do artigo 196, caput, da CF,

[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁽⁴⁾.

A acepção de Estado no texto do referido dispositivo constitucional está aplicada em sentido amplo, abrangendo União, Estados e Municípios, na medida em que, pela dicção do artigo 23, II, da CF, os três entes públicos são responsáveis solidariamente por cuidar da saúde dos brasileiros. Este dispositivo é dirigido aos Poderes Legislativo e Executivo, poderes políticos responsáveis, no exercício de suas missões constitucionais, pelas atividades estatais legiferante e administrativa, respectivamente; esta última marcada pela formulação e execução das políticas públicas.

Pela simples leitura da norma constitucional se infere que o direito à saúde não é alcançado apenas por meio de políticas públicas sanitárias, necessita igualmente de programas econômicos e sociais a serem desenvolvidos pelos poderes políticos para minimizar o risco de doença e de outros agravos, garantidos através de investimentos públicos que enfrentem os condicionantes

e determinantes em saúde, como a pobreza, moradia, saneamento básico, meio ambiente e outros⁽⁵⁾.

As políticas públicas são programas estatais que instrumentalizam as prestações materiais necessárias ao gozo e usufruto dos direitos sociais; o que reforça a centralidade da função executiva na promoção de referidos direitos, especialmente em sua dimensão coletiva, quando são ofertados universalmente através da estruturação de serviços públicos, que, por sua vez, dependem de expressivos recursos financeiros.

Os investimentos públicos para implementação de políticas públicas são assegurados por meio das ferramentas do planejamento estatal: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual que espelham as escolhas alocativas de recursos feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, considerando que seus agentes são eleitos pelo voto direto, estando democraticamente legitimados a fazerem as escolhas trágicas em cenários de escassez de recursos, “de modo que algumas pessoas serão atendidas e outras não, com base em critérios políticos⁽⁶⁾”.

Assim sendo, o SUS foi desenhado no texto constitucional como um conjunto de diversas políticas públicas sanitárias, voltadas para ações preventivas e assistenciais à saúde, delineadas para atenderem as necessidades de saúde de uma população gigantesca, com condições socioeconômicas muito distintas, dependendo, portanto, de um orçamento à altura do gigantismo do sistema público de saúde e de uma qualificada execução do planejamento estatal, por meio do fiel cumprimento das leis orçamentárias.

Dessa forma, a organização normativa infraconstitucional do SUS é composta por um conjunto amplo e diversificado de normas legais de variadas hierarquias.

As Normas Infraconstitucionais que Regulamentam o SUS

A legislação complementar ao texto constitucional é formada por duas leis federais: Lei 8080/90 e a Lei 8142/90. A primeira trata (a) da organização, da direção e da gestão do SUS; (b) das competências e atribuições das três esferas de governo; (c) do funcionamento e da participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) da política de recursos humanos; (e) dos recursos financeiros, da gestão financeira,

do planejamento e do orçamento; a segunda dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde.

No ano de 2011 foram editados dois atos normativos de suma importância para a organização legal do SUS: trata-se da Lei 12.401 e do Decreto Federal nº 7508 que, respectivamente, alterou a Lei nº 8.080, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e, com muito atraso, o segundo regulamentou a Lei nº 8.080, para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

As diretrizes legais previstas nas leis orgânicas da saúde foram sendo concretizadas por inúmeras portarias editadas pelo Ministério da Saúde no exercício de seu papel normatizador nacional das políticas públicas de saúde, constituindo-se em atos normativos infralegais que dão concretude ao disciplinamento constitucional e legal do SUS.

Com efeito, as portarias emanadas do Ministério Saúde são emitidas para atenderem ao interesse público sanitário, já que visam disciplinar a operacionalização de ações e serviços de saúde de acesso universal e igualitário. Além disso, são também normas possuidoras de indistinto traçado democrático, haja vista serem previamente aprovadas pelos Conselhos de Saúde, organismos de participação popular inseridos nas três instâncias do SUS, que atuam de forma integrada com os gestores sanitários.

Assim, toda essa ampla legislação constitucional, legal e infralegal confere organicidade sistêmica ao SUS. Tal conformação jurídico-legal deve ser de observância cogente por parte do Poder Judiciário no exercício de sua função judicante quando da apreciação de ações que buscam acesso aos bens sanitários públicos.

Nada obstante isso, a judicialização da saúde vem demonstrando que os tribunais julgam as ações sanitárias contra o poder público quase que exclusivamente embasando-se nas normas constitucionais, especialmente com amparo no artigo 196 da CF que, como vimos, se volta para garantir a implementação de políticas públicas sociais e econômicas e não para assegurar diretamente direitos individuais sociais, levando a uma judicialização disfuncional do direito à saúde.

PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CAMPO DA SAÚDE

O direito fundamental de ação encontra guarido no texto constitucional por meio do disposto no art. 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁽⁷⁾.

Mediante esta norma plasmou-se no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual o Poder Judiciário deve analisar toda e qualquer ameaça ou lesão a direito trazido à sua apreciação, inclusive, aquelas decorrentes do cometimento de excessos ou omissões na execução das funções estatais a cargo dos dois poderes políticos, Legislativo e Executivo.

Com efeito, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição, na medida em que o Estado brasileiro se constitui em um Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, § único da Constituição Federal.

A intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas é decorrente dessa lógica jurídica constitucional, que autoriza o controle judicial dos poderes políticos, uma vez que “as políticas públicas são diretrizes de interesse público que informam programas de ação governamental segundo objetivos a serem alcançados e que, para esse fim, condicionam a conduta dos agentes estatais”⁽⁸⁾.

À vista disso, o surgimento, o desenvolvimento e a ampliação da judicialização da saúde encontra respaldo no princípio da inafastabilidade da jurisdição, que rege a atividade judicante. Mas a garantia de acesso ao Poder Judiciário vem sendo traduzida quase como sinônimo de deferimento do pedido do litigante individual, como demonstraremos a seguir, analisando mais detidamente o fenômeno da judicialização da saúde pública em nosso país.

MODELO VIGENTE DE JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE

Seu Surgimento

A proliferação da judicialização das demandas de saúde iniciou-se na segunda metade da década de 90, com o ajuizamento de demandas em busca de acesso a medicamentos, com ênfase aos medicamentos para tratamento da AIDS. Diversas demandas em vários



estados da federação com julgamento favorável aos pedidos pressionaram o Poder Executivo a implementar uma política pública sanitária à altura dos danos advindos com a epidemia da AIDS no Brasil, obtendo resultados muito interessantes para o fortalecimento da assistência aos portadores do vírus e àqueles que já tinham desenvolvido a doença, com a estruturação no âmbito do SUS de uma política de atenção específica.

A criação do Programa Nacional de IST Aids e Hepatites Virais remonta à publicação da Portaria GM/MS nº 236, de 2 de maio de 1986, que criou o Programa de Controle da SIDA ou AIDS, hoje, Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais, bem como à Lei Federal nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

O programa de vigilância, prevenção e controle do HIV/AIDS brasileiro foi premiado internacionalmente. “Se essa política não tivesse sido adotada, o Brasil teria 18 milhões de brasileiros infectados, ao invés dos 860 mil que existem atualmente”, como destacou Eugênio Vilaça Mendes⁽¹⁾. Todavia, este início alvissareiro de judicialização tornou-se um exemplo isolado.

Sua Ampliação

As demandas judiciais se disseminaram e se diversificaram enormemente quanto aos pedidos, de medicamentos básicos a leitos de UTI, de entrega de fraldas a tratamentos no exterior, pois o Poder Judiciário, órgão central do Sistema de Justiça, mantém-se primordialmente provendo os pleitos individuais com ênfase na prolação de liminares, tornando célere o acesso ao bem sanitário para aqueles que conseguem ingressar com uma demanda judicial. Ademais, as decisões são fundamentadas com primazia na norma constitucional do artigo 196 da CF, ignorando quase por completo as normas legais e infralegais regentes das políticas sanitárias do SUS e sem ofertar um espaço adequado para defesa dos entes públicos gestores da política pública de saúde.

A enxurrada de ações judiciais sanitárias é resultado do entendimento preferencial dos juízes de que a escassez de recursos financeiros e a não previsão do bem sanitário na política pública delineada pelo Poder Executivo não são razões suficientes para ensejar o

indeferimento do pedido individual. Essa compreensão trata o direito à saúde como direito que independe da análise de seu impacto nas finanças e na própria estruturação administrativa do SUS.

Os números são significativos. Segundo o estudo “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”⁽⁹⁾, elaborado pelo INSPER a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre os anos de 2009 a 2017, o número anual de ações relativas à saúde em primeira instância triplicou. Destaca que somente no ano de 2017 cerca de 95.700 (noventa e cinco e mil e setecentas) novas ações foram propostas com o escopo de obter acesso à saúde. Segundo o Instituto, nesse mesmo período (2009 a 2017), na segunda instância, as lides envolvendo saúde cresceram cerca de 85% e, apenas em 2017, foram 40.660 (quarenta mil, seiscentos e sessenta) mil novos processos.

O mesmo estudo apontou que

[...] em 2016, o gasto com demandas judiciais na saúde consumiu R\$ 1,3 bilhões do orçamento do Ministério da Saúde. A lista com os dez medicamentos mais caros é responsável por 90% desse valor. O dinheiro está saindo de outros programas da saúde e de outros segmentos do orçamento federal, embora haja pouca clareza e avaliação sobre os impactos mais gerais desse fenômeno⁽⁹⁾.

Críticas a Maximização da Tutela Sanitária Individual: Violações a Princípios Constitucionais

Sem embargo da importância de considerar que a principal causa da judicialização excessiva é a não concretização do direito universal à saúde, conforme previsão na Constituição Federal de 1988 e na Lei Federal nº 8080/90, em razão do subfinanciamento do SUS; como também reconhecermos que esse amplo acesso à justiça é uma importante ação afirmativa de cidadania em nosso país, impende-se apontar que as tutelas judiciais individuais criam privilégios dentro do SUS e põem em risco a continuidade da atividade administrativa sanitária.

Diversas distorções surgiram por dentro do SUS decorrentes dessa forma de entrega da atividade judicante, situadas fortemente na constatação de que





significativa parte das ações individuais propostas buscam e conseguem: ⁽¹⁾ prestação de serviços de alto custo fora dos protocolos do SUS; quando não tentam ⁽²⁾ acesso a tratamentos que sequer foram regulamentados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou mesmo ⁽³⁾ buscam tratamentos que, apesar de registrados, serão usados com finalidade diversa à recomendada pela agência reguladora (*off-label*).

Assim sendo, referidas decisões judiciais que alteram as listas oficiais de fármacos e de ações e serviços públicos de saúde, violam os princípios constitucionais da igualdade, da separação de poderes e do planejamento estatal.

Concretamente, as decisões judiciais em processos individuais que alteram as listas oficiais de bens sanitários do SUS atingem o princípio da igualdade, em razão da impossibilidade de estender os efeitos das sentenças prolatadas nos processos judiciais aos demais usuários que igualmente teriam direito àquela ação de saúde, uma vez que o bem sanitário não pode ser universalizado, como regra, em razão da insuficiência de recursos financeiros para tanto. Esse quadro cria privilégios de atendimento no âmbito do SUS, descaracterizando abusivamente sua finalidade assistencial igualitária, que não aceita critérios desproporcionais de diferenciação entre seus usuários.

Noutro giro, violam também o princípio da separação de poderes ao causarem uma invasão inconstitucional nas funções legislativa e administrativa estatais, por claramente desconsiderarem o disciplinamento legal de incorporação de tecnologias no SUS, afrontando diretamente o disposto nos artigos 19-P e 19-T da Lei Federal nº 8080/90 e nas Portarias GM/MS nº 3.047/2019 e PRT nº 1/2017 que disciplinam, respectivamente, a Relação Nacional de Medicamentos - RENAME e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES.

E, por fim, as violações ao princípio constitucional do planejamento estatal atingem a estruturação administrativa e financeira do SUS, pois, via de regra, as decisões judiciais desorganizam as peças orçamentárias sanitárias. Ao fazerem isso, reduzem a capacidade das políticas do SUS proverem ações de saúde de forma universal e igualitária, o que causa um estrago

na promoção coletiva dos direitos sanitários que, pelo seu elevado custo econômico e complexidade de efetivação em largo espectro, dependem de concretização planejada e progressiva ao longo do tempo.

Portanto, um bom planejamento estatal está intrinsecamente ligado às atividades dos poderes políticos na formulação e execução das políticas públicas e traduz a resposta constitucional em consonância com o compromisso com justiça social declarado na Constituição Federal, em seu artigo 3º e incisos, na medida em que busca a promoção em larga escala dos direitos fundamentais sociais, constituindo-se em um limite legítimo à atuação do Poder Judiciário^{3*} quando da apreciação de demandas atreladas ao direito à saúde.

Apesar disso, é possível o Poder Judiciário redirecionar sua atividade judicante para promover a macro-justiça sanitária, de modo a alcançar a raiz dos problemas no acesso aos serviços públicos de saúde que afetam negativamente a vida de inúmeros brasileiros, especialmente os mais vulneráveis economicamente.

A MACRO-JUSTIÇA: ALTERNATIVAS PARA O PODER JUDICIÁRIO PROMOVER E PROTEGER BENS SANITÁRIOS DE FORMA IGUALITÁRIA NO SUS

Os direitos sociais foram constitucionalmente atrelados à implementação de políticas públicas sociais e econômicas. Nesse sentido sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro tem a missão essencial de reduzir as desigualdades sociais⁽¹¹⁾, que são históricas e profundas no Brasil. Exatamente por isso que diversas políticas públicas foram constitucionalizadas, merecendo especial ênfase a política pública de saúde, única na Constituição que recebeu a caracterização de relevância pública, conforme letra do artigo 197 da CF.

Assim, em respeito ao compromisso constitucional com justiça social, as ações judiciais coletivas deveriam passar a ser o meio processual mais idôneo para garantir efetividade aos direitos fundamentais socio-sanitários por meio do Poder Judiciário, uma vez que buscam tutelar toda uma coletividade e suas necessidades de saúde,

3 * "Esse controle judicial deverá, em qualquer hipótese, considerar as previsões orçamentárias com sendo parte do planejamento da atividade estatal e respeitá-las sempre que não violarem frontalmente o ordenamento jurídico" (10).





protegendo o direito à saúde como política pública, sendo somente indiretamente considerados os direitos individuais sanitários dela decorrentes.

A tutela judicial coletiva ordinária do direito à saúde deve ser aquela cujo objeto vise dirimir violações a direitos sanitários decorrentes da omissão do Poder Executivo quando da não implementação das políticas públicas sanitárias já delimitadas legalmente. Em processos dessa natureza, a tutela judicial respeitará os limites constitucionais de atuação dos poderes políticos, além de produzir sentenças judiciais que beneficiarão de forma igualitária um número indistinto de pessoas com necessidades em saúde, ao mesmo tempo em que protegerá e fortalecerá o SUS e suas fontes de financiamento.

Doutra banda, manejando-se o meio processual coletivo, ainda reconhecemos legitimidade de intervenção do Poder Judiciário que vise alterar parcial ou totalmente a política pública sanitária, considerando que no bojo de um processo coletivo a instrução probatória e o exercício do contraditório e da ampla defesa são dilatados e assegura-se espaço adequado de defesa para o poder público. Mesmo assim, enxergamos essa intervenção como excepcional em razão do princípio constitucional da separação dos poderes, impondo-se autocontenção na atuação dos órgãos legitimados para ajuizamento de ações coletivas com esse escopo.

Em ambas as vertentes de atuação coletiva ficam preservados os princípios da igualdade, do planejamento estatal e da separação dos poderes.

O Ministério Público brasileiro deve se pautar majoritariamente por essa linha de atuação, com arrimo nos fundamentos constitucionais lançados nos artigos 127, caput e 129, II da CF. O Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, instituído pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPG, está em consonância com essa diretriz constitucional, ao estabelecer que a tutela ministerial da saúde pública deve *contribuir, especialmente, para a concretização do direito à saúde na sua dimensão social*.

Nessa linha de entendimento, destaca-se que o instrumento central de atuação coletiva sanitária no âmbito do Ministério Público é a promotoria de justiça de defesa da saúde pública. A atuação nesse ofício

ministerial permite ao promotor de justiça adquirir sólidos conhecimentos acerca da fase de formulação das políticas públicas sanitárias e das dificuldades surgidas na fase de implementação delas; bem como permite ao membro do Parquet conhecer os grandiosos resultados produzidos no seio da sociedade brasileira com a entrega coletiva dos bens sanitários previstos nas políticas públicas do SUS.

Por isso, advogamos pela criação de Varas especializadas em matéria de saúde pública na primeira instância de todos os tribunais brasileiros.

Criação de Varas Especializadas em Matéria de Saúde Pública com Prioridade na Tramitação de Ações Coletivas que Visem a Implementação da Política Sanitária Prevista nas Normas do SUS

Como meio de amenizar os impactos da judicialização da saúde no SUS em razão da enxurrada de ações em tramitação nas Cortes brasileiras, a partir dos debates ocorridos na Audiência Pública n. 04, promovida pelo STF, no ano de 2009, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ tem implementado diversas medidas em busca da racionalização das demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde.

Diretamente decorrente da mencionada Audiência Pública no STF, deu-se a edição da Recomendação nº 31/2010 pelo CNJ, recomendando aos tribunais “a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”; na mesma linha e no mesmo ano foi criado o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde, mediante a Resolução nº 107-CNJ.

No ano de 2016, por meio da Resolução nº 238-CNJ, foram criados os Comitês Estaduais de Saúde e a previsão de criação de Varas especializadas em matéria de saúde pública nos tribunais, comarcas e seções judiciárias em que há mais de uma vara de Fazenda Pública, conforme art. 3º dessa norma. Nada obstante isso, a partir de levantamento feito nas leis de organização judiciária dos 27 Tribunais de Justiça de todo o país, através de consulta em seus respectivos sites





institucionais, observou-se que apenas 11 Tribunais instituíram varas especializadas em saúde, quais sejam: Ceará com 2 varas; Bahia, 2 varas; Minas Gerais, 1 vara; Amapá, 2 varas; Roraima, 2 varas; Acre, 1 vara; Tocantins, 1 vara; Distrito Federal, 1 vara; Goiás, 2 varas; Mato Grosso, 1 vara; Paraná, 1 vara.

Com efeito, o cumprimento em todo o território nacional dos termos da Resolução CNJ nº 238/2016 do CNJ ampliará a produção de sentenças com efeito estruturante tendo como alvo do litígio o Sistema de Saúde por meio do processo estrutural^{4*}. Esta é a via mais adequada para o Poder Judiciário compreender o SUS em toda sua extensão e complexidade próprias a uma rede gigantesca de ações e serviços de saúde, permeada por questões de ordem econômica, socio-sanitária e técnico-científica e não apenas o vislumbrar por entre pequenas frestas quando da apreciação dos casos judicializados individualmente.

Desta feita, urge que o Poder Judiciário amplie o número de Varas especializadas em matéria de saúde pública em todos os 27 tribunais estaduais, alcançando também os tribunais federais.

Ademais, deveria assegurar por meio desses ofícios judiciais a tramitação prioritária de ações coletivas que visem o controle da omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas sanitárias já delineadas legalmente, ofertando locus estratégico para a defesa do SUS e de suas políticas sanitárias democráticas e igualitárias, redutoras de desigualdades sociais, em observância ao exato cumprimento do objetivo principal visado pela proteção constitucional do direito à saúde na CF/88.

Com a instituição de primazia para julgamentos baseados na insuficiência ou deficiência das políticas públicas sanitárias, suas causas e possibilidades de melhorias no âmbito do sistema público de saúde, efetivar-se-á verdadeira transformação social pela via do processo judicial, com a abertura de caminhos de intervenção para serem sanados diversos gargalos do SUS, inclusive o seu subfinanciamento, conferindo-se benefícios igualitários em prol de um universo amplo e indistinto de usuários.

Outrossim, ainda beneficiar-se-á indiretamente toda a sociedade brasileira, com a progressiva redução das desigualdades socioeconômicas entre classes sociais, em razão da garantia do acesso com qualidade de mais pessoas aos bens sanitários.

Impulsionamento dos Processos Judiciais Coletivos Baseado na Conciliação e Cumprimento Gradual das Obrigações Sanitárias

Considerando que é consenso que políticas públicas só conseguem ser implementadas ao longo do tempo, dado seu elevado custo econômico e complexidade de efetivação de forma universal, o fomento à política de conciliação no âmbito do Poder Judiciário institui um novo horizonte para o julgamento dos chamados litígios complexos, pois “é fundamental que seja estabelecido um diálogo entre os poderes constituídos com vista a solução do caso concreto”⁽¹³⁾.

Nessa senda, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 traz diversos instrumentos incentivadores à solução consensual dos conflitos, claramente inaugurando um novo modelo de processo, em que o Judiciário e as Funções essenciais à Justiça são chamados a estimular a utilização de meios que busquem a negociação dos conflitos entre as partes, tais como a conciliação e a mediação, tanto previamente à formação do processo, quanto no decorrer de seu curso.

Consequentemente, o legislador declara no art. 6º do diploma processual civil que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Portanto, a resolução negociada dos conflitos judiciais é a estratégia adequada para ser utilizada no impulsionamento das ações coletivas que visam proteger e promover o direito à saúde, buscando-se a implementação progressiva das políticas públicas sanitárias legalmente delineadas.

4 *O processo coletivo estrutural coloca o litígio coletivo no centro do debate político, de forma a que se passe a, continuamente, adotar amplas e sólidas medidas de reestruturação da entidade responsável pela violação, resolvendo o problema prospectivamente, até que se chegue à efetiva reorganização da entidade e, por conseguinte, à solução do problema estrutural e afirmação, na prática, do direito transindividual” (12).



Estímulo a Participação de Diversos Atores Institucionais no âmbito de um Único Processo Judicial

Igualmente nas tutelas coletivas é fundamental permitir e até mesmo estimular a participação dos diversos atores institucionais que atuam na promoção e defesa dos direitos fundamentais sociais no âmbito de um único processo judicial, com a finalidade de promover-se um debate o mais amplo e democrático possível em torno do bem sanitário em jogo.

Pontua-se que a multiplicidade de partes revestirá de maior legitimidade a decisão judicial, uma vez que, na área sanitária, em razão do passivo social brasileiro, das necessidades ilimitadas em saúde e da limitação de recursos financeiros, prioridades devem ser elencadas e escolhas trágicas terão que ser feitas no contexto da resolução negociada dos conflitos judiciais.

As possibilidades legais são amplas. O código de processo prevê nos arts. 113 a 118 o instituto do litisconsórcio, em que “duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente” quando existe comunhão de direitos ou obrigações relativas à lide, há conexão em razão do pedido ou da causa de pedir ou, por fim, existe afinidade de questões por pontos comuns, de fato ou de direito.

Ademais, o CPC, nos arts. 119 a 124, assegura a possibilidade da intervenção de terceiros no processo mediante o instituto da assistência, pelo qual é possível que um terceiro, com interesse jurídico de que a sentença seja favorável a uma das partes processuais, pode intervir no processo com vistas a assisti-la.

Por fim, a lei processual civil em seu artigo 138, caput, ainda possibilita ao juiz “solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”, por meio do instituto denominado *amicus curiae* cuja participação se dá mesmo que este não seja parte e que não tenha interesse jurídico na lide.

COMO QUALIFICAR A INTERLOCUÇÃO ENTRE PODER EXECUTIVO E PODER JUDICIÁRIO NAS AÇÕES JUDICIAIS SANITÁRIAS

Ao longo da história das constituições brasileiras os municípios tiveram preservadas suas

esferas de autonomia política, assegurando-se suas competências para organizar os serviços públicos locais, conforme atual texto do artigo 30, VII, da CF.

O advento do SUS mantém-se fiel a essa construção jurídico-legal histórica, fortalecendo a municipalização dos serviços e ações de saúde, através da diretriz constitucional da descentralização. Tal característica se manifesta em contraposição à forte centralização na esfera federal do sistema médico-privatista anterior, quando não havia uma instância de gestão pública autônoma próxima das necessidades em saúde dos brasileiros.

Assim, no SUS os gestores municipais de saúde exercem protagonismo na arena da saúde pública, sendo os gestores sanitários que lidam mais diretamente com as necessidades de saúde dos usuários do SUS, já que as pessoas vivem nas cidades e, claro, a judicialização da saúde encontra-se na ordem do dia na agenda dos secretários municipais de saúde. Dessa forma, os secretários municipais de saúde podem contribuir mais para a qualificação do fenômeno da judicialização da saúde perante os órgãos do Sistema de Justiça – Poder Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas.

Ao mesmo tempo, os secretários apresentarão melhores defesas técnicas sempre que correlacionarem o objeto da demanda individual com a política pública de saúde normatizada, de modo a situar os respectivos agentes jurídicos das potencialidades e dos limites do Sistema Municipal de Saúde, dando destaque para: (a) o cenário epidemiológico municipal, com apresentação da rede assistencial de ações e serviços de saúde; (b) o orçamento sanitário municipal, com a devida comprovação do cumprimento pelo ente municipal do piso constitucional em saúde e, (c) o conjunto da população-alvo atendida pelo SUS na municipalidade para aquela demanda específica que foi levada ao Poder Judiciário individualmente.

Por tudo isso, é muito relevante que as defesas processuais no bojo das ações judiciais sanitárias resultem de uma coordenação entre a secretaria de saúde, secretaria de finanças e a procuradoria municipal judicial.

Além disto, os municípios devem sempre requerer o acionamento dos espaços de mediação e conciliação durante o trâmite do processo judicial, para serem asseguradas amplas vias de conhecimento de todas



as nuances de impacto no Sistema Municipal de Saúde trazidas no escopo dos litígios, sejam eles individuais ou coletivos, uma vez que apenas com espaços de negociação será viabilizado adequado contraditório e ampla defesa do poder público, com mais chances de resultar em uma decisão judicial que assegure a supremacia do interesse público e do bem coletivo.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, asseveramos que o Poder Judiciário distribuirá justiça social quando atuar majoritariamente para efetivar o controle judicial de violações a direitos sanitários decorrentes da omissão do Poder Executivo quando da não implementação das políticas sanitárias delineadas legalmente pelas leis orgânicas da saúde e por meio das portarias ministeriais.

Ademais, pode melhor atuar através da tramitação prioritária de ações coletivas em Varas especializadas em matéria de saúde pública, utilizando-se do processo judicial estrutural, tutelando o direito à saúde como política pública e considerando somente indiretamente os direitos individuais sanitários.

Desse modo, o Judiciário atingirá de forma igualitária número indistinto de pessoas com necessidades em saúde e, ao mesmo tempo, protegerá e ajudará a consolidar o Sistema Único de Saúde e suas fontes de financiamento.





REFERÊNCIAS

1. Mendes EV. Desafios do SUS. Brasília: CONASS; 2019.
2. Alves SMC, Delduque MC, Neto ND (Orgs.). Direito Sanitário em Perspectiva, Volume II. Brasília: Fiocruz e ESMPU; 2013.
3. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 5595, Relator Min Ricardo Lewandowski. Disponível em: portal.stf.jus.br.
4. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. Artigo 196.
5. Carvalho GI, Santos L. Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde. 4. ed. rev. e atual. Campinas: Editora da Unicamp; 2006.
6. Olsen ACL. Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente a reserva do possível. 1ª ed. Curitiba: Juruá; 2012.
7. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. Artigo 5.
8. Ferraresi E. A responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. In: Grinover AP, Watanabe K (Org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2013.
9. Instituição de Ensino e Pesquisa Insper. Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União [Online]. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao>.
10. Jacob CAA. A reserva do possível: Obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: Grinover AP, Watanabe K (Org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2013.
11. George R, Maia K (Org.). A Distância que nos Une: Um Retrato das Desigualdades Sociais Brasileiras [Online]. Oxfam Brasil, setembro de 2017. Disponível em: www.oxfambrasil.org.br.
12. Barros MAF, Ferreira IO. Um Novo Paradigma Para o Controle das Políticas Públicas Prestacionais – Tutela Estrutural em Foco. Curitiba: Brazil Publishing; 2020. p. 163.
13. Bucci MPD. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: Uma estratégia Jurídico-Institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: Bucci MPD, Duarte CS (Coords). Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva; 2017.

