XXV CONGRESSO DO CONPEDI -CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara - ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais - Ministro José Barroso Filho - IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF

Educação Jurídica - Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Comunicação - Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenador: Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-283-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-

Graduação em Direito -, sob o tema "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos

atores sociais no Estado Democrático de Direito" realizado em Curitiba-PR entre os dias 07 e

10 de dezembro, promoveu mais uma edição com uma série de inovações criadas por sua

diretoria, entre as quais a divisão dos já tradicionais Anais do Evento em vários livros

distintos, cada um para um Grupo de Trabalho.

Neste livro encontram-se 18 capítulos resultados de pesquisas desenvolvidas em mais de 10

Programas de Mestrados e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de

avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do

conhecimento da área, que resultou na presente obra.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções

na realidade brasileira, com a reflexão trazida, pelos professores, mestres, doutores e

acadêmicos de todo o Brasil, na abordagem dos direitos fundamentais e da democracia, com

suas implicações na ordem jurídica brasileira.

Assim a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de

divulgação, oferecendo à sociedade nacional e internacional o papel irradiador do

pensamento jurídico, aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no presente

livro, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Por fim, nossos sinceros agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao

coordenar e apresentarmos o presente livro, que possui a marca indelével do esmero, da

dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de

qualidade como o presente.

Curitiba. 10 de dezembro de 2016

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM / UENP

ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: REPENSANDO A TUTELA JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

AMONG THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE: RETHINKING JUDICIAL PROTECTION IN THE CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES

Luana Figueiredo Juncal ¹ Flavia Antonella Godinho Pereira

Resumo

O presente trabalho analisa o controle judicial sobre atos administrativos que implementam políticas públicas de saúde. Busca-se investigar a adequação da instrução processual, tanto no processo civil quanto nas ações constitucionais, à resolução de conflitos que tenham por objeto garantir a eficácia do direito à saúde.

Palavras-chave: Controle judicial de políticas públicas de saúde, Acesso à justiça, Princípio da reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the judicial control over administrative acts implementing public health policies. The aim is to investigate the adequacy of procedural instruction, both in civil procedure and in the constitutional actions, to the resolution of conflicts that have the purpose to ensure the effectiveness of the right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review of public health policies, Access to justice, Principle of reserve for contingencies

¹ Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Graduada em Direito pela UFMG.

1. INTRODUÇÃO

Observa-se a crescente demanda de medicamentos e tratamentos de saúde pelas vias judiciais, o que se justifica pela consagração do direito à saúde como direito social e direito fundamental, conforme os artigos 6° e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como pela garantia da inafastabilidade da jurisdição em casos de lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5°, XXXV, da CRFB/88.

Desse modo, o direito à saúde, enquanto corolário do direito à vida, e dever do Estado, se negado ou não atendido pela Administração Pública, pressupõe o direito à tutela judicial.

O direito à saúde, entretanto, não vem sendo analisado pelos magistrados com a profundidade que requer a questão diante do caso concreto. Por detrás do direito *prima facie*, revelam-se tensões entre o ideal trazido pela CRFB/88 e o real, marcado pela escassez de recursos financeiros e materiais.

Verifica-se que, em decorrência do problema dos recursos escassos e da ineficiência da gestão pública, surgem tensões entre a demanda de saúde de um indivíduo e as demandas de saúde de outros, as quais se diferem em graus de urgência e necessidade, e entre o provimento judicial e o princípio do planejamento orçamentário dos entes políticos, muitas das vezes desconsiderado e não mencionado na decisão. Acresce-se, ainda, a incompatibilidade da divisão interna de ações e prestação de serviços de saúde e a respectiva destinação de receita arrecadada por cada ente com a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no Sistema Único de Saúde. Sabe-se que a CRFB/88, não obstante tenha estabelecido diversas competências aos Municípios, não os privilegiou de igual modo na repartição de receitas tributárias.

O controle judicial de políticas públicas, portanto, está relacionado à realização da justiça material, uma vez que visa a garantir a concretização de direitos e, no caso das políticas públicas de saúde, a preservação da vida mediante o fornecimento de medicamentos e de tratamento médico adequado.

Ocorre que tal controle, em boa parte das decisões proferidas pelos juízes e tribunais, não leva em conta a real gravidade da situação de escassez de recursos e negligencia a existência de tensão entre a demanda de saúde de um e as demandas de saúde de outros, que podem precisar do mesmo tratamento hospitalar e apresentar diferentes graus de necessidade e urgência.

Fato é que, ante as peculiaridades da saúde pública no Brasil, o controle judicial de suas políticas públicas não deve ocorrer como se se tratasse de uma demanda judicial qualquer, ou seja, não há lugar para padronização de decisões quando o assunto é a prestação de serviços de saúde pela Administração Pública.

Quando provocado, cabe ao juiz avaliar a juridicidade das políticas públicas à luz dos princípios constitucionais que consagram a justiça social. Para tanto, deve verificar a existência de colisão entre direitos e se guiar por parâmetros jurídicos para a devida fundamentação da decisão.

Imprescindível é que se considere a realidade fática além da situação apresentada na petição inicial. Faz-se necessário o levantamento de dados, sobre a prestação de certa demanda, a serem fornecidos pela Administração Pública, de forma rápida, eficiente e prestativa, exigindo-se cooperação entre os Poderes Executivo e Judiciário no que diz respeito ao esclarecimento de cada caso, bem como quanto à existência de conflitos entre a demanda de saúde de um e as demandas de saúde de outros.

Primeiramente, busca-se verificar os fundamentos de fato e de direito adotados em decisões em sede de controle judicial de políticas públicas de saúde pelos juízes e tribunais brasileiros, especialmente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e as consequências concretas para a Administração e para os administrados. Em seguida, pretende-se analisar os dados obtidos e os critérios de julgamento levantados pela doutrina que sejam adequados aos valores consagrados na CRFB/88 para a fundamentação das decisões judiciais nos casos que envolvam escolhas trágicas quanto ao direito à saúde daqueles que precisam da prestação pública do serviço. Por fim, será dado enfoque aos meios probatórios necessários à configuração da situação fática real nos autos processuais, a qual é imprescindível para a ponderação de todos os direitos e princípios envolvidos no caso, possibilitando a escolha da melhor solução para seu deslinde, entendida como aquela capaz de causar o menor impacto negativo ao autor da ação, aos demais administrados envolvidos indiretamente e à Administração Pública.

2. OBJETIVOS

Os objetivos do presente trabalho envolvem a verificação de adequação da instrução e dos métodos processuais às peculiaridades das demandas judiciais referentes ao direito à saúde e, especialmente, a compreensão sobre quais as provas necessárias à visualização da situação fática e à identificação de eventual colisão entre direitos fundamentais, a fim de que a

tutela judicial seja condizente com os princípios de justiça distributiva consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3. METODOLOGIA

A presente pesquisa estrutura-se a partir da "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy. Segundo o entendimento do autor pós-positivista, os princípios e direitos fundamentais são mandados de otimização e, por isso, essas normas podem ser aplicadas em diferentes graus a depender das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Desse modo, diante de colisão entre direitos fundamentais à saúde, estes devem ser realizados na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas do caso.

Para o esclarecimento do tema proposto, buscou-se, principalmente, o entendimento de Luciana Gaspar Melquíades Duarte (2011) quanto às "Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre Políticas Públicas de Saúde" e os conceitos de discricionariedade e vinculação do ato administrativo para Florivaldo Dutra de Araújo (1992) na obra "Motivação e Controle do Ato Administrativo".

A pesquisa aborda conteúdos de diferentes disciplinas do Direito, em especial, o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil, o que evidencia seu caráter interdisciplinar.

O tema "controle judicial da Administração Pública na implementação de política públicas de saúde" envolve, primeiramente, o ramo do Direito Administrativo quanto às possibilidades de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Aplica-se o Direito Constitucional para o esclarecimento da eficácia dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde, bem como o Direito Processual Civil para a investigação acerca da instrução e meios de prova no processo.

Os procedimentos adotados foram, principalmente, a coleta e análise de documentos, legislação e jurisprudência, bem como análise do conteúdo.

4. O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

O direito fundamental à saúde é um desdobramento do direito à vida, valor supremo protegido pela CRFB/88, e tornou-se uma das principais matérias quando se faz menção ao fenômeno da judicialização de políticas públicas. Nas palavras de Vanice Lirio do Valle (2009), tal fenômeno é "caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas

garantias e as instituições postas a seu serviço", sendo compreensível a recorrência com que a cidadania têm procurado o Poder Judiciário para a efetivação de direitos assegurados na CRFB/88 e "supostamente não garantidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado" (VALLE, 2009, p. 97).

Assim, diante da recusa em fornecer o tratamento ou quando colocados em lista de espera pela Administração Pública, torna-se cada vez mais comum que os pacientes que se acham prejudicados recorram ao Poder Judiciário, em busca de uma medida liminar que lhes garanta a prestação do tratamento de saúde necessário.

Prescreve o artigo 196 da CRFB/88 que a saúde é dever do Estado e direito de todos, concretizando-se por meio de políticas sociais e econômicas que busquem a redução do risco de doenças e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Visando a executar as ações e serviços de saúde de forma eficiente, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), consistente em uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com financiamento proveniente dos recursos orçamentários de todos os entes da federação. O artigo 198 da CRFB/88 estabeleceu as diretrizes do sistema e determinou a aplicação anual de recursos mínimos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Primeiramente, inegável é a constatação da inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais na CRFB/88, consoante se extrai da leitura do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Desse modo, resta claro que se aplica o disposto no artigo 5°, parágrafo 1° aos direitos sociais, os quais terão aplicação imediata.

Conforme bem salientou Ingo Wolfgang Sarlet (2009), as normas constitucionais referentes à saúde, quanto à forma de positivação, caracterizam-se por serem norma definidora de direito e normas programáticas. O autor explicita que, em um Estado que possua como valores essenciais a humanidade e a justiça, é imprescindível reconhecer um direito subjetivo individual a prestações materiais, "ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana" (SARLET, 2009).

Luís Roberto Barroso (2013), por sua vez, afirma que as normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade e, por isso, são exigíveis direta e imediatamente do Poder Público ou do particular. Não obstante, esta compreensão positivista da efetividade das normas constitucionais não basta para a solução dos casos concretos que se apresentam hoje ao Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito às lides em que se discute o direito à saúde.

Tornou-se necessária a técnica de ponderação de princípios e direitos fundamentais, desenvolvida pelas teorias pós-positivistas, dentre as quais destacamos a "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy.

Alexy define princípios como mandados de otimização. Ou seja, princípios são normas que devem ser realizadas na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Por conseguinte, podem ser aplicados em diferentes graus, a depender das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso concreto.

Entende-se que há um limite mínimo para a realização dos direitos fundamentais, consistente no atendimento de seus núcleos essenciais, dos quais cada pessoa necessita gozar para ter uma vida digna, conforme assegurado no artigo 1°, III, da CRFB/88. Trata-se aqui da teoria do "mínimo existencial", originada na doutrina alemã, e que, segundo Andreas J. Krell (2002), visa à "atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna".

Verifica-se, todavia, que no contexto fático os recursos financeiros são escassos. Cabe fazer menção à reserva do possível, entendida como limites fáticos e jurídicos para a efetividade dos direitos fundamentais. Sarlet (2009) afirma que há pelo menos três facetas, quais sejam, a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, referente à distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias e legislativas, e a proporcionalidade da prestação social, quanto à sua exigibilidade e razoabilidade.

Andreas J. Krell (2002) critica de maneira acertada a adoção da reserva do possível por autores brasileiros sem a devida adaptação que reclama a realidade brasileira, tão díspare da realidade alemã, e procura, assim, afastar ponderações anti-humanistas que condicionam a eficácia dos direitos sociais a fatores econômicos. Para tanto, afirma que diante de recursos disponíveis para tratamento de "milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável". De acordo com a principiologia da CRFB/88, o correto seria fornecer o tratamento para ambos os grupos e, caso os recursos sejam insuficientes, devem ser retirados de outras áreas não diretamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem, tais como transporte e serviço da dívida.

Daí resulta a necessidade de serem feitas escolhas trágicas, uma vez que nem todos aqueles que precisam de tratamento hospitalar ou de certo medicamento podem ser atendidos prontamente. Por conseguinte, configura-se uma tensão entre demandas de saúde de uns com o direito de outros.

Nesse sentido, Duarte (2009, p. 128) distingue, para fins didáticos, as prestações estatais inerentes ao direito à saúde entre demandas de primeira necessidade e demandas de segunda necessidade e traça os limites do controle judicial para os dois casos.

As demandas de primeira necessidade são aquelas que estão diretamente relacionadas com a sobrevivência de uma pessoa e, por isso, pode-se exigir a plena efetividade do direito à saúde, pois trata-se de uma prioridade face às demandas de saúde de segunda necessidade, bem como aos outros direitos sociais. Nessa hipótese, o controle judicial se justifica caso a Administração deixe de fornecer o tratamento necessário e desde que não esteja configurada a escassez natural severa dos recursos financeiros.

As demandas de segunda necessidade, por sua vez, caracterizam-se por melhorarem a qualidade de vida das pessoas, não se relacionando diretamente com a preservação imediata de suas vidas. O direito à saúde não é mais prioridade perante os outros direitos sociais. O controle judicial sobre demandas de saúde de segunda necessidade, portanto, dependerá de prova da disponibilidade de recursos financeiros, bem como da preferência do direito à saúde face ao direito à saúde de outras pessoas e aos outros direitos sociais.

Considerando a escassez dos recursos públicos e o princípio da reserva do possível, Duarte (2009) elabora três leis de colisão para os casos em que se evidencia conflitos entre o direito à saúde de uns e o direito à saúde de outros.

A primeira lei estabelece que "as demandas se saúde de primeira necessidade prevalecem sobre as demandas de saúde de segunda necessidade, independentemente do número de pessoas beneficiadas por umas ou por outras" (Duarte, p. 174). Com efeito, atribuise maior importância à vida, ainda que seja exigido elevado valor financeiro. Destarte, quando um tratamento de saúde indispensável para a vida de uma pessoa não é oferecido ou é negado pelo SUS, justifica-se o controle judicial.

A segunda lei de colisão é formulada da seguinte forma: "as demandas de saúde de segunda necessidade de elevada essencialidade prevalecem sobre as demandas de saúde de segunda necessidade de baixa essencialidade, independentemente do número de pessoas beneficiadas" (p.175). Nesse caso, o Poder Judiciário deverá verificar a disponibilidade de recursos para a atender todas as pessoas que se encontrem na mesma situação do autor da ação.

A terceira lei de colisão estipula que "o conflito entre as demandas de primeira necessidade deve ser solucionado mediante o emprego de critérios ético-jurídicos que preservem o princípio da igualdade" (p.176). Resta claro que o ideal seria a preservação da vida de todos os indivíduos, entretanto, ante a escassez dos recursos, essas situações de

conflito ou tensão constituem verdadeiras "decisões trágicas", as quais exigem uma fundamentação adequada com a adoção de critérios justos, conforme as especificidades de cada caso e os princípios pilares da CRFB/88.

5. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

A CRFB/88 também consagrou em seu artigo 5°, inciso XXXV, o princípio do acesso à Justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, que assim determina: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A garantia do acesso à justiça pode ser exercida através de diversas vias processuais, tais como a ação ordinária com pedido de tutela antecipada, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e a ação popular.

Schwartz e Glieckner (2003) questionam se o autor de ação na qual se requer uma prestação material referente à saúde não deveria sempre ser vencedor, haja vista ser o direito à saúde dever do Estado. Em resposta à pergunta, os próprios autores afirmam que a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para exercer o direito à saúde representa em si uma situação de conflito, pois, se todos aqueles que precisam da via judiciária, e mesmo aqueles que não precisam recorrer ao Judiciário, o fizerem, será inevitável a "falência do Estado".

Sendo assim, o magistrado deve verificar a imediatidade do dano e as condições do requerente da medida. Os autores ainda afirmam que em caso de dúvida acerca da irreversibilidade da medida, nos casos de antecipação da tutela, deve o magistrado optar pela concessão, tendo em vista que "entre causar um dano irreparável (saúde) e outro de menor gravidade (prejuízo ao Erário Público) sobrepõe-se a tutela antecipada".

Mauro Cappelletti (1998) apresentou o acesso à justiça como método de pensamento no qual se privilegia a satisfação dos consumidores da tutela jurisdicional. Esta abordagem procurou fazer do processo judicial um "instrumento de realização dos direitos fundamentais", eliminando os obstáculos formais e materiais à efetiva prestação da tutela e constituindo meio de realização de justiça social. Assim, Cappelletti e Garth (1998) propõem três "ondas" como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, quais sejam, (i) a assistência judiciária para os pobres, (ii) a representação dos interesses difusos e (iii) os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Entretanto, há limitações para o alcance das reformas de ampliação do acesso à justiça, haja vista que nada substituiu a necessidade de reformas políticas e sociais em

"sistemas sociais fundamentalmente injustos", assim, asseveraram os autores: "É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais" (CAPPELLETTI, GARTH, 1998).

6. CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES PROFERIDAS MEDIANTE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Fato é que nem todas as demandas de tratamento de saúde e medicamentos são atendidas pelo Poder Público, sejam elas negadas ou sejam os pacientes colocados em fila de espera, na qual devem aguardar, muitas das vezes, sem previsão de atendimento. Esta é a razão pela qual se recorre ao Poder Judiciário para a concretização do direito à saúde individual.

Não restam dúvidas de que o acesso ao Poder Judiciário está condicionado a uma série de fatores, dentre eles o grau de instrução ou educação e até mesmo a condição financeira das pessoas. Daí a importância da fundamentação coerente pelo juiz, haja vista que não seria justo o deferimento de tratamento de saúde para uma pessoa mediante medida liminar, caso haja outra pessoa em situação mais gravosa, que precise do mesmo tratamento e que já se encontrava em lista de espera para ser atendido.

Infelizmente, esta é a realidade das muitas situações em que um mandado judicial se dirige à Administração, em que não são considerados meios probatórios nem critérios jurídicos que possibilitem a real visualização da demanda pleiteada. Sobre o assunto, esclarecedora é a explicação de Duarte (2009, p.198):

Não se olvida, entretanto, que a realidade da escassez de recursos condiciona o Poder Público à negativa de muitas prestações estatais de saúde. Afirma-se, entretanto, que as demandas de saúde que devem ser preteridas por questões financeiras são as de segunda necessidade, mormente as menos essenciais. Reconhece-se, outrossim, que mesmo as demandas de saúde de primeira necessidade têm sua satisfação mitigada em virtude da escassez natural severa - assim considerada como aquela que não pode ser afastada com a interferência do homem. Nestas oportunidades, há que se reconhecer que, inevitavelmente, sucederão escolhas trágicas. Impõe-se, portanto, a adoção de critérios ético-jurídicos de decisão, que guardem, em seu âmago, noções de justiça distributiva.

Com o intuito de apresentar os parâmetros que podem ser adotados no controle judicial para a solução de conflitos entre *demandas de saúde de primeira necessidade*, Duarte (2009) analisou os critérios estudados por Kilner (1990) para os casos de recursos severamente escassos, quais sejam: critério do valor social, critério do grupo favorecido,

critério dos recursos requeridos, critério das responsabilidades especiais, critério da idade, critério do beneficio médico, critério da morte iminente, critério da disposição e da responsabilidade, critério randomizado, critério da capacidade de pagar e critério do progresso científico.

A seguir, será feita breve consideração a respeito dos critérios mais pertinentes ao objetivo do artigo.

6.1 O critério da morte iminente

Também denominado como critério da urgência, este critério é aplicado quando se pode determinar a longevidade de uma vida por um laudo médico competente, bem como a morte iminente, ou seja, "quando ela é esperada para dentro de alguns dias ou semanas" (DUARTE, 2009, p. 225). Desse modo, quando os recursos são escassos e mais de uma pessoa precisam do mesmo tratamento para a garantia da vida, terá prioridade aquela cuja morte foi atestada como iminente.

Percebe-se que seus fundamentos são a necessidade e a vida. As pessoas que mais precisam dos recursos escassos serão atendidas primeiro, enquanto que as outras, que podem sobreviver por um tempo maior, aguardarão a disponibilidade do recurso necessário.

Há uma série de críticas passíveis de serem feitas a esse critério, dentre elas a falta de precisão de laudos médicos em determinar a morte iminente ou urgência e o fato de que a saúde de um paciente pode piorar enquanto aguarda outro, em pior situação, ser atendido primeiro. Trata-se de um critério delicado, pois para que se possa dar prioridade a um paciente em risco de vida, em detrimento de outro que já aguardava o atendimento, exige-se muita precisão ao determinar que este paciente realmente pode esperar, com vida, que o recurso se torne disponível para seu tratamento.

Nesse sentido, a fundamentação da decisão liminar que concede ao autor tratamento para a preservação da vida deve mencionar não apenas a urgência da prestação médico-hospitalar, mas também padrões de equidade, que considerem a realidade da escassez de recursos no caso dos leitos hospitalares. Assim, a fim de se alcançar uma decisão justa e moralmente aprovável, Duarte (2009, p. 229) afirma com veemência que:

^[...] deve, necessariamente, anteceder à decisão judicial a verificação da existência de vagas em unidades de terapia intensiva e , diante da constatação de sua ausência, cabe ao magistrado averiguar, ainda que mediante um procedimento informal - face à urgência que o caso possa requerer, que justifica a sobreposição do direito à vida às regras processuais - as condições de saúde dos demais pacientes que ocupam os

leitos existentes, para, então, posicionar-se considerando os parâmetros ético-jurídicos indicados.

6.2 O critério randomizado

Este critério é utilizado quando outros critérios parecem inaplicáveis, como na situação em que não é possível diferenciar a urgência de dois pacientes que precisam do mesmo atendimento hospitalar. Por conseguinte, é feita a seleção por sorteio ou por ordem cronológica de apresentação dos pacientes.

Trata-se de critério simples, que não exige do administrador a escolha trágica de ter que decidir quem receberá o tratamento primeiro. Assim, e de certo forma, demonstra que a vida de cada ser humano não pode ser comparada com a outra.

O critério randomizado por ordem cronológica é geralmente adotado nas filas de hospitais da seguinte forma: têm prioridade aqueles que se apresentaram primeiro, tendo os demais que esperar a disponibilidade de novos recursos. Trata-se de um critério lógico - aqueles que esperam por mais tempo serão atendidos primeiro -, e, assim, de fácil aceitação, pois busca privilegiar a equidade entre aqueles que necessitam de determinado recurso.

Uma das críticas feitas é que a diferença de chegada de dois pacientes pode representar para um a vida e para o outro a morte, quando não se considera a urgência de cada caso para a preservação da vida.

6.3 O critério do benefício médico

O critério do benefício médico analisa a condição de cada paciente isoladamente, a fim de verificar a qualidade do benefício, a longevidade do benefício e a probabilidade do benefício para cada paciente, sem compará-lo com outros. Assim, cada paciente deve "merecer o tratamento" a partir de uma pontuação mínima que lhe é atribuída.

O grande problema deste critério é estabelecer os parâmetros que determinarão quais pacientes receberão o tratamento ou não, pois, se estabelecidos os requisitos de forma superficial, é possível que alguns sejam excluídos ainda que haja recursos para seu tratamento. Ademais, não seria admissível que fosse negado tratamento a um paciente sob a alegação de limitação dos recursos.

Por isso, Duarte (2009, p. 225) sugere que o melhor seria excluir do acesso ao tratamento somente os pacientes que seria excluídos ainda que os recursos necessários não fossem escassos.

7. JURISPRUDÊNCIA E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Não obstante os problemas constatados, inegável é a importância do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e, principalmente, o controle judicial que zele pela garantia de implementação do direito social à saúde previsto na Constituição Federal de 1988, nos casos em que a Administração Pública for omissa e recusar sem motivo adequado a prestação de serviço de saúde.

Ao se tratar de controle judicial é indispensável que se faça menção aos conceitos de discricionariedade e vinculação do ato administrativo. Florivaldo Dutra de Araújo (1992) define discricionariedade como o aspecto do ato administrativo caracterizado por "uma escolha entre comportamentos igualmente qualificados pela regra de direito" capazes de atender o dever de boa administração. A vinculação, por sua vez, é o aspecto consistente na "exigência de uma única e mais adequada maneira de agir" do administrador, sobre a qual recairá o controle judicial para correção de eventual conduta equivocada.

Desse modo, reiterando ser a saúde direito de todos e dever do Estado, os atos administrativos de implementação de políticas públicas de saúde devem ser entendidos como atos vinculados ou atos nos quais prepondera o aspecto da vinculação. Ora, na maioria dos casos haverá uma conduta mais acertada a ser tomada pelo administrador, ao estabelecer os critérios de prioridade de atendimento e fornecimento da prestação material.

Quanto ao controle judicial de políticas públicas, vale destacar a ementa e trecho proferidos em decisão monocrática pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 do Distrito Federal:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE GOVERNAMENTAL. ABUSIVIDADE DIMENSÃO POLÍTICA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO

DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...]

(STF, ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DI 04/05/2004 PP-00012 RTI VOI -00200-01 PP-00191)

publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Importante, ainda, tecer algumas considerações a respeito do processo civil e alguns de seus princípios.

A função jurisdicional é um poder-dever do Estado e, por isso, não cabe ao juiz ser mero espectador como determina a concepção clássica do princípio dispositivo. Antes, entendia-se que apenas as partes deveriam tomar a iniciativa quanto à produção de provas, em nome da imparcialidade do juiz. Com o movimento de publicização do processo, o magistrado abandona sua inércia na instrução do feito e passa a atuar de forma ativa, capaz de impulsionar o andamento da causa e determinar a produção de provas. Tal mudança na atuação do juiz ocorreu em virtude da importância dada à apuração da verdade real.

Entende-se que quando a causa versar sobre o interesse público, mesmo em causas não-penais, faz-se necessária a consecução da verdade real. Prevalecerá, portanto, o princípio da livre investigação das provas, caracterizado pelo dever do juiz em tomar a iniciativa probatória.

Merece destaque o princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz apenas decide com fundamento nas provas e alegações presentes nos autos, mediante aplicação de critérios críticos e racionais, bem como o princípio do livre convencimento motivado sobre as provas produzidas nos autos.

A prova processual consiste no instrumento pelo qual o juiz se convencerá da veracidade ou não ocorrência dos fatos alegados de relevância para o deslinde da causa. Diante do papel ativo assumido pelo juiz referente à produção de provas, a disciplina legal do ônus da prova passa a ser tratada como regra de julgamento, aplicada após a constituição da prova no momento da sentença.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011) ressalta que as garantias da inafastabilidade e do direito à prova são instrumentos processuais que buscam assegurar a tutela e o acesso à ordem jurídica justa. Quanto ao conceito de tutela jurisdicional, o autor estabelece relação direta entre o processo e a proteção do direito material, definindo-a como "o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial" e acrescenta que a tutela será concedida à parte que tiver seu interesse protegido pelo direito material.

Nesse sentido, é preciso que a técnica processual se adapte às hipóteses previstas pelo legislador do direito material e que sejam escolhidos os métodos processuais convenientes e aptos à efetivação do direito. O que se busca, assim, não é apenas dar efetividade ao interesse amparado pelo direito material, mas também ao processo, o qual é instrumento do direito material e da pacificação social.

Bedaque (2011) afirma, ainda, que a metodologia processual comprometida com resultados deve "partir do direito material para verificar as deficiências do processo". Nesse sentido, faz-se necessário que as peculiaridades das demandas referentes à saúde sejam consideradas na consecução da instrução e dos métodos processuais adequados à solução da lide e efetivação dos interesses protegidos pelo direito, especialmente quanto à necessidade de provas que permitam ao juiz visualizar a situação fática em sua totalidade e identificar eventual colisão de direitos.

8. CONCLUSÃO

A judicialização de políticas públicas de saúde é um assunto atual, que apresenta vasta literatura jurídica, mas que precisa de maior aprofundamento quanto à análise da atuação do Poder Judiciário. Percebe-se grande preocupação dos autores em estabelecer critérios ou parâmetros jurídicos para orientação do juiz no momento da ponderação de princípios e da fundamentação da decisão.

Entretanto, ainda não se atribuiu a devida importância à instrução do processo e aos meios probatórios indispensáveis ao convencimento do juiz nas lides que envolvem o controle da Administração Pública na efetivação do direito à saúde. Exige-se uma investigação detalhada acerca da (in)adequação da instrução processual, tal como tem sido feita pelos magistrados, à concessão da justa tutela judicial, considerando o contexto de direitos e princípios conflitantes que se revela a partir da análise fática do caso concreto.

Portanto, ante a crescente judicialização das políticas públicas de saúde, evidencia-se a falta de preparação do Poder Judiciário para resolver lides que envolvem colisões entre direitos, princípios e garantias constitucionais, mediante a técnica da ponderação proposta na obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy, não apenas quanto aos critérios de julgamento, mas também quanto à instrução processual adequada ao direito material em questão.

Por isso é que se afirma que o controle judicial da Administração Pública referente ao direito à saúde exige instrução diferenciada, principalmente no que tange ao maior rigor probatório, ou até mesmo um procedimento próprio, com o intuito de se criar uma rede de informação e cooperação entre os Poderes Executivo e Judiciário, para o esclarecimento de cada caso, especialmente quanto à existência de conflitos entre a demanda de saúde do autor da ação e as demandas de saúde de outros, de modo célere e eficaz.

9. REFERENCIAIS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

ARAUJO, Florivaldo Dutra de. Motivação e Controle do ato Ato Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992 (73-77)

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Em Direitos sociais em debate, Cláudia Toledo (organização). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 (159-187)

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. (43-55)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

. Portaria n. 1.160/GM de 29 de maio de 2006 (revogada).
Disponível em:
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1160 29 05 2006.html>. Acesso em:
3 de jan. 2013.
. Portaria n. 2.600/GM de 21 de outubro de 2009.
aprova o regulamento técnico do Sistema Nacional de Transplantes. Disponível em:
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600 21 10 2009.html>. Acesso em:
3 de jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 45. Agravante: Partido Social da Democracia Brasileira - PSDB. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, julgado em 29 de abril de 2004, publicado em DJ 04 de maio de 2004. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28adpf%29%28adpf%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas. Acesso em: 05 jan. 2013.

______. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em suspensão de tutela antecipada STA n. 175. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: ">http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+sa%FAde+sus%29%28278%2ENUME%2E+OU+278%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>">http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+sa%FAde+sus%29%28278%2ENUME%2E+OU+278%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>">http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+sa%FAde+sus%29%28278%2ENUME%2E+OU+278%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>">http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+sa%FAde+sus%29%28278%2ENUME%2E+OU+278%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>">http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. (64-68, 352-356)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre os atos administrativos referentes às políticas públicas de saúde**: uma proposta para a dogmática do direito social à saúde. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SCHWARTZ, Germano A. A Tutela Antecipada no Direito à Saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica (de acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 2003.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) pensando a pesquisa jurídica. 2 ed. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. 1102 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 86.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0372589-1. Agravante: Juraci José Freire. Agravado: Estado do Paraná e Secretaria Estadual de Saúde - Central de Transplantes. Relator: Juiz convocado Albino Jacmel Guérios. Curitiba, 30 de julho de 2007. Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1606520/Acórdão-372589-1#. Acesso em: 07 jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1v.

Valle, Vanice Regina Lirio do. Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.