

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-423-5

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre “A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas”. Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado “O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética”, descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das “Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações”, e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado “Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia”, abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “O Direito à Saúde e as “escolhas trágicas” no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária”. O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a “Teoria das Escolhas Trágicas” de Guido Calabresi e Philip Bobbitt e a Metateoria do Direito Fraternal de Eligio Restá e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do “ser migrante” no Estado do Rio Grande do Sul”. As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do “ser migrante” de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado “A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional”, com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)”. Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020”. Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde”. O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado “Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário”. O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado “O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos”. Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado “O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19”. O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado “A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia”. Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado “O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde”. Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado “Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde”. Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado “A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado “O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios”. O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL PELO VIÉS DO PACTO
FEDERATIVO: A COMPETÊNCIA CONCORRENTE E COMUM NA PANDEMIA
E O PROGRAMA ASSISTIR/RS**

**THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL THROUGH THE BIAS OF
THE FEDERATIVE PACT: THE CONCURRENT AND COMMON COMPETENCE
IN THE PANDEMIC AND THE ASSISTIR/RS PROGRAM**

**Claudine Freire Rodembusch
Henrique Alexander Grazzi Keske**

Resumo

O presente artigo trata de apresentar um recorte acerca do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, com foco nas ações dissonantes entre União e Estados, notadamente quando do enfrentamento da pandemia, com a conseqüente reafirmação judicial da competência legislativa concorrente e administrativa comum entre os entes federados. Traz ainda como objeto a discussão entre gestão estadual, gestores municipais e hospitalares, pelo Programa Assistir/RS, em seu potencial de judicializar as questões relativas às dotações orçamentárias e prestação de serviços de saúde. Vale-se, para tanto, do método de pesquisa e análise legal e jurisprudencial.

Palavras-chave: Competência concorrente e comum, Entes federados, Judicialização da saúde no Brasil, Pandemia, Programa Assistir/RS

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to present an overview of the phenomenon of the judicialization of health in Brazil, focusing on dissonant actions between the Union and States, especially when facing the pandemic, with the consequent judicial reaffirmation of the common concurrent legislative and administrative competence between the entities federated. It also brings as its object the discussion between state management, municipal and hospital managers, through the Assistir/RS Program, in its potential to judicialize issues related to budget allocations and the provision of health services. For this, it uses the method of research and legal and jurisprudential analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Assistir/RS program, Concurrent and common competence, Federated entities, Judicialization of health in Brazil, Pandemic

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A motivação para a escritura do presente artigo parte do pressuposto da verificação do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, a que se chega pela consulta ao relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, onde se faz constar a quantidade da movimentação processual anual nos Tribunais brasileiros, o que, antes de quaisquer outras considerações, aponta para as tensas relações que se estabelecem entre os gestores do sistema nacional de saúde, considerando-se os entes federados, que são confrontados com os postulantes/usuários de tais serviços, a exigirem seu cumprimento, ou, ainda, o avanço em direção a certas especificidades ampliadas para tais prestações, bem como os julgadores de tais demandas. Certamente se está diante de um drama humanitário, haja vista que saúde implica, diretamente, no bem maior protegido pelo ordenamento, que é o direito à vida e, mais, a uma vida com dignidade. E, assim, se chega ao fato de que o efetivo cumprimento e acesso a tal direito passa, inexoravelmente, pelo contexto de políticas públicas, que se voltam para sua realização enquanto realidade concreta no meio social, o que desvela, como consequência objetiva, o problema fundamental da destinação dos recursos públicos para dar cobertura e sustentação a toda a gama de serviços disponibilizados, ou a serem exigidos.

Não bastassem tais circunstâncias estruturais a afligirem o contexto das demandas para a efetiva prestação dos serviços de saúde no Brasil, em função da pandemia que se está a atravessar, outro caráter se junta ao problema, uma vez que se evidencia verdadeiro conflito de normas editadas, entre os entes federados, no que diz respeito, sobretudo, às ações de combate ao contágio, notadamente quanto às medidas de isolamento social e atividades consideradas essenciais, o que, antes, se refere ao fundamento de se privilegiar ora a retomada das atividades econômicas, em detrimento da proteção à saúde, ora a proteção à saúde, para depois se tratar dos impactos econômicos causados por tais medidas. Tais conflitos acabaram por ser judicializados, com a União exigindo, reiteradas vezes, que o Supremo Tribunal Federal intervisse no sentido de cassar as medidas mais restritivas quanto à circulação de pessoas e atividade econômica, propostas por Estados e Municípios, resultando na cabal afirmação, pela máxima instância judiciária do país, da competência concorrente e comum dos entes federados, como consta das normas constitucionais.

Esse conflito, desencadeado pelo Governo Federal, contra decisões dos Governos Estaduais, não se mostra como único, no cenário jurídico-político brasileiro, porque, em nível regional, se pode apontar para a potencialidade de mais judicialização do direito à saúde, como por exemplo, pela edição de normas estaduais, de autoria do Governo do Estado do Rio Grande

do Sul, que instituem o Programa Assistir, com incentivos hospitalares para a qualificação da atenção secundária e terciária em saúde, nos cerca de 300 hospitais contratualizados, para a prestação dos serviços do Sistema Único de Saúde – SUS; e que já se instaura seguido de divergências entre a autoridade estadual e gestores municipais, bem como de administradores de instituições hospitalares, por incidir, diretamente, na alocação dos recursos financeiros para a prestação dos referidos serviços. Nesse sentido, não se discutem as competências ou a legitimidade para edição das normas, mas os critérios adotados, sobretudo quanto à distribuição dos recursos financeiros que sustentam a prestação dos serviços. Eis o campo aberto para se recorrer, mais uma vez, ao Judiciário, no sentido de dirimir os conflitos entre os entes federados. Daí decorre, então, que o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil passa a incidir, igualmente, sobre as próprias injunções do pacto federativo, cujos entes apresentam tais dissonâncias entre si.

2 DISSONÂNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERADOS

A Constituição Federal/88 é o marco fundante, em nosso ordenamento, do direito à saúde, dado que o fez constar junto do elenco dos demais direitos sociais fundamentais, pela forma como dispõe o Art. 6º; bem como o fez reafirmar a partir das disposições dos Artigos 196 a 200, em que cabe destacar, no que impacta aos objetivos perseguidos no presente artigo, que se trata de direito de todos, ou seja, de abrangência e de acesso universal e, em consequência, dever do Estado, de forma que sua concretização se deve operar por meio de políticas sociais e econômicas. Ademais, confere aos serviços de saúde a condição de relevância pública, instituindo que devem ser executados por um sistema único, porém regionalizado e hierarquizado, de maneira que estabelece como princípios a descentralização, o atendimento integral, bem como a participação da comunidade. Por fim, instaura e define as atribuições do sistema único de saúde (BRASIL, 1988). A seu turno e para além do marco constitucional, o Sistema Único de Saúde – SUS foi estruturado a partir de outras duas leis ordinárias, ou seja, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; e a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990: está colocado, portanto, o marco regulatório fundante, em nível de legislação ordinária, dos serviços de saúde no país.

Eis dessa forma e pelo caráter próprio das normas constitucionais serem abertas, que a instituição desse direito universal e integrativo desencadeou o crescimento de demandas judiciais, notadamente ajuizadas contra o Poder Público, com a finalidade de assegurar a tutela da cidadania diante das consideradas omissões do próprio Estado, justamente na prestação desse

serviço público relevante. Tais demandas, a seu turno, se mostraram tão significativas, a ponto de fazer surgir, segundo Lucília Alcione Prata (2013), um movimento, dentro do Poder Judiciário, notadamente junto ao CNJ - Conselho Nacional de Justiça, de elaboração de diagnósticos que trouxessem, além dos dados do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, a identificação das crescentes demandas de ações, além de se propor como auxiliar do próprio Estado, na formulação e execução das políticas públicas focadas na saúde. Assim, o referido diagnóstico se mostrou como um novo lócus na formação dessas políticas públicas de saúde, vindo a se constituir como política judiciária do CNJ. (PRATA, 2013).

Essas afirmações, a seu turno, remetem, precisamente, ao próprio CNJ, que, através do Relatório Judicialização e Sociedade: ações para a saúde pública de qualidade, de 08.06.21, estabelece algumas considerações acerca dos referenciais teóricos de que se vale em suas análises, apresentando a metodologia empregada na coleta de dados, juntamente de análises quantitativas e qualitativas, ao esclarecer que:

Por judicialização da saúde, entende-se o fenômeno crescente dos números de demandantes que pleiteiam questões relativas à saúde junto ao Judiciário. Alguns aspectos importantes devem ser considerados para se ter em mente como este fenômeno surge. A saúde é um direito constitucional. Portanto, é fundamental, para qualquer análise que se faça sobre tal tema, salientar que o eixo central da discussão não se dá na legitimidade de um direito, mas em mecanismos que assegurem este sem a necessidade de o Judiciário intervir, ou seja, na garantia do direito à saúde por aqueles a quem compete. (BRASIL, 2021a, p. 13).

Ao se observar, portanto, o item relativo aos assuntos judicializados do referido relatório, às páginas 31 e seguintes, correspondentes aos levantamentos feitos entre os anos de 2015/20, se verifica que as demandas processuais se referem aos seguintes pedidos:

Saúde, envolvendo direito administrativo e outras matérias de direito público; e com foco específico no SUS – Sistema Único de Saúde, que tratam de fornecimento de medicamentos e tratamento médico hospitalar, assistência à saúde de servidor público e assistência médico-hospitalar, ressarcimento, reajuste de tabela de preços e convênios médicos, repasse de verbas, terceirização e serviços em saúde; além de tratarem dos planos de saúde, via direito do consumidor, fornecimento de medicamentos pelos planos de saúde e serviços hospitalares via direito do consumidor, plano de saúde via direito do trabalho, taxa de saúde suplementar, via direito tributário, doação e transplante de órgãos e tecidos e saúde mental, controle social e conselhos de saúde, hospitais e outras entidades de saúde e, por fim, erro médico. (BRASIL, 2021a, p. 31).

Não bastassem essas circunstâncias específicas do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, a pandemia que estamos a atravessar veio acrescentar mais um enfoque ao problema, no que diz respeito ao estabelecimento de verdadeiro conflito entre os entes federados, sobretudo no que se refere às suas competências constitucionais, cujas demandas

acabaram, igualmente, por serem judicializadas, em função de decisões conflitantes a entrecortar a União, Estados e Municípios e Distrito Federal, notadamente quanto à adoção de medidas restritivas de circulação de pessoas e de atividades econômicas, para minimizar as condições de contágio pelo coronavírus, da população em geral. A seu turno, essa nova característica da judicialização veio provocar questionamentos acerca do federalismo brasileiro, fazendo com que o STF – Supremo Tribunal Federal, uma vez provocado, tivesse que reafirmar a competência concorrente e comum estabelecida, pela Constituição, para pautar as ações envolvendo o direito à saúde, entre os entes federados.

Nesse sentido, o primeiro ato desse conflito se deu com a edição, pela Presidência da República, da MP 926/2020, que vetava as restrições à circulação de trabalhadores que pudesse afetar o funcionamento do serviço público e de atividades essenciais; e que acabou suspensa, em parte, por decisão cautelar do Ministro Marco Aurélio, do STF, depois confirmada por unanimidade no plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.341. O segundo ato, complementar à edição da MP, se refere ao posterior Decreto 10.344/2020, editado, igualmente, pela Presidência da República, definindo quais seriam esses serviços públicos e atividades consideradas essenciais; o que entrou em conflito com as medidas mais restritivas adotadas por Estados e Municípios.

A seu turno, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 672/20, com pedido de medida liminar, contra o que classificou como um conjunto de ações e omissões da administração pública federal, no que diz respeito à condução de políticas públicas emergenciais nas áreas da saúde e da economia em face da crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus. Em consequência, na Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, foi concedido, parcialmente, liminar, no sentido de que não compete ao Executivo Federal afastar unilateralmente as decisões dos governos estaduais que, eventualmente, tenham determinado restrição de serviços e circulação de pessoas em meio à pandemia do coronavírus. (BRASIL, 2021e). Vale destacar, ainda, que, no texto da referida liminar, à pág. 07, o Ministro Alexandre de Moraes assim decidiu:

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. (BRASIL, 2021d, p. 07).

Ademais, naquilo que impacta o objetivo do presente artigo, vale destacar que a referida concessão de liminar se deu no contexto do que foi peticionado pela OAB Nacional, notadamente, no que se refere a qualquer decisão do Governo Federal que viesse a colocar um fim ao isolamento social decretado por Estados e Municípios, enquanto durarem os efeitos da pandemia e/ou que assim decidissem esses entes federativos, além do que, resumidamente, fosse observado, nos seguintes termos:

1. É legítima a intervenção judicial no âmbito da implementação de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, diante de omissões e ações inconstitucionais do Poder Público que violem o texto constitucional ao não atender o princípio da dignidade da pessoa humana.
2. As condutas reiteradamente adotadas pelo Presidente da República estão inviabilizando a adoção de uma política pública consistente para o combate à epidemia, violando preceitos fundamentais como o direito à saúde, a vida com dignidade e o princípio federativo.
3. Seja determinado ao Presidente da República que respeite as determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração. (BRASIL, 2021e, p.35).

Além disso, a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6341 se insurgiu contra a MP nº 926/20, por considerar que esta centralizava, na União, a competência para cuidar da saúde, além de conferir exclusividade, à União, de gerir o Sistema Único de Saúde - SUS, bem como de executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, o que inviabilizaria, ou esvaziaria a responsabilidade constitucional de Estados e Municípios. Em sua decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio, apesar de não acolher o pedido de nulidade dos dispositivos da MP, determinou que ficasse explícita a competência concorrente dos entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios); argumentado que a MP não contraria a Constituição, desde que não impeça a tomada de providências normativas e administrativas pelos demais entes federativos. (BRASIL, 2020e).

A seu turno e por maioria de votos, o Plenário do STF referendou, então, a liminar proferida pelo Ministro Relator, considerando que os governos federal, estadual e municipal têm competência concorrente para estabelecer medidas na área da Saúde. Dessa forma, estados e municípios podem tomar as medidas que acharem necessárias para combater o novo coronavírus, como isolamento social, fechamento do comércio e outras restrições; e, além do que, os governadores e prefeitos também poderão definir os serviços essenciais que podem funcionar durante o período da pandemia. (BRASIL, 2020e)

Porém, o Governo Federal, ingressa, em 18.03.21, com Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra Decretos dos Governos Estaduais da Bahia, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, que foram editados pelos governos locais,

constituindo-se de medidas restritivas à circulação de pessoas, como forma de conter o avanço significativo do contágio pelo coronavírus, alegando que os mesmos estariam ferindo os valores sociais da livre iniciativa e da liberdade da locomoção e solicitando que, dessa forma, fossem respeitados os princípios de legalidade e de proporcionalidade da Constituição Federal/88. Registra, ainda, que determinadas medidas dos referidos decretos dos entes federados se caracterizam como estados de sítio, além de outros atentarem, diretamente, contra os princípios de liberdade econômica. (BRASIL, 2021b). Em decisão, o Ministro Marco Aurélio, além de rejeitar o pedido, por erro processual grosseiro, haja vista que a petição não veio assinada pela Advocacia Geral da União, daí não cabendo o saneamento processual, ratifica a decisão anterior, da ADI 6341/20, no sentido de reforçar a devida ocorrência de “um condomínio entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, voltado a cuidar da saúde e assistência pública”. (BRASIL, 2021c, p. 03). Evidentemente que, daí, se evidencia o reconhecimento da legitimidade dos referidos decretos restritivos dos entes federados questionados.

Novamente, em 27.05.21, o Governo Federal move outra Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6855, agora com despacho pela AGU – Advocacia Geral da União, em que se volta contra os decretos dos Governos do Pernambuco, Paraná e Rio Grande do Norte, que estabelecem medidas restritivas à população para frear o avanço da Covid-19, com pedido de liminar para sustar os efeitos de toques de recolher e lockdown nesses Estados, afirmando que as medidas são inconstitucionais por terem sido decretadas unilateralmente pelos governadores e de que as decisões precisam passar pelo crivo do Poder Legislativo para entrar em vigor. Nesse sentido, cabe destacar, quanto à Decisão, que coube à Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o que segue:

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto decretos estaduais que impõe medidas restritivas de circulação de pessoas e de funcionamento de estabelecimentos comerciais, entre outras, para enfrentamento da pandemia.
2. As medidas impugnadas são dotadas de razoabilidade e destinam-se a um fim legítimo: conter o contágio, mortes e sobrecarga do sistema de saúde, com base em orientação e dados dos respectivos órgãos técnicos.
3. Conforme reiterada Jurisprudência do STF, União, Estados e Municípios possuem competência legislativa concorrente (CF, Art. 24, XII) e competência administrativa comum (CF, Art. 23, II) para defesa da saúde. Sem prejuízo da atuação própria da União, cabe a eles, portanto, adotar medidas de combate à pandemia, desde que: (i) observem os limites de sua competência e (ii) atuem respaldados em critérios científicos. (Citam-se as ADI 6341, 6342, 6625 e ADPF 672). (BRASIL, 2021d).

Ao abordarem o tema acerca do caráter próprio das competências entre os entes federados, notadamente agora, durante a pandemia e em questões relativas à saúde pública, Continentino e Pinto (2020), no que se refere ao tema do conflito de posições e disposições

normativas havidas entre o Governo Federal, Estados e Municípios, bem como de decisões do Supremo Tribunal Federal, perguntam se não estaríamos diante de uma nova perspectiva do federalismo brasileiro, referindo-se a duas etapas bem distintas quanto aos arranjos federativos em nosso país. Nesse sentido, em longo período de cerca de 30 anos, a partir da Carta Política/88, por conta de obstáculos de ordem financeira e jurídico-constitucional, cotejando-se as decisões do STF, se pode afirmar que o federalismo implantado se revestia do caráter de hipertrofia do Governo Federal, em detrimento dos governos estaduais e municipais, por uma dinâmica centralizadora, como o de um federalismo centrípeto. Agora, entretanto, em função da pandemia, se observa, pelas decisões do próprio STF, o caráter de um federalismo centrífugo, em que, cada vez mais, se reforça o protagonismo de estados e municípios, pela afirmação constitucional das competências de caráter comum e concorrente entre os entes federados. (CONTINENTINO; PINTO, 2020, p. 01).

Assim, a partir dos ditames constitucionais a estabelecer a saúde como direito social fundamental, bem como da legislação ordinária, que instaura o Sistema Único de Saúde, se pode verificar que o contexto normativo acaba por ser implantado através de um imenso contexto de políticas públicas, levadas a efeito pelos diversos entes federados, o que veio provocar, entretanto, o fenômeno da judicialização da saúde, em um leque muito amplo de demandas, através das quais a cidadania ativa pressiona o Judiciário no sentido de ver efetivada a prestação dos serviços respectivos. Nessas ações, não se trata, porém, de questionar a legitimidade do direito, mas os mecanismos que assegurem sua efetivação. Trata-se de inquestionável fenômeno social, já consolidado nas instâncias jurídicas do país.

Não bastassem essas características já bastante significativas do fenômeno, agora, em função da pandemia, se chega ao fato notório que envolve dissonâncias entre os entes federados, na execução de tais políticas públicas, em que a discricionariedade própria de cada ente vem a ser questionada, junto à máxima instância jurídica do país. Dessa forma, eis que o STF, com base nos preceitos constitucionais e da declaração de constitucionalidade das medidas adotadas, bem como diante das situações concretas de combate ao contágio, vem a reafirmar que as competências entre os entes federados se referem ao caráter de competência legislativa concorrente e administrativa comum. Nesse sentido, é por meio dessa intervenção judicial legítima que, em último caso, se recorre, no processo de implementação de tais políticas públicas na área da saúde, voltadas à realização do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, que poderiam ser ameaçadas diante do conflito instaurado, a mostrar que se chega, inclusive, ao caráter de reafirmar um modelo de federalismo mais descentralizado.

3 REORDENAÇÃO DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA COMO INCENTIVO: O PROGRAMA ASSISTIR/RS

Evidentemente que, ao instaurar as normas reguladoras do direito à saúde, em nosso ordenamento, a própria Carta Política/88, na seção II, junto com a instituição do Sistema Único de Saúde, estabelece as determinações quanto ao financiamento e contingenciamento de dotações orçamentárias entre os entes federados, envolvendo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de forma que, com respeito ao princípio fundante da autonomia entre os entes, tais dotações venham a seguir os preceitos de uma rede regionalizada e hierarquizada, baseada na “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”; como determina o inciso I, do artigo 198. Por conta disso, em 02.08.21, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul publica o Decreto nº 56.015/21, que institui Programa de Incentivos Hospitalares - ASSISTIR para a qualificação da atenção secundária e terciária em saúde nos hospitais contratualizados para prestação de serviços no Sistema Único de Saúde – SUS. O referido Decreto, em 03.08.21, se vê regulamentado pela Portaria nº 537/21, da Secretaria Estadual de Saúde/RS, reafirmando o princípio fundante da eficiência na destinação dos recursos públicos; o que impacta as dotações orçamentárias dos hospitais do Rio Grande do Sul e, em consequência, afeta, de forma direta, as Prefeituras e os gestores dos estabelecimentos de saúde.

A seu turno e no que importa destacar no presente artigo, a referida Portaria faz menção expressa aos seguintes fundamentos legais: Lei nº 8080/90, que institui o SUS, dispendo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; Lei nº 8142/90, ao dispor sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, bem como sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde; e, ainda, ao Decreto nº 7508 que regulamenta a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. Da mesma forma, tanto o Decreto que institui o Programa Assistir, quanto a Portaria que o regulamenta, replicam que sua finalidade é a de destinar os recursos financeiros aos hospitais vinculados ao SUS, obedecendo aos princípios de transparência e equanimidade, com base na regionalização da saúde; capacidade instalada e resolutiva de cada hospital; obedecendo-se os limites orçamentários. (RIO GRANDE DO SUL, 2021b).

Ademais, ambos os referidos dispositivos estabelecem que, para que seja cumprida essa finalidade, a destinação dos recursos obedecerá a critérios técnicos, a pautar os referidos incentivos, de maneira que a alocação orçamentária a ser feita, a seu turno, implicará na

concessão dos recursos com base em equidade e razoabilidade, limitados à disponibilidade orçamentária, além de determinar o devido monitoramento e avaliação da aplicação dos recursos repassados aos hospitais. Os referidos dispositivos tratam, da mesma forma, de instituir uma fórmula de incentivo financeiro aos hospitais gaúchos, definido como VITS – valor do incentivo por tipo de serviço que, a seu turno, não se confunde com o custeio direto da prestação de serviços por meio de financiamento federal. Por sua vez, os Anexos da Portaria definem a lista dos tipos de serviços incentivados, bem como os fatores e/ou variáveis a serem consideradas para se chegar ao cálculo por tipo de serviço e respectiva classificação, implicando, diretamente, no montante da dotação orçamentária. (RIO GRANDE DO SUL, 2021a; 2021b).

Por conta disso, a dotação orçamentária a ser destinada às unidades hospitalares deve obedecer, igualmente, à atribuição de uma variável de peso, como referencial para se ponderar o montante referido, com base em critérios técnicos da Secretaria de Saúde, levando-se em conta a importância e caráter essencial, bem como a qualificação de cada tipo de serviço prestado pelas instituições. Ademais, para se chegar ao cálculo final dos recursos a serem alocados como incentivo, ou seja, ao valor do VITS, a fórmula matemática empregada calcula os índices atribuídos a cada serviço prestado, com o respectivo peso, associado à denominada unidade de referência, como maneira de mensurar a estrutura, produção e complexidade do serviço, para se chegar à Unidade de Incentivo Hospitalar, servindo, assim, ao resultado do valor do montante a repassar. Além disso, destaca-se que essa unidade de referência tem como finalidade procurar evitar prováveis distorções dos repasses, pelas desigualdades nas dimensões e capacidade de atendimento das unidades hospitalares, com base nos seguintes critérios: dimensões dos serviços ambulatoriais e de internações, número de leitos e tipo e complexidade dos serviços, de acordo com definições e dados do SUS. (RIO GRANDE DO SUL, 2021b).

Em publicação institucional, datada de 16.08.21, a Secretaria de Estado da Saúde/RS dá conta de que apresentou o Programa Assistir ao Comitê Estadual de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, ratificando que os recursos de que trata o Programa se referem a uma alocação voluntária do Estado para incentivar serviços que já recebem verbas federais para funcionarem. Nesse sentido, posicionou-se a titular da pasta, Arita Bergmann:

A partir do Programa Assistir haverá um fortalecimento de serviços regionais. Não havia justificativa para beneficiar algumas instituições em detrimento de outras. Agora há transparência quanto a cada hospital recebe de incentivo estadual e o porquê, o que deverá diminuir a judicialização da saúde (pedidos de ofertas de serviços de saúde por meio do poder judiciário), uma vez que o sistema poderá abarcar essas demandas pelo caminho do acesso aos serviços. O projeto estava sendo discutido e

formulado desde o início da gestão atual, em 2019, e que não foi colocado em prática antes por causa da pandemia de covid-19. (RIO GRANDE DO SUL, 2021c, p. 01).

Na ocasião, Lisiane Wassen Fagundes, como Diretora do Departamento de Gestão da Atenção Especializada – SES/RS, assim se posicionou:

Apresentamos um cálculo de distribuição mais justo e transparente, com uma fórmula que valoriza os serviços hospitalares mais próximos do cidadão. Até o momento, a distribuição não possuía critérios claros, alguns recebiam muito e entregavam pouco para a população. (...) A forma como os hospitais eram incentivados antes do Assistir não permitia a equidade e a isonomia. Dois hospitais de porte semelhante recebiam valores anuais muito díspares sem nenhuma explicação que justificasse as diferenças. (...) Estamos trabalhando no projeto há 26 meses, desde maio de 2019. Todas as entidades representativas das gestões hospitalares foram ouvidas e participaram da construção do projeto. (RIO GRANDE DO SUL, 2021c, p. 01).

Ademais, com o fim de especificar ainda mais as novas condições de dotação orçamentária trazida pela nova normatização, Fagundes, ainda assevera que:

Todo o valor repassado como incentivo aos hospitais gaúchos será vinculado ao serviço, de fato, prestado por cada instituição – o que antes não era necessário, pois este era um valor repassado apenas para custeio (por exemplo, manter a estrutura física e folha de pagamento). Era o que ocorria em caso de orçamentação, que era um incentivo que comprometia 48,5% dos recursos estaduais e eram alocados em apenas 21 hospitais, entre os cerca de 300 que prestam serviços pelo SUS. Ou seja, menos de 8% dos hospitais do Estado recebiam quase metade do recurso estadual destinado para este fim. (RIO GRANDE DO SUL, 2021c, p. 01).

Entretanto, em matéria assinada pelo jornalista investigativo Marcelo Gonzato, intitulada “Novo Programa de incentivo gera polêmica entre prefeitos: gestores se dividem entre quem aprova critérios mais objetivos de distribuição de recursos e quem aponta queda de repasses”, publicada no Jornal Zero Hora, de 17.08.21, pág. 18, se constatam, na esfera política, afirmações contraditórias entre os gestores municipais, a quem o Programa se dirige, no sentido de propor outra reorganização das destinações orçamentárias. Nesse sentido, vale destacar as declarações do Prefeito de Canoas, Jairo Jorge:

Esta proposta afeta, profundamente, a saúde de Canoas e de outras 156 cidades que dependem do Hospital de Pronto Socorro Canoense e do Hospital Universitário. De setembro de 2021 a setembro de 2024, se essa proposta for implementada, Canoas perderá R\$ 256 milhões. São R\$ 72 milhões ao ano. (GONZATTO, 2021, p. 18).

A seu turno, na mesma matéria, se colhe o depoimento de Luciano Orsi, Prefeito de Campo Bom:

Temos mais de 70% de todo o custo do nosso hospital arcado pelo município. O saldo é, em boa parte, (pago) pela União e pequeníssima parte o Estado nos repassa. Sempre trabalho na ótica da meritocracia: produziu, tem de ter direito a recebimento; e nós

produzíamos e não tínhamos direito a recebimento quase nenhum. Acredito que seja um ótimo programa. (GONZATTO, 2021, p. 18).

Na esteira da discussão política do referido Programa Assistir, em matéria assinada pela jornalista investigativa Rosane de Oliveira; e intitulada “Rumo à Judicialização”, publicada no Jornal Zero Hora, de 21.08.21, à pág. 06, com a colaboração de Gabriel Jacobsen, consta a informação de que os Prefeitos congregados na GRANPAL – Associação de Municípios da Grande Porto Alegre, que integra 14 Municípios da Região Metropolitana, se mostraram inconformados com a distribuição dos recursos a serem repassados pelo Estado, afirmando que, não havendo outra alternativa, levariam o tema à Justiça. Vale destacar, nesse sentido, as afirmações de Sebastião Melo, como Prefeito da Capital e Presidente da Associação:

Esse projeto foi feito por técnicos, burocratas. Esse assunto... eu não gostaria de judicializá-lo, e vou dizer isso ao Governador, porque a decisão da GRANPAL foi, se não houver decisão política, judicializar. O que ouvi hoje na reunião na GRANPAL é que Canoas, Esteio disseram que vão fechar todas as emergências se esse projeto for colocado e todos os pacientes vão desembocar em Porto Alegre. O Programa tem mérito, mas foi feito sem discussão. (OLIVEIRA, 2021, p. 06).

No intuito de dar voz a todos os envolvidos no problema em tela, importante, da mesma forma, se trazer o depoimento dos próprios gestores das instituições de saúde, afetados, de forma mais direta ainda, pelas novas disposições normativas quanto à alocação dos referidos recursos financeiros, de forma que cabe destacar as declarações de Júlio Dornelles de Matos que, como Diretor-geral da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, em matéria intitulada “Saúde com Justiça”, afirma que o referido Programa substitui os anteriores, que concentravam a maior destinação dos recursos para os hospitais municipais, em regime de orçamento, mas sem critérios definidos de produção efetiva dos serviços hospitalares, o que ensejava uma distribuição desigual, sem considerar, por exemplo, o montante da assistência dos usuários do SUS; e que, agora, o objetivo é o de beneficiar mais de sete milhões desses usuários dos serviços de saúde, somente no Rio Grande do Sul, dando como exemplo o da própria Santa Casa que se coloca como a maior prestadora de serviços do SUS no Estado e a terceira do país (MATOS, 2021). Nesse sentido, vale ainda destacar:

Lembro que os hospitais mais beneficiados com o Assistir são aqueles que, em grande medida, até hoje, pagaram a conta do privilégio de alguns, corrigindo anomalia histórica na saúde do Estado. Em vez de contrapor o que o Estado, corajosamente, fez, alcançando equidade e transparência, o melhor seria que todos agissem na real causa do déficit do SUS, o subfinanciamento federal. (MATOS, 2021, p. 25).

Ainda no nível das dissonâncias entre os entes federados, gestores municipais e gestores de instituições hospitalares, surge o depoimento de Roberto Silva da Rocha, como Procurador-geral do Município de Porto Alegre, quando, em matéria intitulada “O melhor da Saúde para todos”, afirma que, com base na Lei nº 13.019/14, com as alterações posteriores, da Lei nº 13.204/15, que estabeleceram o regime jurídico de parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em sistema de mútua cooperação, para a realização de atividades de interesse público, como o é a prestação do serviço de saúde; a Prefeitura da Capital logrou estabelecer parcerias exitosas com diversas instituições hospitalares, levando atendimento a 103 unidades básicas de saúde. Porém, em que pese os benefícios estabelecidos à população atendida, o referido Procurador trata de apontar os problemas gerados pela judicialização da saúde, uma vez que, por conta disso, em âmbito judicial, duas ações vêm a questionar o fato de que a prestação do serviço de atenção básica deva ser feita de forma integralmente direta, isto é, sem a participação de terceiros (ROCHA, 2021). Nesse sentido, afirma ainda que:

As normas legais, a doutrina e a jurisprudência do STF, TCU (Tribunal de Contas da União) e do TCE (Tribunal de Contas do Estado), conferem uma relevante esfera de discricionariedade do gestor, para definir o melhor modelo de prestação do serviço de saúde, desde que respeitados critérios como economicidade e eficiência. Se esses requisitos estão sendo atendidos, porque não manter as parcerias e centralizar os esforços da operação direta em situações mais complexas? E, ainda, no firme propósito de estender a todos o que há de melhor em saúde, porque não perguntar aos usuários do serviço sobre qual modelo melhor lhes atende? (ROCHA, 2021, p. 21).

Evidentemente, todo o programa, lato senso, de saúde pública, exige financiamento, o que indica a complexa relação que se estabelece no que diz respeito à eficiência na distribuição dos recursos públicos e remete, de pronto, à necessidade de uma articulação interfederativa adequada entre os entes a quem compete a prestação dos serviços respectivos e, em consequência, a própria efetivação desse direito social fundamental. Nesse sentido, sem dúvida, não há possibilidade de não evidenciar a observância objetiva de princípios de transparência e equanimidade, bem como de absoluta publicidade na destinação de tais recursos, desde verbas federais para os Estados e dos Estados para com os Municípios.

Provavelmente, as inconformidades antes apresentadas, que estão a opor o Programa Assistir de incentivo, de autoria do Governo do Estado, com Prefeituras e, mais ainda, com administradores hospitalares, que se apresentam como divergentes, entre si, quanto aos montantes a considerar quando da destinação orçamentária, se voltam a questionar os referidos critérios técnicos de cálculo, bem como os sentidos e significados que possam vir a assumir os princípios de equidade e razoabilidade, ao se focar a capacidade instalada e resolutiva de cada

hospital na prestação efetiva do serviço de saúde. Eis aí, portanto, aberto o campo fértil para as intrincadas demandas judiciais, a opor os entes federados, juntamente com organizações da sociedade civil, igualmente prestadoras dos serviços de saúde, notadamente quando os critérios técnicos assumidos pelos gestores, que implantaram o Programa, se vê chocar-se com critérios políticos dos demais agentes do sistema. Alguns questionamentos que devem nortear a discussão, então, parecem ser os seguintes: os referidos critérios técnicos podem sobressair-se como mais eficazes do que as injunções políticas percebidas pelos administradores locais, focados na prestação de tais serviços, em suas realidades desiguais, sem que isso traga prejuízo aos usuários do sistema, ou seja, à população ao qual a proteção da saúde, como um todo, se dirige? Como não gerar cancelamento de certos serviços em algumas localidades e/ou instituições de saúde, em detrimento da hipertrofia de outras, obrigando-se o deslocamento que, certamente virá a acontecer, se tais serviços não forem disponibilizados à população que deles necessita? O critério técnico de se fazer prevalecer atendimento de uma maioria de usuários deve, sempre, nortear a designação de recursos, mesmo em detrimento do atendimento de uma minoria que, em dadas situações locais, historicamente estabelecidas, necessitem de um financiamento maior, para manter a qualidade dos serviços ofertados?

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os enfoques então trazidos, acerca do problema em tela, mostram que a judicialização da saúde está consolidada em nosso país, de maneira que, em função disso, se faz necessário um acerto, ou melhor, um concerto geral, que envolva os entes federados, nos diversos níveis de suas competências discricionárias, em uma atuação coordenada de todos os atores sociais, políticos e jurídicos envolvidos com essas questões, no sentido de dirimir o expressivo aumento de tais demandas, pela propositura, dessa forma, de resolução extrajudicial de conflitos, agregando-se, assim, Magistrados, Ministério Público e Defensorias, operadores do Direito, de uma maneira geral, junto aos gestores públicos e mesmo administradores das instituições prestadoras de tais serviços, como representantes de organizações civis ativas. Nesse sentido, se poderia, inclusive, propor consulta aos usuários do sistema como um todo, para que a própria população viesse a avaliar e a considerar as formas como se dá a efetivação de tais serviços e, até mesmo, propondo soluções.

Algumas políticas públicas já vêm se desenvolvendo nesse sentido, mas se mostram como ações pontuais, o que, mais uma vez, remete ao problema de se investir em uma política pública ampla e geral, que reunisse esses atores sociais envolvidos no problema. Entretanto, ao

invés disso, o que se vê, principalmente em função da pandemia, é justamente o oposto, ou seja, não apenas a falta de uma coordenação nacional, geral, mas uma deliberada oposição da União contra os demais entes federados, a ensejar os conflitos que oneram o já constrangedor cenário das demandas judiciais de saúde no país. As ações anteriormente referidas, que promovem as dissonâncias entre os entes federados, estão a evidenciar as fragilidades do sistema federativo, mas, antes ainda, pela confusão deliberada entre as competências definidas constitucionalmente, vêm a mostrar a falta intencional de uma articulação geral, porque se está a focar tentativas de sobrepor as discricionariedades próprias de União, sobre a dos demais entes federados.

Complexas são as desigualdades regionais entre os diversos entes federativos, se focarmos o contexto da União, em sua relação com os entes estaduais, como, igualmente, focando-se as próprias estruturas estaduais, se pode evidenciar que tais desigualdades se mostram entre os diferentes entes municipais, no nível interno dos Estados e, uma vez se focando realidades locais, tais diversidades se apresentam mesmo entre os prestadores dos serviços de saúde, se considerarmos as organizações que os prestam, no interior dos próprios municípios. Daí a importância de se valer da referida discricionariedade dos entes, para se definir, de maneira adequada, o melhor modelo de prestação dos referidos serviços de saúde, buscando-se corrigir as sentidas anomalias históricas e sistêmicas identificadas, notadamente quanto à destinação dos recursos públicos que sustentam todo o sistema. Nesse sentido é que se insere a provocação final de se incluir na discussão os próprios usuários do sistema, por meio de mecanismos adequados de consulta e se levando a sério tais reclames. A maneira de se fazer isso diz respeito aos diversos níveis decisórios, em suas ações interfederativas. Eis o desafio de estruturar essa proposta.

Por fim, outro enfoque de provocação se faz necessário, no sentido de que, sem se desconsiderarem os necessários cálculos atuariais e de contabilização geral do sistema, uma vez que se está a tratar de recursos públicos, não se podem equacionar essas variáveis pela simples consideração ideológica que se referem a gastos com saúde, uma vez que saúde pública não pode ser considerada a partir da rubrica enquadrada, de maneira simplificadora, como se constituindo de gasto, mas, ao contrário, deve ser encarada como o caráter de um dos mais elevados, se não o mais elevado investimento público do Estado, em quaisquer situações, pois se refere ao pacto social fundante a garantir a própria constituição do ente público em quaisquer níveis. Trata-se, assim, de direito social, insculpido como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, a exigir uma concertação nacional, de todos os entes, para sua efetivação como bem inquestionável da própria cidadania.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: nova edição confirma maior produtividade do Judiciário. 25 ago. 2020a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2020-nova-edicao-confirma-maior-produtividade-do-judiciario/>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Judicialização e Sociedade**: ações para a saúde pública de qualidade. Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.344, de 08 de maio de 2020. Define os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 maio 2020b. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/843579191/decreto-10344-20>>. Acesso em 24 ago. 2021,

BRASIL. Decreto nº 7508, de 28 de junho de 2011. Dispõe sobre a organização do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 28 jun. 2011. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 jul. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 set. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8142, de 28 dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 28 dez. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm Acesso em: 20 ago. 2021

BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Dispõe sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública durante a Pandemia do coronavírus. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 mar. 2020c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **ADI 6764/21**. Contra os Decretos Estaduais da Bahia, Rio Grande do Sul e do Distrito Federal. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rA8v0bREqAruwKuJc4_uzojoy4zcrZF_/view>. Acesso em: 23 ago. 2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6764/21**: Decisão. STF, Brasília, 23 mar. 2021b. Disponível em: <https://issuu.com/gauchazh/docs/adi_6764_-_decis_o>. Acesso em: 23 ago. 2021c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6855/21**: Decisão. Brasília, 23 jun. 2021d. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238283207/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6855-rn-0054874-1120211000000/inteiro-teor-1238283212>> Acesso em: 23 ago. 21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 672/20**: Decisão. Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes. STF, Brasília, 08 abr. 2020d. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/executivo-nao-impedir-isolamento.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **OAB Nacional ajuíza ADPF 672 contra atos e omissões da Presidência da República**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440629&ori=1>>. Acesso em: 24 ago. 2021e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sessão Plenária ADI 6341**: Decisão. Íntegra dos Votos. STF, Brasília, 24 mar. 2020e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb; PINTO, Ernani Varjal Medicis. Estamos diante de um novo federalismo brasileiro? **Observatório Constitucional**. 18 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/observatorio-constitucional-estamos-diante-federalismo-brasileiro>>. Acesso em: 21 ago.2021.

GONZATO, Marcelo. Novo programa de incentivo gera polêmica entre prefeitos: gestores se dividem entre quem aprova critério mais objetivos de distribuição de recursos e quem aponta quedas de repasses. **Jornal Zero Hora**, 17 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 56.015, de 02 agosto de 2021. Institui Programa de Incentivos Hospitalares. **Diário Oficial [do] Rio Grande do Sul**, nº 155, 2ª edição, 03 ago. 2021a. Disponível em: <<https://saude-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/202108/06143807-decreto-56015-2021.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Portaria nº 537, de 03 de agosto de 2021. Regulamenta o Programa de Incentivos Hospitalares. **Diário Oficial [do] Rio Grande do Sul**, nº 155, 4ª edição, 3 ago. 2021b. Disponível em: <<https://saude-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/202108/06143800-pt-537-2021.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Estado da Saúde. **Programa Assistir foi apresentado ao Comitê Estadual de Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. 16 ago. 2021c. Acessado em: 23.08.21. Disponível em: <<https://saude.rs.gov.br/programa-assistir-foi-apresentado-ao-conselho-nacional-de-justica>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

MATOS, Júlio Dornelles de. Saúde com Justiça. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 22 ago. 2021.

OLIVEIRA, Rosane. Rumo à judicialização. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 20 ago. 2021.

PRATA, Lucília Alcione. Um novo lócus de formação das políticas públicas de saúde: o diagnóstico de Saúde pela política judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Roberto Silva da. O melhor da saúde para todos. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 25 ago. 2021.