



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ASPECTO MORAL DAS LIMINARES CONCEDIDAS PARA CIRURGIAS FRENTE
AS FILAS CIRÚRGICAS

Wallace da Costa Soares

Rio de Janeiro
2019

WALLACE DA COSTA SOARES

O ASPECTO MORAL DAS LIMINARES CONCEDIDAS PARA CIRURGIAS FRENTE
AS FILAS CIRÚRGICAS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

O ASPECTO MORAL DAS LIMINARES CONCEDIDAS PARA CIRURGIAS FRENTE AS FILAS CIRÚRGICAS

Wallace da Costa Soares

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – Este artigo busca analisar a moralidade das liminares concedidas para cirurgias frente as filas cirúrgicas diante da incapacidade do sistema público de saúde em prover atendimento igualitário e imediato a toda a sua população. Assim, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema para discutir se a intervenção Estatal, através de seu sistema judiciário, na priorização das cirurgias pelo poder executivo fere a moralidade, pois quando o poder judiciário concede uma liminar a um indivíduo da população, outro verá postergado o atendimento de sua demanda. Destaca-se a solidariedade dos entes federados insculpida no art. 198, da CRFB/88, para garantir o direito e o acesso à saúde a todos os cidadãos. Porém, observa-se que as dificuldades enfrentadas pelos entes podem inviabilizar a operacionalização da política de saúde e deixando, assim, de cumprir com a garantia trazida no art. 5º, o direito a igualdade, onde poucos privilegiados têm acesso à saúde. Com o estudo, pode concluir que diante da atual realidade, apesar de moralmente não ser a melhor solução, não se pode esperar do poder judiciário solução diversa das que são apresentadas diante do crescente processo de judicialização da saúde. O que se precisa ter em mente é que o judiciário dentro de sua atribuição, não pode deixar de garantir o acesso ao direito devido àqueles que dele se socorre, portanto sob o aspecto de sua finalidade e razão de ser, age sim o judiciário dentro da moralidade.

Palavras-chave – Direito Constitucional, Conflitos Morais, Direito à Saúde, Judicialização da Saúde.

Sumário – Introdução. 1. O direito fundamental a saúde e a responsabilidade dos entes federativos 2. A atuação e o papel do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais 3. A moral e a intervenção judicial frente as filas cirúrgicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar o aspecto moral das liminares concedidas para cirurgias frente as filas cirúrgicas, dentro de um contexto de judicialização da saúde. Neste prisma, procura-se compreender qual a moralidade na atuação direta do judiciário diante da incapacidade do sistema público de saúde em prover atendimento igualitário e imediato a toda a sua população.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a intervenção Estatal por meio de seu sistema judiciário na priorização das cirurgias pelo poder executivo fere a moralidade, uma vez que no momento em

que o poder judiciário concede uma liminar a um indivíduo da população, outro verá postergado o atendimento de sua demanda.

Atualmente vive-se uma crise no sistema de público de saúde, o que se percebe é que, apesar de sua obrigação constitucional de promover saúde a sua população, cada vez menos o Estado é capaz de prover acesso igualitário aos serviços de saúde. Neste contexto, uma parcela da população se socorre no judiciário para fazer valer seu direito fundamental, aumentando cada dia mais o número de demandas judiciais em busca de medicamentos, internações, cirurgias, entre outros serviços que deveriam ser garantidos gratuitamente pelo Estado. A este fenômeno se denominou “judicialização da saúde”. Por outro lado, resta, àqueles que não buscam o judiciário, uma espera angustiante, onde por muitas vezes, morrem sem conseguir receber a devida assistência.

O enfoque do trabalho é a temática do ativismo judicial existente na seara constitucional. Há um aparente conflito, pois ainda que o Estado juiz esteja honrando seu papel de garantidor da lei, fazendo valer e cumprir princípios constitucionais, grande parcela da sociedade não acessa a esfera jurisdicional não sendo assistida e ficando esquecida em filas intermináveis. Desta forma, é de suma importância, avaliar como nossos tribunais vêm resolvendo as questões de natureza moral nas demandas de saúde, especificamente nas demandas relativas a intervenções cirúrgicas.

A situação apresentada favorece as seguintes reflexões: Qual o limite da atuação do Estado Juiz na definição de critérios para definir prioridades no atendimento cirúrgico? Diante da crescente judicialização da saúde, como os Juízes vêm fundamentando suas decisões em pedidos liminares no campo de acesso as intervenções cirúrgicas? Como se avaliam moralmente essas decisões quando enfrentadas comparando-se aqueles que são atendidos pelo Estado juiz e aqueles que não se acolheram no Judiciário?

Para melhor compreensão do tema, objetiva-se discutir, de maneira crítica, a compatibilidade entre o direito e a moral na presente judicialização da saúde. Como foco principal, pretende-se abordar a atuação do magistrado nas demandas de saúde, formulando limites a essa atuação, com a ponderação entre o que pode ser feito pelo poder judiciário sem se abandonar os critérios já adotados pelo poder executivo. Pretende-se ainda averiguar os limites da atuação Judicial diante de um sistema de saúde que não está capaz de atender as demandas da população; compreender como se forma a convicção dos magistrados quando decidem pelo deferimento de uma liminar que permite desconsiderar os critérios adotados pelo executivo para determinar a ordem cirúrgica e analisar a moralidade do deferimento de liminares frente a existência de uma fila de espera cirúrgica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional no tocante ao direito à assistência à saúde o qual se materializa no Sistema Único de Saúde (SUS). Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a saúde é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a atuação e o papel do poder judiciário na efetivação de tal direito. O terceiro capítulo pesquisa busca uma reflexão moral sobre a ponderação entre indeclinabilidade da prestação jurisdicional, o princípio da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de burla à fila cirúrgica.

Para que a pesquisa seja corretamente realizada, garantindo um olhar comprovadamente científico sobre o assunto abordado, faz-se necessário um recorte epistemológico, validando o estudo elaborado. Assim, o método hipotético-dedutivo será acolhido para a produção do artigo, pois o pesquisador irá elencar especulações que, com base em estudos, análises estatísticas e casos concretos, serão comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, pois o pesquisador almeja apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que possam corroborar com a tese sustentada.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) ¹, a saúde é conceituada como: “um estado completo de bem-estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade”. Ou seja, o conceito de saúde se estende desde as ações preventivas e de promoção realizadas por meios de programas sociais e educacionais passando pelo atendimento ambulatorial até as ações mais complexas como as intervenções cirúrgicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) é a lei maior que dita toda a estrutura jurídico-normativa de uma sociedade. Ela é assertiva ao assegurar o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, instituídas em normas de caráter imperativo, autoaplicáveis e impondo responsabilidade solidária dos entes federativos. O art.

¹OMS, *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>.> Acesso em: 21 set. 2018.

196 do mandamento constitucional² traz que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado”, desta forma deixando clara a obrigação dos Entes Federativos em prover a saúde igualitária da população. Já o art. 5º, caput, da Carta Magna³ garante que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]”.

A lei maior, no seu artigo 6º, trouxe a saúde como um direito social⁴, sendo tal medida resultado do reconhecimento do princípio da dignidade humana como marco balizador do atual sistema jurídico. Pedro Lenza, em sua obra, ao trazer o conceito de saúde entende ser esta “um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁵. E ainda, conforme disposição do art. 197 da CRFB/88, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo desta forma, “o poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a execução, ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”⁶.

Sendo assim, vista a saúde como um direito fundamental e tendo seu mínimo existencial indicado na Constituição, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que por ser um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, é um modelo seguido por várias nações⁷. O SUS vem para permitir que o Estado ponha em prática ações que preconizem o atendimento da saúde da população dentro do conceito trazido pela OMS, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação ambulatorial de hipertensão e diabetes até cirurgias complexas como o transplante de órgãos, garantindo-se, com tais ações o acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país⁸.

Neste mesmo sentido, é compreendido que as ações e serviços públicos de saúde são partes integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

³Ibid

⁴Ibid.

⁵LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1232-1233

⁶BRASIL, op., cit., nota 2.

⁷Id. *SUS é referência internacional, diz Banco Mundial*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2013/12/sus-e-referencia-internacional-diz-banco-mundial>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁸MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 23 set. 2018.

único, organizado de maneira descentralizada entre os Entes da Federação, com direção simples em cada esfera de governo, como preconiza o artigo 198 da CRFB/88⁹. No entanto, instrumentalizá-lo é de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo que o executam por meio de políticas públicas¹⁰.

Pela dicção dos artigos 6º e 196 da carta constitucional, depreende-se a competência comum, e não subsidiária, dos entes federativos para a realização material de que tratam os mencionados artigos, ou seja, compete-lhes empenhar-se na proteção da saúde da população, promovendo as medidas necessárias para a efetivação do direito social.

Sobre o tema, importante observar o que dispõe o Enunciado nº 65, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹¹:

DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.

Não há dúvidas quanto ao dever solidário dos entes federados, por força da regra constitucional, de garantir o direito e o acesso à saúde a todos os cidadãos. Este entendimento é reforçado quando se observa o parágrafo primeiro do artigo 198 da CRFB, que afirma que o SUS será financiado “com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”¹².

Neste diapasão as dificuldades enfrentadas pelos entes podem encaminhar para a inviabilização da operacionalização da política de saúde e deixando, assim, de cumprir com outro mandamento constitucional ditado pelo art. 5º, o direito a igualdade, onde poucos privilegiados têm acesso à saúde. Importante destacar que diante da proteção constitucional, faz-se mais do que garantir direito à saúde, garante-se o próprio direito à vida. De certo que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida ou fazer prevalecer o interesse do Estado, não resta alternativa senão garantir ao cidadão carente de recursos o direito ao tratamento médico adequado.

Neste cenário, cabe ao Poder Judiciário interferir na política pública quando não existe lei ou ação administrativa implementando os mandamentos constitucionais, de forma a,

⁹ BRASIL, op., cit., nota 2.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 65*. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹² BRASIL, op., cit., nota 2.

subsidiariamente, cumprir com a intenção do legislador originário e garantir a efetividade dos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Porém, se por um lado cabe ao órgão jurisdicional garantir o direito daquele que o movimenta, não pode o julgador abdicar de observar que não pode tal prestação prejudicar a outros cidadãos que a ele não se socorreram. Este ditame vem da concepção doutrinária da dupla vertente dos direitos sociais. Pedro Lenza, sobre o tema traz que:

A dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiros, devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.¹³

Pensando-se, justamente nesta dupla vertente dos direitos sociais é que se encontra o objeto deste estudo.

2. A ATUAÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreende-se que em um Estado constitucional democrático cabe ao poder Judiciário interpretar a constituição, de forma a resguardar e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico. Sendo assim, aos Juízes cabe interpretar e dar sentido as normas, bem como realizar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, quando há colisão entre eles.

Quando se analisam processos que discutem a efetiva implementação de políticas públicas, a efetividade da ação governamental ou o poder discricionário da administração pública, os Juízes e Tribunais se encontram constantemente com a dificuldade de equalizar a questão dos limites de atuação do Poder Judiciário e elementos como direitos fundamentais, direitos humanos e garantias sociais básicas. O princípio da separação dos poderes também costuma estar presente nessa ponderação.

Não existe uma solução pré-determinada para essas controvérsias, sendo necessário, em grande parte das vezes, uma discussão mais profunda que traz a tona um relevante tema atualmente no Brasil, o ativismo dentro do Poder Judiciário. Com conotações políticas, econômicas e sociais, o conceito de ativismo envolve a ideia da atribuição de proatividade à atuação da Justiça, em perspectiva expandida da estrita aplicação da lei.

¹³ LENZA, op., cit., p. 1233.

Assim, tem papel de destaque os direitos fundamentais sociais. O Brasil, como país em desenvolvimento, ainda está no início da trajetória de conquista do verdadeiro Estado Social. Reflexo deste atraso observa-se nas desigualdades sociais, violência, miséria, pobreza, déficit no tratamento da saúde e na educação. O que se observa é que na busca pela redução das consequências do atraso no desenvolvimento, promulgou-se uma Constituição abrangendo tantos direitos sociais que traz em si a missão de desprender esforços importantes para estes direitos alcançassem satisfatória efetividade.

Observação importante a se fazer é de que para implantar direitos sociais, no seu aspecto positivo, depende necessariamente de recursos financeiros. Barcellos¹⁴, explica que para a efetivação de ações estatais com a finalidade de prover os Direitos Fundamentais dependem de recursos financeiros, sendo que estes são limitados. Sendo tal observação, não apenas uma tese jurídica e sim um reflexo da realidade fática. Portanto, faz-se necessária a decisão política acerca de como e onde serão destinados os recursos públicos para fins de efetivação destes. O problema da limitação de recursos financeiros é agravado no cenário brasileiro atual em virtude da crise econômica, política e social que vivenciamos, a qual é de notório conhecimento. Desta forma o autor¹⁵ defende que estas escolhas “recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”, ou seja, ainda que sejam estas decisões políticas, haverá sempre grande influência legislativa sobre elas.

Neste contexto cabe a atuação do Estado Juiz, uma vez que este atua como garantidor e efetivador do cumprimento à legislação, em especial a constitucional. Esta atuação, quando pautada no direito à saúde, será de forma a realizar o controle judicial dos atos e omissões administrativas, não cabendo nesta matéria a alegação de discricionariedade e separação dos poderes, pois são atos vinculados por conta de políticas sociais implementadas em prol de direitos sociais constitucionalmente garantidos¹⁶.

Em sua obra, Barroso¹⁷ destaca as principais causas da judicialização no Brasil, o autor considera, inicialmente, a redemocratização do país materializada pela Constituição de 1988, que trouxe inúmeros direitos fundamentais e reavivou a cidadania, gerando uma maior busca

¹⁴ BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

¹⁵ Ibid.-

¹⁶ MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 880-883

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95

por parte das pessoas em proteger seus direitos, aumentando a demanda judicial; por outro lado, temos uma constitucionalização abrangente, tornando constitucional diversas matérias como o direito à saúde, aumentando a busca pela efetividade destes direitos que antes ficavam apenas na esfera da legislação ordinária; por fim, a crescente função judiciária, principalmente por meio do STF, que tem aspectos tanto do sistema difuso como do concentrado, de modo que do juiz ao STF, todos interpretam a Constituição, além do fato de que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”.

Destaca-se também que a jurisprudência vem compreendendo ser descabida a alegação de reserva do possível, quando se trata de questão relacionada a assistência a saúde. Uma vez que, em respeito ao princípio da dignidade humana e do direito a vida não prospera a alegação de impossibilidade de prestação Estatal por conta de incapacidade financeira. Neste sentido Carvalho Filho¹⁸ trata do princípio da reserva do possível afirmando que:

a moderna doutrina denomina reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível.

Neste mesmo raciocínio vêm se decidindo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça que considera que:

A saúde é direito social constitucionalmente reconhecido e, como tal, apresenta uma dupla vertente. Se, por um lado é dotado de natureza negativa, cabendo ao Estado e a terceiros o dever de abstenção da prática de atos que prejudiquem os destinatários da norma, por outro, reveste-se de natureza positiva, fomentando-se, assim, um Estado prestacionista. Sob tal diretriz, compete ao Estado, em sentido lato, garantir a saúde de todos. A Súmula nº 65 do TJRJ fixou a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, em apreço aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, bem como à Lei nº 8.080/90, podendo a prestação ser exigida de qualquer dos entes federativos. [...]. (TJ-RJ - APL: 00035859420138190068 RIO DE JANEIRO RIO DAS OSTRAS 2 VARA, Relator: Rogério de Oliveira Souza, Data de Julgamento: 04/07/2017, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 06/07/2017)

Portanto, da leitura do supra exposto compreende-se que é função do poder judiciário exigir do Estado, representado pelo poder executivo, que atue de forma a fornecer ao cidadão o atendimento a sua necessidade relativa a saúde, evitando assim, a inércia do poder administrativo e assegurando o atendimento da garantia constitucional, descabendo-se a sustentação de carência de dotação orçamentária. Porém, o grande cerne da questão é até que

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1252.

ponto a obrigação Estatal de prover as necessidades daqueles que se socorrem do judiciário deve atuar, de forma a não contrariar às próprias garantias constitucionais, dentre elas a da igualdade na atenção e da proteção oferecida pelo Estado. Pois a realidade é que a máquina pública não suporta, atualmente, o atendimento da demanda de toda sua população e que, ainda que se tenha obrigação de suprir esta carência, independente da alegação de insuficiência orçamentária, verdade é que haverá uma priorização de um caso frente aos demais.

Diante deste prisma é que busca-se compreender até que ponto as decisões emanadas pelo judiciário, determinando que se garanta o atendimento daquele que dele se socorre, pode estar contrariando a própria moralidade da atuação Estatal, uma vez que para garantir o atendimento da necessidade de uns, por muitas vezes se posterga o atendimento daqueles que já se encontravam nas filas para atendimento nas unidades de saúde. Tema este a ser abordado no próximo capítulo.

3. A MORAL E A INTERVENÇÃO JUDICIAL FRENTE AS FILAS CIRURGICAS

A realidade mostra que milhares de pessoas buscam diariamente o atendimento público de saúde, não suportando o Estado tamanha demanda frente a carência de recursos. Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM) ¹⁹, em estudo referente ao Sistema Único de Saúde (SUS), o fator com pior avaliação entre pacientes entrevistados foi o tempo de espera. Sendo considerado pelo órgão o “maior gargalo da rede pública para 61% dos entrevistados que buscam uma cirurgia, 56% dos que precisam de um exame de imagem e para 55% dos que aguardam uma consulta”.

O órgão fiscalizador afirma ainda que no período de realização da pesquisa realizada pelo Datafolha, 34% dos entrevistados aguardavam para fazer uma cirurgia, 32% por consulta médica, e 31% buscavam por exames. Porém, o dado se torna mais alarmante quando a pesquisa demonstra que o SUS está levando, a cada ano, mais tempo para responder às solicitações. Segundo os dados fornecidos ao CFM, no ano de 2014, 29% dos que haviam pedido exame, cirurgia ou consulta ainda aguardavam por estas após seis meses. Já no ano de 2018, esse percentual passa a ser de 45%. E ainda, em 2014 16% dos entrevistados aguardavam há mais

¹⁹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, PESQUISA DATAFOLHA: *Dobram queixas por tempo de espera*, 2018. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27725%3Apesquisa-cfmdatafolha-dobram-queixas-por-tempo-de-espera&catid=3%3Aportal&Itemid=1>. Acesso em: 11 abr. 2019.

de 12 meses, índice esse que em 2018 atingiu a marca de 29%, ou seja, praticamente duas vezes mais.

Segundo o CFM, “a percepção registrada pelo Datafolha converge com as conclusões de estudo recente do CFM sobre a demora para dar vazão à lista de espera por cirurgias eletivas”. Esta afirmação se deve ao fato de que no ano de 2017, pesquisa realizada pelo órgão constatou que a longa espera é a realidade vivenciada por cerca de 904 mil pessoas que esperavam por cirurgias eletivas. Estes dados foram repassados por secretarias de saúde de 16 estados e 10 capitais, onde, respectivamente, constam pedidos de 801 mil e 103 mil procedimentos cirúrgicos.

Assim, diante de uma realidade de omissão Estatal, segundo Vieira²⁰ como uma forma de tentar reduzir o impacto da carência do atendimento dos demais órgãos estatais, ficou o Judiciário incumbido de “controlar as omissões inconstitucionais perpetradas pelos poderes constituídos”. E assim, tornou-se o Judiciário o responsável por tornar efetivos os direitos fundamentais quando da omissão estatal, através da criação do direito, exercendo atividade legiferante positiva. Portanto, com a ampliação da jurisdição constitucional e o conseqüente aumento da demanda judicial, vem ocorrendo a judicialização das relações políticas e sociais²¹.

Um fato importante é que em diversas situações, no julgamento de demandas judiciais de saúde, os juízes enfrentam “casos difíceis”, assim designados pela teoria do positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart²², “que não são normalmente resolvidos pela subsunção direta a uma regra jurídica estabelecida de forma explícita pela instituição competente”. Para estes casos, segundo ao autor, o julgador terá que “exercer a sua discricionariedade, aventando a possibilidade de decidi-los com base em outros padrões, tais como os princípios, a política ou suas próprias convicções morais, experimentando, assim, os chamados conflitos morais acima definidos”.

José Carlos Zebulum²³, em seu artigo faz dura crítica à classificação feita por Herbert L. A. Hart., ele considera que essa divisão entre casos fáceis e difíceis “refletiria uma classificação equivocada e arbitrária”, pois considera que classifica-lo por si só já seria uma

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 447-449

²¹ BARROSO, op., cit., p. 95.

²² HART, HLA. O conceito de direito. Lisboa: Gulbenkian; 1994. in Zebulum JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

²³ ZEBULUM, JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

decisão de mérito. O autor adverte que da classificação, a qual considera equivocada, nasce um segundo erro, onde:

Os casos fáceis seriam resolvidos por mera subsunção da situação concreta à legislação em vigor, enquanto que, na outra ponta, os casos difíceis estariam a exigir do julgador uma atividade mais complexa, que consistiria em percorrer ‘uma trilha discursiva-argumentativa’ que pudesse apresentar resposta adequada à questão

Não haveria, portanto, uma essência autoexplicativa do que seriam os casos fáceis e difíceis, como também não seria possível estabelecer uma divisão lógico-matemática entre as duas espécies de casos. Mas fato é que em determinados casos, a simples subsunção do caso a normativa vigente, pode não se mostrar a decisão mais acertada, uma vez que pode desconsiderar importantes fatores, por vezes até mesmo deixando de lado até mesmo a ponderação de princípios, descambando-se mais para o lado político da decisão do que para o seu aspecto jurídico.

Zebulum²⁴, considera como política um tipo de padrão que determina objetivos a serem alcançados, desta forma a decisão política se justifica em argumentos políticos, pois justificam uma decisão buscando demonstrar que esta:

Fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. Assim, quando o juiz decide um determinado caso, adotando como justificativa a preservação do sistema de saúde pública, ou buscando assegurar uma melhoria no atendimento à população, adota como razão de decidir uma argumentação política.

O autor usa como princípio jurídico um padrão que deva ser parâmetro, ainda que não seja mais econômico, nem politicamente ou socialmente mais aceito, busca-se apenas aquilo que é uma exigência de justiça, equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.

Portanto, ao conceder determinada medida terapêutica pelo Estado, ele se pauta no fato de ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, portanto a decisão estaria sustentada em um princípio constitucional. Zebulum²⁵ acrescenta que a decisão pautada em princípios se difere daquela pautada nas normas, pois enquanto estas se aplicam na medida do “tudo ou nada”, aquelas “podem ser ponderada com outros princípios, que podem, no caso particular, oferecer razões mais fortes para que a decisão siga uma outra orientação”.

Desta forma, deve-se considerar que nem sempre uma decisão exclusivamente baseada na norma pode ser considerada moral. Há tempos que a reflexão entre as possíveis conexões

²⁴ Ibid

²⁵ ZEBULUM. op., cit., nota 5.

entre a moral e o direito é realizada por filósofos. Ao enfrentar esta questão, Dworkin²⁶ sustenta que o direito não seria um sistema de regras que pode, que conflitaria com a moralidade, mas sim, seria uma apresentação da própria moralidade. Em contraponto temos o positivismo jurídico de Hart²⁷ que declara a completa independência entre direito e moral. Nesta teoria o direito se sujeitaria aos costumes e práticas sociais de uma determinada comunidade, portanto se é por esta aceita como padrão admitido pela comunidade, pouco importa se é justa ou injusta, será considerada direito.

Porém, fato importante a se observar é que na sociedade a opinião e as normas jurídicas, em geral, refletem aos anseios da classe dominante, nem sempre, portanto, refletindo a necessidade das classes mais carentes, que são justamente os que mais necessitam da proteção Estatal. Em sua obra, Barroso²⁸ traz algumas objeções que seriam reflexões frente ao crescente processo de judicialização.

Para ele, a “judicialização à saúde” é questionável quando analisamos situações tais como a garantia constitucional da saúde ser provida por “políticas sociais e econômicas e não através de decisões judiciais”, o fato do poder executivo ter “visão global dos recursos disponíveis”, portanto sendo o mais capacitado para decidir quanto ao orçamento, a retirada das decisões daqueles que foram legitimados pelo povo, o princípio da reserva do possível e o fato de ter decisões judiciais podendo desorganizar a administração pública. O autor salienta ainda que, os maiores beneficiados pelas decisões judiciais são “aqueles que tem acesso qualificado a justiça”, bem como não ter o poder judiciário o conhecimento específico para priorizar os atendimentos.

Tais ideias se resumem nas palavras do próprio autor²⁹, onde ele considera que o “Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação”. Porém, o autor pondera que não pode também o judiciário ser mais do que deve ser de forma que para “promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos”.

Portanto, pode-se compreender uma decisão judicial frente a um caso concreto, não deve ser analisada exclusivamente sob a ótica, ainda que constitucional, apenas da ação individual. Ou se assim o fizer, corre-se o risco de estar baseando-se apenas em uma perspectiva positivista, abandonando-se a real função constitucional e a possibilidade de avaliar a

²⁶ DWORKIN, R. A Virtude Soberana. *A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 55-56

²⁷ HART, op., cit., nota 4.

²⁸ BARROSO, op., cit., nota 3. p. 96-98

²⁹ Ibid.

ponderação diante da existência de um conflito entre princípios constitucionais. Sob este prisma percebe-se que os impactos da judicialização da saúde, destacando-se as decisões que interferem diretamente em políticas públicas, podem ter um impacto social capaz de gerar inquietude principalmente quando se pensa no atendimento a população como um todo. Desta forma, questionando-se a própria moralidade de tais decisões.

CONCLUSÃO

É notório que o tempo de espera por um atendimento médico compromete o próprio atendimento, podendo agravar o quadro patológico, até mesmo levando a morte. Porém, através deste estudo foi possível observar que, apesar da Constituição Federal estar fazendo 31 anos de existência, ainda, nos dias atuais, a realidade mostra que milhares de pessoas buscam diariamente o atendimento público de saúde, não suportando o Estado tamanha demanda frente a carência de recursos, ficando portanto impossibilitado de garantir de forma igualitária o acesso a atenção dos seus direitos básicos e fundamentais. Grande parte dessas dificuldades se devem à carência de recursos, consequência de anos de seguidas gestões falhas e inertes quanto à formulação de estratégias eficazes.

Portanto, verificou-se que a ineficiência da aplicação das políticas públicas existentes ou até mesmo a sua total ausência em alguns casos, faz com quem seja crescente o número de demandas que buscam garantir o atendimento, pelo Estado, de direitos fundamentais, onde embora sejam um meio alternativo de garantir acesso as garantias constitucionais, acabou gerando, em contraponto, violação ao interesse da coletividade, uma vez que, o despendimento de grandes quantias em favor de um particular, pode prejudicar a execução de serviços essenciais da administração. Desta forma, passa o Estado Juiz a intervir nas questões políticas e sociais, assumindo ainda um papel legiferante.

Cabe destacar que para compreender uma decisão judicial frente a um caso concreto, não deve ser analisada exclusivamente sob a ótica, ainda que constitucional, apenas da ação individual. Ou se assim o fizer, corre-se o risco de estar baseando-se apenas em uma perspectiva positivista, abandonando-se a real função constitucional e a possibilidade de avaliar a ponderação diante da existência de um conflito entre princípios constitucionais. Sob este prisma percebe-se que os impactos da judicialização da saúde, destacando-se as decisões que interferem diretamente em políticas públicas, podem ter um impacto social capaz de gerar inquietude principalmente quando se pensa no atendimento a população como um todo. Desta forma, questionando-se a própria moralidade de tais decisões.

Com o estudo, pode concluir que diante da atual realidade, apesar de moralmente não ser a melhor solução, não se pode esperar do poder judiciário solução diversa das que são apresentadas diante do crescente processo de judicialização da saúde. Pois, o que se precisa ter em mente é que o judiciário dentro de sua atribuição, não pode deixar de garantir o acesso ao direito devido de quem dele se socorre, portanto sob o aspecto de sua finalidade e razão de ser, age sim o judiciário dentro da moralidade.

Por outro lado, é clara a necessidade de se haver um movimento de luta para que o Estado crie programas e soluções que se transformem gradualmente em verdadeiras políticas de saúde, de atuação mais abrangente, permitindo uma melhor distribuição dos recursos na área de saúde e, por conseguinte, uma atuação mais igualitária na realização das cirurgias pelo SUS.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____, *SUS é referência internacional*, diz Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2013/12/sus-e-referencia-internacional-diz-banco-mundial>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 65*. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 20 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *PESQUISA DATAFOLHA: Dobram queixas por tempo de espera*, 2018. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27725%3apesquisa-cfmdatafolha-dobram-queixas-por-tempo-de-espera&catid=3%3Aportal&Itemid=1. Acesso em: 11 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, H.L.A. O conceito de direito. Lisboa: Gulbenkian; 1994. in Zebulum JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <[https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article /view/355/442](https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 23 set. 2018.

OMS, *Constituição da Organização Mundial de Saúde*, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>.> Acesso em: 21 set. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZEBULUM, JC. *Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral*. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.