

AS ESCOLHAS TRÁGICAS E O ESTADO: UMA ALTERNATIVA EM PERSPECTIVA SISTÊMICA PARA A SAÚDE JUDICIALIZADA

THE TRAGIC CHOICES AND THE STATE: A SYSTEMIC ALTERNATIVE PERSPECTIVE FOR JUDICIALIZED HEALTH

André Studart Leitão¹
UNICHRISTUS

Taís Schilling Ferraz²
ENFAM

Cintia Menezes Brunetta³
FADISP

RESUMO

A complexidade do fenômeno da judicialização da saúde conduz o juiz, constantemente, ao palco das escolhas trágicas. Espera-se que ele decida a favor daquele que pede o direito, para quem o bem jurídico não tem preço, ou a favor do Estado, que, para prover direitos sociais, precisa fazer alocação ou realocação de recursos sabidamente finitos. O artigo investiga, em perspectiva sistêmica, a atuação do Poder Judiciário nas ações sobre direito à saúde, para avaliar a hipótese de que o tratamento atomizado dos casos possa estar retroalimentando a judicialização. Adotando abordagem crítico-metodológica, com base em dados e tomando como referencial teórico elementos da análise econômica do direito, da teoria das escolhas trágicas e do pensamento sistêmico, o texto identifica algumas consequências da forma reativa de atuação judicial no tratamento das ações sobre saúde e avalia, com apoio na teoria econômica do *second best*, um modelo de atuação que melhor prestigia a capacidade institucional do Poder Judiciário na pacificação de controvérsias e que acolhe a complexidade envolvida na implementação do direito à saúde. Propõe, ao final, o uso mais disseminado das demandas estruturais como alternativa para obtenção de maior ganho sistêmico e sustentável na atuação judicial.

Palavras-chave: *Direito à saúde. Impactos econômicos das decisões. Judicialização. Capacidade Institucional. Demandas estruturais.*

ABSTRACT

The complexity of the phenomenon of judicialization of health care leads the judge, constantly, to the stage of tragic choices. It is expected that he will decide in favor of the one who asks for the right, for whom the legal good is priceless, or in favor of the State, which, in order to provide social rights, needs to allocate or reallocate resources that are known to be finite. The article investigates, from a systemic perspective, the role of the Judiciary in actions on the right to health and health care, to evaluate the hypothesis that the atomized treatment of cases may be feeding back the judicialization. Adopting a critical-methodological approach, based on data and taking as a theoretical framework elements of the economic analysis of law, the theory of tragic choices and systemic thinking, the text identifies some consequences of the reactive form of judicial action in the treatment of actions on health and evaluates, based on the economic theory of the *second best*, a model of action that better honors the institutional capacity of the Judiciary in the pacification of controversies and that embraces the complexity involved in the implementation of the right to health. Finally, it proposes the more widespread use of structural demands as an alternative to obtain greater systemic and sustainable gains in judicial action.

Key words: *Right to health. Economic impacts of decisions. Judicialization. Institutional Capacity. Structural demands.*

1 Doutor (2011) e Mestre (2006) em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e pelo Mediterranean International Centre for Human Rights Research (MICHRR).

2 Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS, área de concentração Sistema Penal e Violência (PUCRS, 2020). Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS, área de concentração violência e segurança pública. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, área de concentração Teoria geral da Jurisdição e Processo (PUCRS, 2015). Professora titular do Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

3 Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp (2023). Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Christus – Unichristus (2019). Professora da Graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado da Fadisp. Pesquisadora da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular - Funadesp.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os pais de A., ao contrário da maioria dos pais, não tinham para a filha sonhos de uma vida perfeita. Cada momento vivido era uma vitória e representava um passo. Agora, eles só queriam mais seis. Apenas seis passos. A. possui uma doença metabólica rara, de diagnóstico difícil e prognóstico cruel. Ainda não existe um tratamento resolutivo para ela, mas as pesquisas prosseguem e, há pouco tempo, foi desenvolvido um medicamento que, embora não prometa curar a doença, torna concreta a esperança dos passos tão desejados, e de que as conquistas, até agora alcançadas, não retrocederão. A. e seus pais, então, entraram na estatística dos milhares de brasileiros que, todos os anos, ajuízam ações com o escopo de obrigar o Estado a fornecer medicamentos ou financiar procedimentos e tratamentos que não constam dos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS.

E qual é o problema?

Embora sob a perspectiva de quem pede, a saúde não tenha preço, sob a perspectiva de quem paga, ela tem um custo. No caso de A., esse custo é de alguns milhões de reais. E entre o rosto dessa criança e das milhões de pessoas sem rosto, que buscam o SUS para terem assegurado o direito à saúde, está um juiz, assombrado pelo drama do caso individual, pelas vultosas, embora limitadas cifras de muitas planilhas complexas, que documentam as receitas e despesas do orçamento da saúde, pelo poder de decidir e pelos dilemas trágicos sob sua responsabilidade.

Afinal, quanto valem seis passos? Existe um limite para o dever do Estado de custear a saúde de um cidadão? Ao atender o pleito de um requerente com rosto, quem – ou quantos – que não se fazem representar em cada processo -, deixarão de ser atendidos?

Outras perguntas antecedem a essas: por que ao juiz compete fazer este tipo de escolha? Diante de um orçamento limitado, a quem cabe estabelecer prioridades?

Provavelmente, isso não seria um problema se o Estado alocasse cem por cento de seus recursos na saúde. Contudo, essa não é uma hipótese com a qual se possa trabalhar. O Estado, por óbvio, tem despesas e investimentos obrigatórios em



outras áreas, como educação, alimentação, assistência social, segurança pública, habitação, infraestrutura. Mesmo a saúde tem muitas dimensões, em termos de despesas, para além do fornecimento de medicamentos e tratamentos. E, num exercício de fantasia, ainda que o Brasil investisse todo o seu dinheiro na saúde, algumas escolhas precisariam ser feitas em termos de política pública, e, com elas, determinadas pessoas, inevitavelmente, permaneceriam sem acesso à totalidade dos serviços.

Em razão disso, em matéria de saúde, pronunciamentos judiciais sempre são medidas realocativas, nunca alocativas.

A corajosa história de A. e de sua família inspira este ensaio, por trazer, no dilema que encerra, a complexidade do tema da judicialização da saúde.

Não se tratará, aqui, da busca de critérios para a construção de uma solução justa, pois nenhuma solução pode ser considerada justa, quando o Estado nega a uma criança a esperança de uma vida normal ou quando debilita o núcleo essencial do direito de pessoas anônimas.

Se a solução justa é inalcançável, só resta ir em busca de caminhos que possam conduzir a construções racionais, com maior ganho sistêmico.

A investigação, aqui, estará dirigida à compreensão do direito à saúde e do fenômeno da sua judicialização em um contexto mais amplo e adotará um viés qualitativo e crítico-metodológico.

Parte-se da contextualização do problema e de dados estatísticos e orçamentários que sinalizam para a sua dimensão, seguidos de uma rápida abordagem da saúde enquanto direito fundamental, à luz dos escólios de Alexy e Dworkin, e da teoria de Calabresi e Bobbitt, sobre escolhas trágicas. Introduce-se no contexto das políticas de saúde a perspectiva do custo dos direitos, tomando-se por referência os estudos de Holmes e Sunstein. Identificam-se, então, com apoio no pensamento sistêmico e nas advertências de Senge, alguns dos impactos indesejáveis do fenômeno da judicialização da saúde, para se propor, ao final, com apoio na teoria do *second best*, uma alternativa para maior ganho sistêmico na atuação judicial.



2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A vida, a morte, a saúde e a doença permeiam a seara judicial em seus diversos níveis. Pedidos como realização de cirurgia, fornecimento de medicamento, disponibilização de leito de UTI, ou alteração de ordem na fila para internação ou tratamento no Sistema Único de Saúde são apresentados diariamente, trazendo consigo toda a individualidade do sofrimento e das expectativas daqueles que os formulam. Diante da falta ou insuficiência na efetivação de um direito social, como a saúde, a tendência é de que o cidadão busque amparo do Poder Judiciário, invocando o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto na Constituição (art. 5º, XXXV). Transfere-se, assim, ao juiz a responsabilidade de dar solução à pretensão que foi negada.

Insatisfeitos com defesas genéricas e abstratas, apresentadas pelo Poder Público nas esferas federal, estadual e municipal, que esvaziam a noção concreta da reserva do possível, e sensibilizados com cada uma das situações sob sua tutela, os magistrados, muitas vezes, acabam por assegurar os direitos invocados, a despeito dos seus elevados custos. É comum, nesse caminho, que sejam invocados como base valores jurídicos abstratos, conceitos indeterminados e cláusulas genéricas, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da universalização do direito à saúde e da inviolabilidade do direito à vida e à saúde.

Percebida a estratégia para o alcance de uma suposta saúde integral, por meio da atuação do Poder Judiciário, abrem-se grandes e capilarizadas vias pelas quais passam a transitar todos aqueles que tiveram, de alguma forma, frustradas as expectativas de atendimento pelo Sistema Único de Saúde.

Segundo os dados do Ministério da Saúde, citados em relatório de auditoria operacional do Tribunal de Contas da União (TCU, 2017), os valores gastos pelo Governo Federal no cumprimento das decisões judiciais na área da saúde aumentaram mais de quatorze vezes em oito anos, passando de R\$ 70 milhões de reais em 2008 para mais de um bilhão de reais em 2015. No período compreendido entre janeiro de 2011 e junho de 2015, gastou-se, apenas em frete aéreo para a



entrega dos medicamentos e insumos demandados judicialmente, mais de treze milhões de reais, perfazendo uma média de quase três milhões de reais por ano.

Em nível estadual, a situação é ainda mais crítica. De acordo com o mesmo relatório, o somatório dos gastos com a saúde judicializada (retirando-se procedimentos), de apenas três Estados (São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina), foi superior aos gastos federais no período correspondente. Em 2013, a União despendeu aproximadamente R\$ 435 milhões de reais, enquanto esses Estados gastaram mais de R\$ 734 milhões; em 2014, a União gastou quase R\$ 700 milhões, enquanto os três Estados listados acima despenderam mais de R\$ 772 milhões.

A fiscalização do TCU apurou também, na ocasião, que, entre 2010 e 2015, o Ministério da Saúde gastou mais de R\$ 2,7 bilhões com compras determinadas judicialmente. Desse valor, mais de 54% (R\$ 1,49 bilhão) referiam-se a apenas três medicamentos: Elaprase® (Idursulfase); Naglazyme® (Galsulfase) e Soliris® (Eculizumabe).

Um panorama traçado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (AGU, 2012) faz perceber que decisões em ações judiciais individuais podem gerar grandes concentrações de recursos públicos da saúde no atendimento a um percentual muito pequeno de usuários, o que apontaria para uma irracionalidade no sistema, tornando-o injusto e desigual. Dantas (2017) já alertava que o gasto com a aquisição de remédios excepcionais havia crescido, apenas entre 2003 e 2007 mais de 250% e continuava a crescer.

Dados do Fundo Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul demonstram que a demanda judicial por medicamentos e tratamentos no Sistema Único de Saúde no Estado, foi de R\$ 200,2 milhões em 2012, para R\$ 560,2 milhões em 2020 (NAUNDORF, 2020).

Diante da magnitude do fenômeno da judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça vem desenvolvendo ações e projetos voltados a produzir dados e reflexões sobre as relações entre o sistema de justiça e o sistema de saúde e a promover uma certa postura de autocontenção do Poder Judiciário frente às demandas sobre direito à saúde.



Não há indícios, no entanto, de que o fenômeno esteja se tornando menos intenso. Ao contrário, o que se percebe é o seu recrudescimento.

3. SOBRE DIREITOS E ESCOLHAS

A principal consequência do enquadramento de uma norma na categoria dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua supremacia – não apenas do ponto de vista formal, mas também sob a ótica axiológica – e, conseqüentemente, de sua força normativa diferenciada.

Assim ocorre com a saúde, que, enquadrada na Constituição como direito social (art. 6º), insere-se dentre os direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais têm seu nascedouro e razão de ser na igualdade (SARLET, 2012).

A saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Constituição, art. 196).

Essa conformação indica que qualquer interpretação que se faça quanto à extensão do direito à saúde terá que considerar sua fundamentalidade e, portanto, sua máxima efetividade, vale dizer, será sempre uma exegese que potencialize a produção de efeitos práticos.

Trata-se, no entanto, de direito que se implementa, essencialmente, através de medidas de caráter prestacional a cargo do Estado. E como é da natureza das medidas prestacionais, as ações voltadas a assegurar o direito à saúde têm custo. Um custo que se agrega a muitos outros, em um contexto orçamentário.

Considerando que ao Estado compete implementar políticas e ações essenciais em diversas áreas, e que os recursos públicos são limitados, também por sua natureza, já que não se reproduzem por mágica e dependem de muitos fatores, chega-se ao incômodo (mas inevitável) pressuposto de que o direito à saúde, por mais fundamental que seja, não poderá ser assegurado de forma absoluta. Escolhas sempre precisarão ser feitas.

No caso do direito à saúde, trata-se de escolhas trágicas, em que se fará necessário, eventualmente, decidir entre assegurar a sobrevivência (ou a cura) de



peçoas que sofrem de doenças grave, mas raras, ou destinar recursos a tecnologias ou prestações de saúde que possam alcançar toda uma coletividade ou parte considerável dela.

Fazer escolhas em tese, ao se estabelecer prioridades, na concepção das políticas públicas de saúde, é relativamente indolor. Fazê-las diante de alguém com rosto, nome, idade, família, é muito mais desafiador, seja para aquele que se vê na linha de frente, diante da impossibilidade de salvar uma vida ou garantir que se mantenha livre de progressão de determinada doença, seja para um juiz, a quem se recorre em decorrência dessa impossibilidade.

Robert Alexy, na obra *The real and the ideal dimension of law* (2018), desenvolve a ideia de que o Direito necessariamente compreende, a um só tempo, duas dimensões: uma concreta e outra ideal. A dimensão concreta pode ser associada à ideia de Direito como fato social. A dimensão ideal corresponde a um acerto moral, para além do mero direito positivado. Alexy não defende a aplicação de um Direito ideal, mas procura construir a percepção de que a dimensão ideal do Direito deve guiar a dimensão factual e sua eficácia concreta.

Ao desenvolver a ideia dos princípios enquanto mandamentos de otimização, o autor pressupõe a necessidade de selecionar as melhores alternativas para alcançar determinados fins e defende que o grau de satisfação deve ser o maior possível dentro do contexto jurídico e real existente (ALEXY, 2008), identificando no Judiciário a arena fundamental para a realização da tarefa de otimização e reconhecendo, portanto, que o desempenho dessa missão envolve uma avaliação em termos de custo-benefício.

Na mesma linha de Robert Alexy, mas atribuindo aos princípios e aos direitos humanos uma concepção ainda mais substantiva, histórica e contextualizada, Ronald Dworkin (2002) defende que nenhum direito pode ser visto como um dado absoluto e, que, portanto, seu tratamento judicial autoriza, ocasionalmente, a necessidade de relativizar importantes princípios e direitos em nome de um valor social, político e moral de urgência suficiente, que vai além de um simples argumento pragmático. O autor introduz a ideia dos direitos fundamentais enquanto trunfos hermenêuticos. Partindo do princípio da instrumentalidade do princípio da dignidade da pessoa



humana. Sem estabelecer uma fórmula geral de ponderação de bens jurídicos, defende a inadmissibilidade de uma maioria política impor as suas próprias convicções às minorias em situação de vulnerabilidade (DWORKIN, 2002).

Guido Calabresi e Philip Bobbitt, embora não estudem especificamente o processo hermenêutico envolvido nas decisões judiciais, em *Tragic Choices*, observam e analisam escolhas feitas pela sociedade como um todo quando confrontada com duas questões distintas, mas relacionadas: quantos recursos se deve disponibilizar e a quem se deve concedê-los (CALABRESI E BOBBIT, 1978).

Segundo os autores, uma sociedade obviamente tem uma ampla gama de opções para decidir como responder a essas perguntas. Sem embargo, quando os recursos são particularmente escassos, o método de alocação escolhido pode criar custos sociais incômodos, sobretudo nos casos de “escolhas trágicas”.

Calabresi e Bobbitt (1978) acreditam que a investigação cuidadosa dos métodos e resultados das escolhas trágicas de uma sociedade revela muito sobre seus padrões e ideais morais. Em geral, toda sociedade tem um conjunto de princípios que seus membros acreditam serem igualmente fundamentais. Quando confrontados com escolhas trágicas, no entanto, a alegação de que esses princípios são do mesmo modo fundamentais e inegociáveis deixaria de ser sustentada.

A escolha trágica exporia, para os mesmos autores, a tensão que existe entre as normas básicas de uma sociedade e revelaria a categorização ou ordenação que delas se imporá, fazendo com que a sociedade tenha que alterar, com o tempo, os procedimentos de alocação de recursos que historicamente adotou.

A decisão certa, então, dependeria do que seria apropriado em um determinado momento em uma determinada sociedade. O que seria apropriado, por sua vez, dependeria das normas existentes e do contexto econômico e social em que essas normas seriam aplicadas.

Não se pode negar que ao serem priorizados aqueles que acorrem de pronto ao Estado, “corre-se o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, muitas vezes pela falta de recursos para fazê-lo” (RIBEIRO; LEAL, 2013, p. 234).



Pensar nas reflexões de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Guido Calabresi e Philip Bobbitt é fundamental para a compreensão de que a decisão sobre garantir ou não o direito a saúde, diante de situações reais, envolve muito mais do que a invocação abstrata de princípios jurídicos ou do levantamento em tese de argumentos ad terrorem relacionados a custos e limitações orçamentárias. É preciso perceber a complexidade do fenômeno da judicialização da saúde e dar-lhe tratamento em perspectiva sistêmica.

4. O CUSTO DE UM DIREITO UNIVERSAL

O acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, tal como referido no art. 196 da Constituição, gera a expectativa de que do Estado será possível exigir que assegure ao conjunto de sua população, sem discriminação ou limitação, o acesso a todo e quaisquer serviços de prevenção e promoção da saúde, de tratamento e de readaptação e a medicamentos eficazes e de qualidade.

Diante da bela retórica do texto constitucional, o direito à saúde, no Brasil, tende a não ser percebido como um elemento dentro de um sistema maior, correlacionado a outros. Os direitos humanos, em verdade, não apenas o direito à saúde, são familiarmente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos (HOLMES, et al., 2012), tomando-se sua proteção e garantia como imperativas.

No entanto, como ensinam Stephen Holmes e Cass Sunstein, à verdade óbvia de que os direitos dependem do Estado deve ser adicionado um corolário lógico incontestável, que é especialmente rico em implicações: os direitos, aos quais não é possível atribuir finitude, custam dinheiro, e o dinheiro é finito. Na visão dos autores, uma teoria dos direitos que nunca desça de seu “Olimpo” da moralidade humana para o mundo de recursos escassos será sempre incompleto, inclusive sob a perspectiva moral de justiça distributiva (HOLMES, et al., 2012).

De fato, enquanto a visão de Dworkin de direitos fundamentais como trunfos hermenêuticos (2002, p. 191 e ss.) seja perfeitamente confortável com a noção de que direitos ocasionalmente colidem com outros direitos e com outros interesses públicos, a ponto de o equilíbrio judicial ser necessário, na prática, diante de uma



situação concreta, trazer a noção de custo para a execução das políticas públicas chega ofensivo, o que é paradoxal, já que ninguém discute que a garantia da saúde pressupõe financiamento.

A ideia de que os direitos não podem ser absolutos, por dependerem de lastro orçamentário, acaba sendo negligenciada (HOLMES, et al., 2012). Invocar eventuais limitações é visto como violar a cláusula do não retrocesso, classificando-se até mesmo como uma ameaça à preservação das garantias fundamentais (HOLMES, et al., 2012).

Dizer que um direito a ser garantido pelo Estado possui custo significa reconhecer que alguma alternativa de uso do recurso público precisa ser deixada de lado. Ao ignorar os custos dos direitos, portanto, evita-se o debate as dolorosas trocas e barganhas (HOLMES, et al., 2012). É, indubitavelmente, mais confortável do que cogitar a possibilidade de negar a uma criança o direito de dar seis passos. A retórica, porém, não substitui a realidade e quando as pessoas desejam o impossível, apenas os mentirosos podem satisfazê-las (SOWELL, 2012).

E erro de entender que o direito à saúde não tem preço, uma ideia universalmente difundida, não pode ser imputado a uma fissura social na detecção de seus custos ou a uma perspectiva geral de solvabilidade do Estado. Afinal, além de a grande maioria das pessoas experimentar individualmente a dificuldade de lidar com recursos financeiros escassos, é evidente que a destinação de milhões de reais a um único medicamento oculta outra escolha (pública e coletiva): a de não destinar esse mesmo montante a outros pontos críticos do sistema (como construção de leitos de UTI ou estruturação de serviços da atenção primária da saúde).

Quando se analisa a distribuição de recursos da União entre as diversas políticas públicas, é possível perceber que a destinação de recursos à saúde não é pequena, constituindo-se, atualmente, no terceiro maior orçamento dentre as áreas finalísticas, perdendo apenas para a Previdência e para a Assistência Social, considerando-se dados de 2022:



Quadro 1 – Orçamento da Despesa por área de atuação do Governo Federal

Ministérios	Orçamento (2022) despesas
Previdência Social	R\$ 865.783.261.587,00
Assistência Social	R\$ 171.040.068.875,00
Saúde	R\$ 153.251.033.337,00
Educação	R\$ 127.538.407.727,00
Trabalho	R\$ 91.239.592.501,00
Outros	R\$ 226.350.968.144,42

Fonte: Portal da Transparência, 2022.

Os dados, sem dúvida, não espelham a totalidade do quadro de distribuição de recursos da União nem são adequados para que deles se extraiam conclusões quanto às escolhas feitas. Eles nada informam quanto à destinação feita pelos estados e não são trazidos como fins em si mesmos, mas apenas para que se possa ter alguma dimensão, em termos concretos, sobre o espaço reservado, pela União, à política pública de saúde.

A despeito da realidade orçamentária anunciada, investigar o custo dos direitos não equivale a perguntar quanto eles efetivamente valem, sobretudo quando se analisa a questão sob a perspectiva do cidadão que teve sua expectativa de proteção violada (HOLMES, et al., 2012).

Com efeito, para uma pessoa, a sua saúde e a dos seus familiares sempre será uma demanda inelástica. No entanto, quando se discute a questão a partir de uma consciência coletiva, existem questões importantes: de onde virá o dinheiro para custear o direito na sua amplitude? De que a sociedade está disposta a desistir para viabilizar essa saúde incondicional? Estará preparada para tolerar mais necessidades insatisfeitas em outras áreas?

Não há dúvida, por exemplo, que um juiz possa determinar que sejam fornecidas próteses ortopédicas importadas para a realização de cirurgias, diante da necessidade de maior qualidade no material, mas é aceitável que isso seja feito sem a análise do que deixa de ser feito no contexto sanitário a partir da opção pelo material



mais caro? Seria mais eficiente destinar o valor correspondente para o custeio de biópsias mais rápidas ou para a aquisição de um aparelho de mamografia, providências que, ao final, poderiam possibilitar um diagnóstico precoce de câncer e baratear seu tratamento? Para além disso, é o juiz que deve fazer essa avaliação?

Critérios de custo-efetividade, muitas vezes invocados pelo Poder Público em suas defesas judiciais acabam não convencendo os juízes, porque não trazem elementos minimamente sindicáveis e são comumente contraditórios ao se observar o conjunto das decisões. No âmbito da CONITEC, as avaliações econômicas trazem razões heterogêneas e distantes de um padrão internacional de qualidade metodológica (SOARES; NOVAES, 2017).

Sempre se poderá divergir quanto ao que sacrificar, no intuito de obter alguma coisa a mais. Demonstrar, porém, que existe uma necessidade insatisfeita parece não ser suficiente para justificar que deveria ser satisfeita – não quando os recursos são escassos e têm usos alternativos (SOWELL, 2018).

Nesse ponto, comunga-se do entendimento de que, embora juízes sejam perfeitamente competentes para vislumbrar violações a direitos e até invalidar teratológicas alocações de recursos, eles não podem presumir que suas escolhas sejam melhores, mais coerentes, ao canalizarem recursos de determinadas necessidades para outras, quiçá mais urgentes ou mesmo coletivas (HOLMES, et al., 2012). O fato é que a compreensão adequada dos direitos humanos e, assim, da própria atuação judicial para torná-los efetivos, depende de uma escolha prévia entre ignorar os custos dos direitos ou levá-los em consideração.

5. JUDICIALIZAÇÃO É CAUSA OU EFEITO?

As principais críticas à intervenção judicial em políticas públicas e na própria estrutura governamental concentram-se num suposto ativismo judicial, que promoveria atuações absolutamente incompatíveis com o princípio da separação dos poderes.

Pondera Mancuso, porém, que ainda que se possa divisar, em muitos casos, uma atuação “atípica” do sistema judicial (no sentido de não ser pontual e não ficar restrita aos aspectos jurídicos do problema), sobretudo no que tange a políticas



públicas, a rígida separação entre os Poderes tem interesse e validade especialmente históricos, tantas as exceções a ela, inclusive positivadas no ordenamento (MANCUSO, 2009).

A mera crítica, formulada, em tese, à extrapolação dos limites funcionais do Poder Judiciário, é apenas uma tentativa superficial e simplista de dar tratamento ao problema. Ela não se distingue, em essência, da crítica que os juízes dirigem ao Poder Público, ao afirmarem a fundamentalidade, também em tese, do direito à saúde para afastar argumentos baseados no custo e garantir o fornecimento de medicamentos, internações em leitos de UTI ou realização de procedimentos cirúrgicos com prioridade. A mesma lógica ainda está presente, em abstrato, quando os juízes se retiram do cenário para negar um desses pedidos, ao pressuposto de que não é sua a responsabilidade de arbitrar conflitos dessa ordem.

O problema é mais complexo, não se resolve na retórica do certo e errado, nem em medidas extremas de ativismo ou contenção, que pressupõem relações lineares de causa e efeito entre os acontecimentos.

Para além da lógica histórica da separação dos poderes, existe uma necessidade de reflexão mais aprofundada sobre o problema que está relacionado à judicialização da saúde.

Não há dúvida de que ao assumirem a responsabilidade de destinar recursos da saúde para o atendimento de pedidos individuais, os juízes produzem efeitos deletérios sobre a organização do sistema de saúde como um todo, contribuindo para as dificuldades que existem, introduzindo novas disfunções.

Mas o problema vai além da desorganização. Um dos efeitos colaterais, talvez o mais grave dessa forma cartesiana de atuação, é a falsa sensação de que o Judiciário tem o poder de tudo solucionar. É como direcionar a responsabilidade da causa da doença para o remédio paliativo que se buscou com o objetivo de aliviar seu sintoma. Peter Senge identifica, em casos tais, o arquétipo da transferência de responsabilidade, um padrão de funcionamento dos sistemas complexos, pelo qual se transfere para um sintoma, a responsabilidade pelo problema, tornando mais difícil encontrar ou trabalhar sobre a solução fundamental (SENGE, 2017).



A partir do momento em que se percebe que vários pedidos em ações individuais vêm sendo atendidos, dirigem-se ao juiz todas as expectativas de que ele tenha a chave, a resposta para as carências ou negativas de atendimento do sistema público de saúde. Uma das características das soluções não sistêmicas de intervenção sobre um problema complexo, é que os sintomas melhoram antes de piorar, gerando a falsa impressão de que o problema está sendo resolvido. De fato, talvez para aquela pessoa que demandou um medicamento, o problema quiçá esteja sendo resolvido ou aliviado. Mas quantos *sem rosto* estão ou estarão deixando de ser atendidos?

Para qualquer dessas pessoas está sendo enviada uma mensagem clara: você não foi atendido? Busque o Judiciário. Não é difícil compreender, então, que o fenômeno da judicialização é, em grande medida, alimentado pelo próprio Judiciário. É como um efeito colateral de um remédio que não vai à causa da doença e que, com o tempo, começa a produzir seus próprios efeitos deletérios ao sistema, em um movimento tautológico, onde um evento pode ser, ao mesmo tempo, causa e consequência de si mesmo e de outros.

Um dos princípios operadores da complexidade, aplicável aos problemas que têm essa característica, é o da recursividade (MORIN, 2005), segundo o qual determinados eventos poderão ser, a um só tempo, causa e consequência, produtor e produto de eventos, num movimento em espiral, semelhante ao que se estabelece entre os seres humanos e sua cultura, quando se pode perceber os efeitos da cultura sobre a construção da pessoa e os efeitos da pessoa na construção da própria cultura (FERRAZ, 2022).

Em alguma medida, é o que ocorre quando se relaciona o problema da saúde no Brasil com a sua judicialização.

A judicialização dos conflitos pode ser considerada uma consequência das muitas carências de atendimento no SUS e, ao mesmo tempo uma das causas de desorganização do sistema e da própria judicialização.

Esse fenômeno não pode ser isolado do contexto em que surge, para ser considerado causa suficiente da desorganização. Ele é, em grande medida, sintoma



de um problema maior, mais complexo, cujas causas não estão sendo trabalhadas adequadamente.

Quando o problema é complexo e sua causalidade é espiralar, sua abordagem não pode ser cartesiana, mas sistêmica, o que significa buscar relações de causa e efeito distantes, procurar padrões de comportamento ao invés de eventos isolados e adotar determinados pressupostos e princípios ao intervir (SENGE, 2017).

6. JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA DECISÓRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Reconhecer um cenário de complexidade não é incompatível com a possibilidade de adoção de movimentos pequenos e significativos para a melhoria do sistema. Algumas intervenções, feitas de forma precisa, podem produzir impactos sistêmicos, com positivos efeitos recursivos. Trata-se do princípio da alavancagem. O desafio está em identificar onde estão os possíveis pontos de alavancagem (SENGE, 2017).

Talvez, no caso da saúde, o foco da alavancagem possa estar num melhor reconhecimento e aproveitamento do que sejam as chamadas capacidades institucionais.

Sunstein e Vermeule (2021) sustentam que as perguntas erradas realizadas quando se discute a atuação judicial implicam numa visão idealizada do Poder Judiciário e numa projeção negativa do Legislativo e do Executivo. Sem embargo, esses vieses não têm amparo na realidade e se afastam da verdadeira controvérsia: quem afinal dispõe do instrumental adequado para a solução dos problemas sociais?

Segundo Diego Arguelhes e Fernando Leal o argumento das capacidades institucionais pressupõe uma concepção racional de separação de poderes e de desenho institucional, que aloca as diferentes funções de acordo com a capacidade para executá-las. Essa capacidade seria um consectário da especialização (expertise) (ARGUELHES, et al., 2011),

A grande questão, no caso, é delimitar que tipo de capacidade institucional (ou expertise, em certa medida) está em pauta quando se fala em demandas vinculadas à saúde pública. Trata-se da capacidade institucional para avaliar



aspectos puramente técnicos da matéria? Trata-se de categorizar os riscos de gestão quando se objetiva regularizar uma fila de cirurgia ou optar por um material específico na pavimentação de uma via? Trata-se de conhecer os aspectos macros do sistema (como os valores necessários para a execução de uma medida específica na segurança pública e de onde eles serão retirados)? Ou seria a capacidade institucional de se inserir num contexto macro de planejamento ou organização estatal e ponderar os impactos das escolhas?

É possível compreender que dar solução ao complexo e estrutural problema relacionado às carências do sistema público de saúde é algo que se situa além da capacidade e do desenho institucional do Judiciário e, com isso, que a conduta judicial deslocada (não tradicional) caracterizaria, a um só tempo, violação ao princípio da separação de poderes e atuação autoritária contra majoritária e antidemocrática, com grandes riscos de decisões maximalistas e inconsequentes. Não só faltaria ao Judiciário a expertise (conhecimento e habilidade específicos) como também a atribuição para fazer escolhas e administrar questões de ampla repercussão socioeconômica.

No entanto, a judicialização individual de demandas ainda é a alternativa mais comumente aceita para resolver, em casos concretos, supostas fissuras sistemáticas das políticas públicas. Em 2020, apenas no estado do Rio Grande do Sul, segundo dados da assessoria jurídica da Secretaria Estadual de Saúde, o total anual de casos judicializados foi de 17.282 (NAUNDORF, 2020).

Essa percepção gera um paradoxo monumental. Entende-se que os juízes não possuem expertise (capacidade institucional) para interferir em políticas públicas de forma sistêmica. Ainda assim, tem sido sua responsabilidade decidir, de forma pontual e aleatória, sobre o direito à saúde, julgando, concretamente, sobre vida, saúde e morte de pessoas e, com isso, como milhões de reais em recursos da saúde pública brasileira devem ser alocados.

A leitura do problema, na perspectiva da capacidade institucional do Poder Judiciário, portanto, não pode ser tradicional nem simplista. Em milhares de casos, os pedidos dirigem-se a prestações de saúde já previstas e regulamentadas e subsidiadas, porém não concretizadas, como o medicamento que, já incorporado pela



CONITEC ao SUS, não foi adquirido ou está com baixo estoque, ou a necessidade de internação hospitalar numa situação de risco de vida por emergência médica.

Dados do Departamento de Auditoria do SUS no Rio Grande do Sul (2020) indicam que ao menos 34% das demandas por medicamentos no estado são relativas a tecnologias já incorporadas ao SUS, que integram o componente básico, especial, estratégico e especializado de assistência farmacêutica, do que se extrai que a atuação do Judiciário, em casos tais, envolve análise de irregularidade ou omissão no fornecimento de produto ou serviço que o próprio Poder Público reconhece como devido.

Se o que se pretende é evitar uma atuação assistemática e inconsequente do Poder Judiciário, não é possível resumir o problema a uma perspectiva adversarial, para afirmar que o Judiciário não tem legitimidade para arbitrar o confronto entre um direito subjetivo que não tem preço (vida e saúde) e que está sendo concretamente invocado, e a necessidade, difusa e em tese, de garantir a disponibilidade de recursos orçamentários para a saúde de milhões de pessoas sem rosto. Essa compreensão, limitada que é, não afastará do juiz, em termos práticos e concretos, o fardo e o horror de ser chamado a escolher qual paciente precisa morrer.

Talvez, ao invés de dedicar esforços para identificar aspectos que demonstrem incapacidade institucional, seja o caso de buscar saber qual a efetiva capacidade institucional do Poder Judiciário.

7. CAPACIDADE INSTITUCIONAL E TEORIA DO *SECOND BEST*

O Judiciário tem recursos humanos e ferramentas para compreender que a política pública em matéria de saúde é altamente complexa, sujeita a limitações orçamentárias e, portanto, construída e mantida sobre escolhas técnicas e, muitas vezes, trágicas.

Reconhecer essa complexidade, que é ínsita às políticas públicas, cria a ambiência necessária para que possam ser identificados e separados, dentre as demandas voltadas a garantir pontualmente o direito à saúde, os *hard cases*, aquelas situações em que será necessária uma maior autocontenção, diante de maiores riscos sistêmicos que possam advir de uma intervenção judicial tradicional.



Trata-se de evitar o que Lon Fuller e Keneth Winston (1978) denominaram de metáfora da teia de aranha. Aplicada ao caso, seriam as decisões judiciais que, ao se imiscuírem em parte do sistema, atuariam como epicentros de onde irradiaria a tensão que seria redistribuída para todas as outras partes da estrutura, motivando problemas correlativos, complexos e imprevisíveis.

Tendo como pressuposto que não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, XXXV), como então se poderia identificar e lidar com os *hard cases*, aqueles cuja solução possa gerar consequências sistêmicas, muitas vezes imprevistas?

Talvez alguma resposta para essa pergunta possa ser encontrada na teoria do *second best*, de Richard Lipsey e Kelvin Lancaster. Segundo tais economistas, quando nem todas as condições são cumpridas na busca de um cenário ideal, tentar cumprir o máximo possível destas condições em busca de um melhor cenário pode não resultar na melhor solução.

Assim, se a solução ideal (*first best*) não pode ser satisfeita, admite-se que a segunda melhor solução (*second best*) implique em mudar variáveis estranhas ao que, a princípio, poderia ser considerado o cenário perfeito ou mudar outras variáveis já existentes de seus valores ótimos (LIPSEY, et al., 1956).

Segundo Richard Lipsey e Kelvin Lancaster, o teorema geral para alcance do ponto de maior eficiência da *second best* afirma que, se for introduzida em um sistema de equilíbrio geral uma restrição que impede a realização de uma das condições de Pareto, as outras condições de Pareto, embora ainda possíveis de serem alcançadas, em geral, não são mais desejáveis. Ou seja, dado que uma das condições do ótimo de Pareto não pode ser cumprida, então uma situação ótima só pode ser alcançada ao se desviar de todas as outras condições (LIPSEY, et al., 1956).

Em outras palavras, quando a situação ideal (*first best*) está fora de alcance, a teoria do *second best* sugere que a segunda melhor solução pode requerer um ajuste dos parâmetros para além do que se supunha perfeito inicialmente (LIPSEY, et al., 1956).

Embora a teoria do *second best* tenha sido formulada e seja usualmente utilizada em uma perspectiva de dilemas econômicos e de mercado, aplicá-la no



específico cenário discutido por esse artigo implica defender que, se a conjuntura política ou econômica desfavorece (e desmotiva) escolhas voltadas ao alcance de uma solução ideal (universalizar a saúde, independentemente do custo, com a consequente desnecessidade de acesso ao Judiciário para garantir direitos correlatos), exige-se do Estado a adoção de outras medidas, mesmo que elas se afastem dos pressupostos do que fora idealizado num primeiro momento. Mesmo que isso implique desistir de alguns cenários idealizados.

Isso não quer dizer, de forma alguma, que a teoria do *second best* seja uma escusa ou pretexto para não se buscar a solução perfeita.

Trata-se, na verdade, de refletir sobre uma alternativa razoável (e, em certa medida, ótima) que não despoje o Judiciário de seu papel constitucional, colhido já no preâmbulo da Carta de 1988, de promover a justiça, a igualdade, a harmonia social e a solução pacífica das controvérsias.

A capacidade institucional do Poder Judiciário deve ser procurada nesse propósito. A partir dele é possível potencializar os instrumentos necessários para uma intervenção racional, que se situe entre duas posições extremas (judicialização desenfreada versus total ausência de intervenção judicial).

A questão é que sempre que se cogita da atuação de um juiz, é para buscar soluções cartesianas, na base do sim ou não, do procedente ou improcedente, do inocente ou culpado, do garantir ou não garantir os seis passos. E quando o problema é complexo, como já se afirmou, soluções fundadas em relações lineares de causa e efeito não apenas são inadequadas. Elas podem agravar as dificuldades, criando consequências indesejadas.

Há espaço, porém, para outro tipo de atuação, de menor protagonismo e maior ganho sistêmico, em que o juiz está disposto a decidir e atuar menos como um Hércules e mais como um Hermes, o deus que, na mitologia grega, é responsável pela comunicação, a circulação e a intermediação. Sua imagem é de uma rede (OST, 1993).

Trata-se da atuação por meio das demandas estruturais, um tipo de tutela coletiva voltada à implementação, indução, ou organização de políticas públicas.



8. AS DEMANDAS ESTRUTURAIS

Identificadas por Owen Fiss (2003), as *structural injunction*, se distinguem, enquanto tutela jurisdicional, ao buscarem implementar um processo de reestruturação de uma organização ou instituição, de forma a eliminar ameaças de violação a valores constitucionais e a concretizar direitos fundamentais.

Trata-se de uma estratégia de atuação em que o Judiciário se dedica a promover a programação e a implementação de uma reforma estrutural, tendo por contexto um litígio complexo, que não é aquele que envolve discussão sobre teses jurídicas de alta indagação ou muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela (DIDIER et al. 2017).

As raízes das primeiras demandas estruturais podem ser encontradas na Corte Warren nos anos 1950 e 1960 e no esforço extraordinário de traduzir em medidas concretas a decisão em *Brown v. Board of Education* (FISS, 2003), julgamento célebre que discutiu a eliminação da segregação racial no sistema de ensino no sul dos Estados Unidos e reverteu o precedente firmado no caso *Plessy v. Ferguson*, que havia estabelecido a política de “iguais mas separados” (DANTAS, 2017).

Esse julgamento foi seguido por vários outros que objetivaram corrigir políticas públicas relacionadas à segregação racial em ambientes diversos (públicos e particulares), à internação e tratamento de doenças psiquiátricas, às condições degradantes de encarcerados no sistema de justiça americano e aos abusos perpetrados por agentes policiais (DANTAS, 2017).

O desafio de equilibrar interesses multifacetados, multipolares e multifatoriais se faz presente em inúmeras ações judiciais intentadas para garantir direitos fundamentais, para os quais seja necessária a implementação de mudanças estruturais ou mesmo a construção e execução de políticas públicas (FERRAZ, 2018).

São processos em que se opõem diferentes interesses, a exigir alguma espécie de proteção, embora os interessados não integrem uma comunidade específica, não tenham a mesma perspectiva social e não venham a ser atingidas na



mesma medida pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca do resultado desejável sejam divergentes, não raramente antagônicas (VITTORELLI, 2015).

A solução ótima para os mais variados casos complexos que se apresentam ao Judiciário, em matéria de direito à saúde, pressupõe um diálogo entre os players. Respostas judiciais no modelo command and control, em tais espécies de conflitos, não são apenas ineficientes, do ponto de vista da estruturação do sistema, elas são deletérias, porque o desorganizam ao atuar apenas sobre os sintomas mais aparentes dos problemas que vêm afetando a prestação adequada dos serviços à população.

O papel do Judiciário, nas demandas estruturais, é o de um juiz que, após reconhecer a impossibilidade de monopolizar a interpretação do direito, admitindo-o como um produto necessariamente inacabado, opta por promover interações, restabelecer o fluxo da comunicação, fazer perceber as inter-relações entre os acontecimentos, garantindo a escuta recíproca e multipolar (FERRAZ, 2019).

Soluções para problemas de maior complexidade precisam ser construídas e identificadas nas inter-relações entre os elementos de um sistema e não apenas nas suas exterioridades. Há necessidade de alinhamento dos muitos propósitos dos agentes e beneficiários que o integram.

É exatamente nessa dinâmica que deve ser dado tratamento às demandas estruturais: o Judiciário, mais do que uma instância decisória autônoma e isolada, compreende o seu papel de mediador e coordenador de soluções construídas com a Administração Pública e a sociedade civil, promovendo uma espécie de meaningful engagement (compromisso significativo), conforme proposto pela jurisprudência constitucional sul-africana, uma forma de abordagem do problema em que as pessoas – os players são encorajados e convidados a participarem, de forma propositiva, no diálogo e na construção de uma solução que a todos interessa .

Embora as experiências, no Brasil, de tratamento estrutural das demandas complexas ainda sejam raras e estejam mais localizadas no contexto das ações coletivas, o fundamento para atuação do Judiciário na promoção do meaningful engagement não se limita a essa espécie de processos. Os pedidos, formulados nas



ações judiciais que buscam o direito à saúde são, em grande medida, pedidos de formulação e intervenção em políticas públicas.

É o litígio, portanto, que trará as características que deverão informar a atuação do juiz, indicando quando será necessário decidir menos, para promover mais interações e facilitar as condições de diálogo e corresponsabilidade para uma maior efetividade das políticas públicas voltadas à implementação de direitos fundamentais como a saúde. Até mesmo ações individuais, como a que se faz referência ao início deste ensaio, poderão trazer importantes espaços para uma atuação de natureza estruturante, se, em suas características for possível divisar a complexidade dos problemas cujos sintomas são trazidos à apreciação do Judiciário.

Sobre o assunto, observe-se o exemplo da ação nº 0002012-48.2006.4.05.8100, da Justiça Federal do Ceará, cujo cumprimento provisório da sentença foi iniciado em 2015, em busca de uma solução para o problema do atraso na realização das cirurgias ortopédicas estaduais de média e alta complexidades, o que gerava mais de dez anos de espera pelos pacientes, em muitos casos.

A questão era tão complexa que, desde antes de 2010, só eram realizadas cirurgias eletivas ortopédicas de alta complexidade no Ceará por meio de decisão judicial. Inexistia, assim, qualquer fluxo puramente administrativo da gestão de pacientes e procedimentos. Também não se sabia a capacidade para realização de consultas especializadas e cirurgias pelos serviços de ortopedia do Estado.

Logo no início do enfrentamento da lide, quando solicitadas pelo juízo as listas de espera dos diversos procedimentos cirúrgicos tratados na ação, foi informado que não existiam tais registros sequer nos hospitais. Cada médico do serviço tinha sua própria “fila”, anotada em cadernos ou planilhas, e detinha o poder de determinar quem seria contemplado com a cirurgia. As “filas” informais não necessariamente correspondiam aos prontuários existentes e a maioria sequer possuía dados de qualificação da maior parte dos pacientes.

Na verdade, o problema não era o excessivo lapso de tempo para que as filas andassem. Decerto, elas nunca haviam existido. Assim, pacientes eram atendidos em consultórios particulares e realizavam cirurgias dentro do SUS, enquanto outros eram atendidos pelo SUS e nunca chegavam a constar como pacientes do sistema,



aguardando anos por algo que nunca chegaria. O caos administrativo e governança falha eram óbvios e a intervenção judicial, na regularização das filas, não poderia ocorrer apenas com a determinação de que as cirurgias se realizassem, seria perpetuar o conflito, a injustiça e o descaso.

Várias parcerias foram criadas no âmbito do processo, que não são frutos da análise formal das partes da lide, mas da percepção do potencial de colaboração de cada ente ou pessoa. Normalmente, participam das audiências (que já superam 40), representantes da União Federal (Ministério da Saúde), EBSEH (Empresa Brasileira de Serviço Hospitalares), Estado, Municípios, Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual e Defensorias Públicas do Estado e da União, além dos gestores dos hospitais ou unidades de saúde envolvidos.

Eventualmente, são chamados conselhos e sociedades profissionais (na área médica e de enfermagem), além de representantes da sociedade civil organizada (ONGs etc.).

A ideia por trás dessa amplitude de participação foi a de democratizar ao máximo os debates, reconhecendo e acolhendo como relevantes os diversos pontos de vista, ampliar a rede de colaboradores e legitimar os planos de ação a serem adotados.

Alguns frutos concretos, obtidos do estabelecimento de rotinas burocráticas administrativas, foram: 1) regulação e publicização das filas de procedimentos das seguintes cirurgias eletivas, no âmbito do SUS, no Município de Fortaleza: ortopédicas de média e alta complexidades, urologia, otorrinolaringologia, cirurgia geral e neurologia; 2) protocolos de categorização de risco, para priorização cirúrgica; 3) fluxos para primeiras consultas especializadas, retornos e acesso na atenção secundária e terciária e 4) criação de um sistema eletrônico de acesso via internet, voltado ao paciente, para acompanhamento de sua posição na fila de espera das cirurgias reguladas.

Outro exemplo interessante é a ação 0801501-31.2017.4.05.8100, na qual onde foi firmado pelas partes (Defensoria Pública Da União, Ministério Público Federal, União Federal, Estado do Ceará e Município De Fortaleza) - e homologado pelo juízo - negócio processual que culminou com as seguintes alterações formais e



materiais no feito: 1) inclusão da Defensoria Pública da União como litisconsorte ativo na presente demanda; e 2) acréscimo de dois novos pedidos: abertura e habilitação de 40 novos leitos de UTI e abertura e habilitação de 48 novos leitos de internação geral, todos no Hospital Universitário Cantídio.

Tal processo havia iniciado como um procedimento de cunho eminentemente individual de garantia de um leito de unidade de terapia intensiva - UTI cardiológica. Era um caso bem emblemático da insuficiência do processo civil clássico individual para a resolução de problemas macros e sistêmicos relacionados a direitos difusos: diante dos olhos das partes, existia uma decisão judicial que ordenou a colocação do autor em um leito de UTI e, em outro foco, a decadência de sistema público de saúde, que carece de leitos de UTI para abrigar todos os pacientes que necessitam desse tipo de assistência.

A decisão que deferiu a internação de um paciente obrigou o bloqueio do leito que poderia beneficiar a outro, fazendo com que o Estado juiz, embora indiretamente, tenha escolhido um indivíduo no lugar de outro, apenas porque um deles teve um acesso mais rápido à Justiça. Tal percepção fez as partes enxergarem a necessidade de um enfrentamento diferenciado da situação, através de institutos e instrumentos jurídicos que possibilitam alternativas para além das posições extremas entre a judicialização desenfreada e a absoluta ausência de intervenção judicial. Tais institutos já haviam sido experimentados pelos envolvidos, em outros feitos (processos n. 0811930-91.2016.4.05.8100 e 0005877-06.2011.4.05.8100), com considerável sucesso.

Promover a harmonia social e o compromisso com a solução pacífica das controvérsias é, assim, talvez, o grande espaço onde se pode buscar e afirmar a capacidade institucional do Poder Judiciário.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente ensaio, procurou-se situar o direito fundamental à saúde e o fenômeno da judicialização das questões a ele relacionadas em um contexto mais amplo, considerando a complexidade do tema e a importância de que seja tratado em



perspectiva sistêmica, transcendendo-se a dicotomia abstrata entre universalidade da garantia constitucional e recursos financeiros finitos.

Tomando-se como ponto de partida a necessidade de perceber os direitos fundamentais e seus custos como elementos contextuais e inter-relacionados e reconhecendo-se, como válida a premissa de que a delimitação dos recursos destinados à saúde não é necessariamente o resultado da insensibilidade de gestores públicos e agentes políticos, mas fato inexorável, diante da amplitude das políticas públicas a cargo do Estado, chega-se à necessidade de reconhecer que escolhas trágicas sempre precisarão ser feitas, o que significa priorizar determinados investimentos ao invés de outros.

Este reconhecimento vem acompanhado de um questionamento sobre quem tem a legitimidade para arbitrar, diante dos casos em que se busca ver garantido, em concreto, o direito à saúde.

À primeira vista, na medida em que se está a tratar de escolhas político-econômicas, a resposta parece ser óbvia. Quem tem legitimidade para decidir sobre as prioridades, em um cenário de escassez, é quem tem o mandato da sociedade, para expressar, em políticas públicas, a vontade dos eleitores.

E, numa metáfora, pode-se dizer que uma decisão judicial, que realoca recursos públicos para uma finalidade específica imprevista, significa não apenas um furo na caixa d'água do orçamento público, mas uma espécie de substituição da vontade do administrador, em um movimento que não prestigia o primado da separação de poderes.

O problema é que a realidade é mais complexa, se impõe e não cede diante de uma simples invocação do entendimento de que o Judiciário não deve intervir.

Enquanto não tiverem acesso adequado aos serviços de saúde, as pessoas continuarão buscando, junto ao Judiciário, em todas as instâncias, o remédio para o que consideram ser a violação a uma garantia fundamental. E o farão invocando o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A questão é saber com que espécie de atuação o Judiciário estará verdadeiramente contribuindo para o aperfeiçoamento da prestação de serviços de saúde pelo Estado. Quando se está diante da falta de um serviço regulamentado pelo



sistema, ou quando há omissão no fornecimento de um medicamento ou tratamento já admitido pela própria política pública de saúde, os riscos de uma atuação judicial substitutiva, que obrigue o poder público a fornecer o tratamento, são relativamente pequenos e previsíveis. Ainda que seja importante conceber alternativas preventivas ou de solução consensual de conflitos como esses, as consequências dessa decisão substitutiva encontrarão eco dentro do próprio sistema, fazendo funcionar algumas de suas interconexões que, por algum motivo, em casos determinados, se romperam.

Problema mais complexo é o que envolve a intervenção do Poder Judiciário para além da política pública estabelecida. É neste contexto que surgem os maiores riscos para a organização do sistema e que podem ser identificadas, também, ainda que em parte, importante causa para o fenômeno da judicialização da saúde.

Procurou-se, com este estudo, examinar esses riscos e, em paralelo, avaliar alternativa já existente e ainda pouco explorada neste tema, para que a atuação do Judiciário ocorra com observância e adequado aproveitamento da sua capacidade institucional.

Demandas estruturais são vocacionadas à busca da execução adequada de políticas públicas. Por tal via processual, o juiz atua menos como aquele que profere decisões substitutivas e mais como articulador das vontades e compromissos necessários para que determinados conjuntos de ações a cargo do Estado, de seus órgãos e instituições, que sejam mais complexos e que envolvam maior prazo, possam ser idealizados, empreendidos e monitorados, com projeção de consequências e eventuais correções de rumos.

Trata-se de uma atuação voltada a gerar compromisso significativo para que o direito à saúde possa ser executado na sua máxima efetividade, tendo presente que esta é uma cláusula geral em busca de determinação, necessitando ser constantemente colmatada e desenvolvida.

Falhas e omissões em políticas públicas, quando violadoras de direitos constitucionalmente tutelados podem e devem ser objeto do escrutínio judicial. É conveniente, porém, que tal ocorra por meio da construção de modelos próprios de tratamento, que compreendam o impacto global da judicialização e que contribuam



para a estruturação da ação do Estado e para a prestação dos serviços básicos correspondentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito Estado e Sociedade**. Jan.-jun. de 2011.p. 6-50.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos no âmbito da Justiça Estadual. Brasília: AGU, 2012. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf> . Acesso em 22 jul.2022.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Orçamento da Despesa por área de atuação do Governo Federal, 2022. Disponível em <https://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>. Acesso em 22 jul. 2022.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic Choices**. New York: Norton, 1978.

CHENWI, Lilian e TISSINGTON, Kate. Engaging meaningfully with government on socio-economic rights. Cape Town: Western Cape University, 2010. Disponível em https://docs.escri-net.org/usr_doc/Chenwi_and_Tissington_-_Engaging_meaningfully_with_government_on_socio-economic_rights.pdf. Acesso em 22 jul. 2022.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**, 2017. Dissertação (Mestrado). Direito. Faculdade de Direito, UFRJ, Rio de Janeiro, 2017.

DE SOUZA, J. C., & GOMES, M. F. (2019). A Judicialização na Saúde e a Fronteira entre o Individual e o Coletivo: Considerações Sobre O Acesso Ao Sistema Único De Saúde Sustentável. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 24(1), 216–242.

DIDIER, Fredie; OLIVIERA, Rafael Alexandria de; JÚNIOR, Hermes Zanetti. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**. v. 8, n. 1: 46-64, jan.-apr.,



2017. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/br/editions/notas-sobre-as-decisoes-estruturantes>. Acesso em 22 de julho de 2022.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão**. Londrina: Thoth, 2022.

FERRAZ, Taís Schilling. **A atividade do juiz frente aos litígios estruturais: mais conexões; menos protagonismo**. In REICHELT, Luiz A.; JOBIM, Marco F. *Coletivização e Unidade do Direito*, v. 1. Londrina: Thoth, p. 513-525, 2019.

FISS, Owen. **The law as it could be**. New York: NYU Press, 2003.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008.

FULLER, Lon L. e WINSTON, Keneth I. **The forms and limits of adjudication**, v. 92. Cambridge: Harvard, 1978.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, CASS R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**, Nova York: W. W. Norton & Company, 2012, Kindle.

LIPSEY, R.G e LANCASTER, K. The General Theory of Second Best. **Review of Economic Studies**, 1956, p. 11-32.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria A S. Dória. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NAUNDORF, Bruno. **A Judicialização da Saúde no SUS**. Exposição realizada ao Comitê da Saúde da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

OST, François. **Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juez**. *Doxa-Cuadernos de Filosofia del Derecho*. Universidade do Alicante, n. 14, 1993.

REICHELT, Luiz A.; JOBIM, Marco F. **Coletivização e Unidade do Direito**, v. 1. Londrina: Thoth, 2019.



RIBEIRO, D. M., & LEAL, R. G. (2013). A horizontalidade dos direitos fundamentais à saúde e a projeção perante a corte interamericana de direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 14(14.1), 231–253. Recuperado de <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/391>

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Saúde. **Relatório Detalhado de Prestação de Contas do 2º Quadrimestre de 2020**. Porto Alegre, RS, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHULZE, Clênio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: Análise à luz da Judicialização**. Porto Alegre (RS) Editora: Verbo. 2015.

SENGE, Peter M. A Quinta Disciplina. **A arte e a prática da organização que aprende**. 34 ed. Tradução OP Traduções; Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro, Bestseller, 2017.

SOAREZ, Patrícia Coelho de; NOVAES, Hillegonda Maria Ditolh. Limiares de custo-efetividade e o Sistema Único de Saúde, **Cadernos de Saúde Pública**, n. 33, 2017.

SOWELL, Thomas. **Big Lies in Politics. Creators Syndicate**, mai. 2012. Disponível em <https://www.creators.com/read/thomas-sowell/05/12/big-lies-in-politics>. Acesso em 22 jul. 2022.

SOWELL, Thomas. Economia Básica: **Um guia de economia voltado ao senso comum**, v. 1, Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian, **Interpretation and Institutions** (July 2002). Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>. Acesso em 22 jul. 2022.

WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review, v. 41, 2004. Disponível em <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11/>. Acesso em 22 jul. 2022..

RECEBIDO EM 09/04/2023
APROVADO EM 10/07/2023
RECEIVED IN 09/04/2023
APPROVED IN 10/07/2023