

CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO

WENDY LUIZ COSTA
MÁRCIO ANTÔNIO RODRIGUES DA SILVA
DANIELA VIDAL

O PORQUÊ DO MANDADO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE
NÃO SER OBEDECIDO DE IMEDIATO

Rio de Janeiro

**O PORQUÊ DO MANDADO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NÃO
SER OBEDECIDO DE IMEDIATO
WHY THE JUDICIAL COMMITTEE IN HEALTH ARE NOT OBEDIED
IMMEDIATELY**

WENDY LUIZ COSTA

BACHAREL EM DIREITO

MÁRCIO ANTÔNIO RODRIGUES DA SILVA

BACHAREL EM DIREITO

DANIELA VIDAL

MESTRA

RESUMO

Este trabalho busca uma compreensão geral sobre a possibilidade de se impetrar o mandado judicial na área da saúde e o mesmo obedecido de imediato, pois o que está em jogo é a vida do paciente, e, a vida é única, não podendo dinheiro nenhum comprá-la novamente se vier a sucumbir. A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu *Art. 196*, que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*” Diante disso, Cabe ao Estado proteger e promover o bem-estar das pessoas, devendo fiscalizar e melhorar cada vez mais as políticas públicas voltadas para saúde, prestando, portanto, à sociedade, serviços públicos eficientes no que concerne ao seu direito fundamental da saúde, já que a Constituição Federal de 1988 garante por meio do artigo 5º 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.*”

Palavras-chave: Mandado judicial, saúde, Direito.

ABSTRACT

This paper seeks a general understanding about the possibility of filing the court order in the health area and the same obeyed immediately, because what is at stake is the patient's life, and life is unique, no money can buy her again if she succumbs. The Constitution of the Federative Republic of Brazil establishes in its Article 196 that "Health is the right of all and the State's duty, guaranteeing through social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other diseases and universal equal access. actions and services for their promotion, protection and recovery. "In view of this, it is up to the State to protect and promote the well-being of people, and should increasingly monitor and improve public policies aimed at health, thus providing to society, efficient public services with regard to their fundamental right to health, since the Federal Constitution of 1988 guarantees through Article 5 that "all are equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing to Brazilians and foreign residents inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property in the country ".

Key-words: Warrant, health, law.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu **Art. 196**, que "***A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.***"

A falta de recursos para atender às demandas por serviços de saúde é um problema mundial. E como consequência tem se o fenômeno conhecido com judicialização da saúde que ocorre quando o cidadão ingressa com uma demanda no Poder Judiciário como a última alternativa para obtenção do medicamento ou tratamento ora negado pelo SUS, seja por falta de previsão na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), seja por questões orçamentárias.

Na lição de José Afonso da Silva “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se entrelaçam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais nas medidas em que criam condições materiais mais propícias para o auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. A Constituição protege a cura e a prevenção de doenças através de medidas que assegura a integridade física e psíquica do ser humano como consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana. José Cretella Júnior, na obra "Comentários à Constituição de 1988", vol. III, pág. 4331, citando Zanobini asseverou que:

"nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político."

O crescimento das demandas judiciais na saúde é tema atual e de grande relevância, tanto para o sistema de saúde, quanto para o sistema de justiça. De um lado, gestores tentam equilibrar orçamentos, muitas vezes comprometidos por decisões judiciais que envolvem cifras altas. De outro, a justiça tenta se inteirar do que é relativo à saúde e peculiar ao SUS para decidir com mais fundamento as demandas por medicamentos, próteses, leitos e diversos tipos de ações e de serviços de saúde solicitados via judicial. O que se tem observado é que a inexorável aproximação entre o executivo (os entes gestores do SUS) e o judiciário é um dos caminhos mais palpáveis para minimizar os impactos da judicialização da saúde e também para tentar evitá-la.

A prevalência dos Direitos Fundamentais no Processo Jurisdicional, é devido o que fundamenta a Carta Magna. A nova ordem constitucional e a nova concepção

de Estado trouxeram novas necessidades para o direito processual, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado Liberal Clássico, na medida em que é natural que o instrumento se altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais e estruturais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa. Para tanto, fizeram-se (e, mais: ainda se fazem!) necessárias mudanças (estruturais) no sistema Processual.

Por isso a efetividade do Processo constitui um direito fundamental, devendo os textos normativos infraconstitucionais processuais serem revistos e reinterpretados em conformidade com o paradigma do Estado democrático de direito, não podendo mais o processo jurisdicional ser um obstáculo à realização do direito material, mas antes condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica (Streck, 2007:258).

A pesquisa, “porque o Mandado Judicial na área da saúde não é obedecido de imediato”, pois a Constituição em seu art. 6º assegurou à saúde como sendo um dos direitos sociais a que todo cidadão faz jus, tem a função de retratar estudos feitos com o objetivo de se expor mais detalhadamente o direito do cidadão brasileiro de ter acesso à saúde e os seus limites, assim como os instrumentos de Direito Materiais e Processuais necessários para sua efetivação.

A judicialização tem por essência o fato de que cada sistema vive separadamente seus dilemas: no judiciário, o dever de fazer cumprir as decisões; na saúde, a tentativa de conciliar as normativas do SUS, o financiamento insuficiente e as determinações recebidas.

O objetivo do presente estudo se pauta em uma análise do Mandado Judicial na área da saúde, os motivos pelo qual o hospital Público ou Privado, ao tomar ciência da ordem judicial não a cumpre de imediato, o Princípio da Reserva do Possível como é inserido no presente estudo de forma que atenda a quem está pleiteando um direito que é constitucional, à saúde, e, em contrapartida o Estado na figura do juiz, de forma razoável, resolva a lide, mas de forma igualitária com todos os outros cidadãos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A chamada “judicialização da saúde” tem ocorrido quando um paciente do SUS(Sistema Único de Saúde) entra na justiça para obrigar a Administração da cidade ou do Estado a fornecer determinada medicação, tratamento ou cirurgia que não esteja sendo oferecida na rede pública.

Entre 2008 e 2017, as demandas judiciais relativas á saúde aumentaram 130% em todo o país, como revelou a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”. Apresentado em março último pelo CNJ (conselho Nacional de Justiça), o estudo mostra que, no mesmo período (2008 a 2017), o número total de processos judiciais sobre outras áreas cresceu 50%.

A pesquisa identificou que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 Tribunais de Justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais.

A aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais e sociais, proclamada no § 2º do longo e não exaustivo art. 5º da Constituição Federal de 1988, não se destina somente às suas dezenas de incisos; também outros direitos assegurados, inclusive aqueles previstos na parte tributária, estão garantidos pela eficácia direta e imediata, a dispensar a interpositiolegislatoris. Vejam-se as disposições do art. 165, § 5º, III, complementadas pelas constantes dos artigos. 196 a 197, todas da Lei Maior; E também a solidariedade entre os entes federativos.

Segundo Marcos Maselli Gouvêa, 225 cujo artigo constitui leitura obrigatória, o tema dos direitos fundamentais tem ressurgido, em vários países e contextos discursivos, com diferenciadas nomenclaturas. Comenta que a doutrina francesa, mais preocupada em enaltecer-lhes o caráter limitador da potestas estatal, prefere chamá-los de liberdades públicas, ao passo que os estudiosos ligados à tradição anglo-saxônica preferem a expressão direitos civis, civil rights, reforçando assim sua vinculação com a temática da cidadania e de seus conhecimentos no âmbito da esfera pública .

225 GOUVÊA, Marcos Maselli. “Direito ao fornecimento estatal de medicamentos”. p. 17. www.nagib.net/variedades.

O federalismo cooperativo acolhido pela Constituição Federal de 1988 consagrou, no tema da saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). É o que se extrai do disposto no art.196 e seguintes. O art. 198 previu a criação de um sistema único de saúde e seu § 1º dispôs que o financiamento dar-se-ia com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Em observância ao regramento constitucional, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No sentido da solidariedade imanente dos entes federativos no atendimento ao direito fundamental da saúde, colhe-se o entendimento uníssono dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se ementa do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Roberto de Abreu e Silva: Ementa: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causam do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO (Apel. Cív. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002).

Transcreve-se assim ementa do anterior Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador Humberto Manes, onde destaca acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, na voz do eminente Ministro Celso de Mello, que, com percuciência e objetividade, sepulta a vazia alegação de que o direito à saúde encontra-se expresso em norma de caráter puramente programático:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DOENÇA GRAVE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - S.U.S. PODER PÚBLICO MUNICIPAL. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. Administrativo. Saúde Pública. Aposentado pobre e portador do Mal de Alzheimer. Embora conjunta a ação dos entes integrantes do Sistema Único de Saúde, pode o necessitado acionar qualquer deles, ante o princípio concursus partes fiunt, já que a solidariedade, que o excepciona, não se presume (Código Civil, art. 896). Rejeição, por isso, da preliminar de chamamento ao processo da União e do Estado. “O caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (Supremo Tribunal Federal, AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000). Confirmação da sentença que condenou a Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis a fornecer os medicamentos necessários conforme ordem médica (Apel. Cív. nº 2002.001.08324, TJ-RJ, 5ª Câmara, Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime).

Sobre o conceito de medicamento, definiu De Plácido e Silva²²⁸ em sua notável obra Vocabulário jurídico, que se transcreve: Medicamentum, derivado do latim, é aplicado vulgarmente para designar o remédio utilizado para a cura das enfermidades, ou para aliviar as dores. E, 228 4 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico, 20. ed. rev. e at. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Verbete “medicamento”.

DESENVOLVIMENTO

a) ANÁLISE DOS DADOS

Forma estatística e discutidos a luz da Os dados serão registrados, tabulados e dispostos em tabelas e gráficos, analisados de literatura pertinente sobre o tema proposto.

b) PROCEDIMENTO ÉTICO

A pesquisa será realizada levando em consideração os aspectos éticos em pesquisa envolvendo seres humanos, preconizados pela Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. Respeitaremos também as deliberações da Resolução COFEN – 311/2007 que institui o código de ética dos profissionais de enfermagem (Brasil, 2000, COFEN).

c) INSTRUMENTO PARA COLETA DE DADOS

Para a coleta de dados será utilizado um questionário estruturado contendo perguntas objetivas. O instrumento de coleta de dados está inserido no apêndice B, o qual contemplará inicialmente aspectos relacionados aos dados sobre o tempo de espera após o mandado judicial e o tipo de procedimento esperado pelos entrevistados e em seguida dados específicos inerentes à pesquisa.

d) APÊNDICE B – ROTEIRO DE ENTREVISTA – QUESTIONÁRIO

Esta pesquisa está sendo elaborada, com vigores éticos da profissão (sigilo), respeitando a privacidade e o anonimato das pessoas participantes, com intuito de verificar o quantitativo relativo aos procedimentos, que em maior frequência se utiliza do mandado judicial nos hospitais da rede pública:

Pesquisa realizada entre Janeiro de 2019 á outubro de 2019.

Nome : _____

Quantidades de dias em espera:

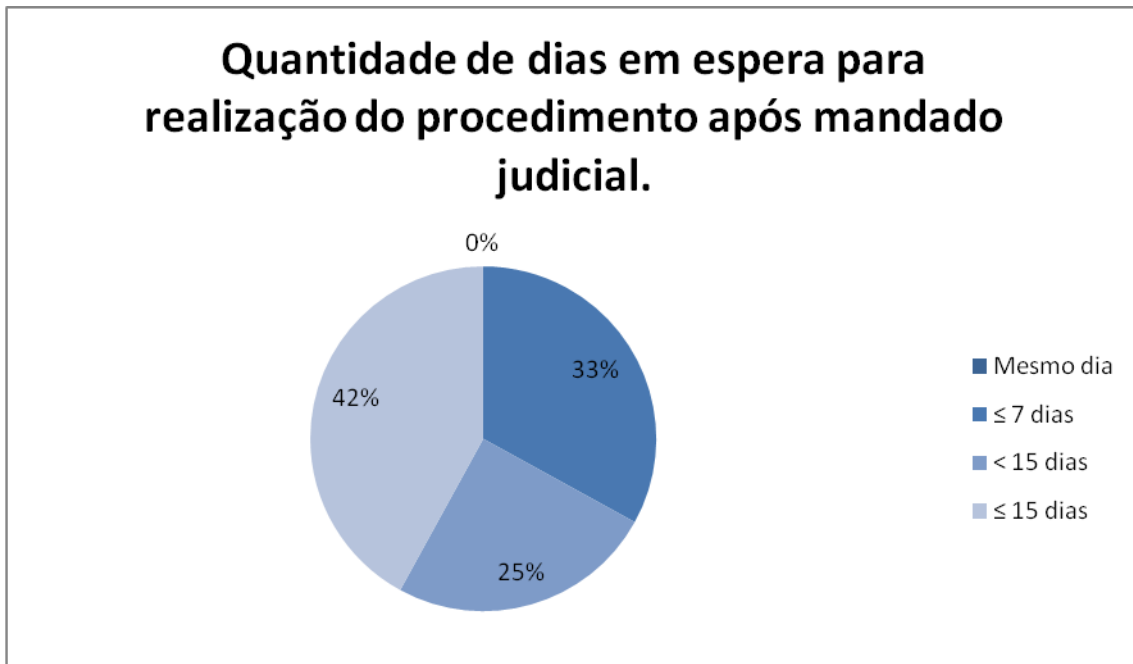
() mesmo dia () até uma semana () até 15 dias () + de 15 dias

Tipos de procedimentos:

- () Angioplastia
- () Revascularização
- () Implantação de Marca-Passo
- () Ortopédicos em Geral

Diante da grande abrangência do nosso tema de pesquisa, “O porquê do mandado judicial na área de saúde não ser obedecido de imediato”, optamos por desenvolver a nossa pesquisa de campo, em dois grandes hospitais de emergência pública do Estado do Rio de Janeiro, onde destacavam-se as quatro maiores demandas de mandados judiciais, as mesmas seriam com intuito de conseguir realizar, procedimentos: nos setores Cardiológicos (angioplastia, revascularização e implante de marca-passo), Ortopédicos (em diversos seguimentos de alta complexidade). Cabe ressaltar que ambos os hospitais pesquisados, são unidades quase completos de especialidades hospitalares; Onde vivenciando no decorrer do dia-dia, como profissionais atuantes na área de saúde e de segurança, nos motivou a desenvoltura do tema sobre o aspecto comparativo de um mandado judicial, quando em qualquer esfera recebe seu cumprimento de imediato e na área de saúde demanda de espera.

Tal evidência tem sua comprovação na pesquisa de campo desenvolvida, com intuito de verificar o quantitativo, relativo aos procedimentos, que em maior frequência se utiliza de mandado judicial nos dois hospitais de grande porte da rede pública do Estado do Rio de Janeiro, pesquisa essa desenvolvida no período de Janeiro á outubro de 2019.



Da leitura do gráfico, é possível perceber que as demandas mais recorrentes que chegam até o poder judiciário do Estado do Rio de Janeiro, em relação aos dois hospitais pesquisados, são referentes a serviços e tratamentos de saúde que deveriam encontrar resolutividade com a atuação dos Poderes, Executivo e Legislativo e por meio do planejamento da política de saúde pública e da priorização da alocação de recursos públicos para esta área. Melhor definindo, de um total de 24 ações ajuizadas (mandados), nenhum destes foi alcançado dentro das primeiras 24 horas, 08 foram alcançados no período de até uma semana (até 07 dias), 10 foram alcançados no período de até quinze dias (até 15 dias), 06 foram alcançados em um período superior á quinze dias (+de 15 dias). Se levarmos em consideração o número de mandados proferidos para estas quatro demanda mais recorrente que foram ajuizadas teremos, em números percentuais, a seguinte informação:

0% destes foram alcançados dentro das primeiras 24 horas.

33% foram alcançados no período de até uma semana

42% foram alcançados no período de até quinze dias

25% foram alcançados em um período superior á quinze dias

[...] quando o judiciário determina que o Poder Público cumpra uma ordem judicial, seja para o fornecimento de assistência médica, terapêutica, farmacológica ou hospitalar a determinado cidadão, este indivíduo “passará a frente” de outros pacientes que se encontram na mesma situação de risco e sem condições financeiras de arcar com o tratamento, afetando não apenas as partes envolvidas no processo, como também toda a coletividade, pois este gasto pode acabar dificultando a implementação de políticas públicas para a coletividade (RIBEIRO, 2014, p.87).

Diante do que foi visto acima, a saúde, enquanto um direito social reconhecido nacional e internacionalmente, é uma das principais inquietações dos brasileiros, bem como um desafio para o poder público em efetivar da melhor maneira possível o que preconiza o artigo 196 da Magna Carta. O SUS, que deveria atender a todos, ainda sofre com limitação e insuficiência de acessibilidade em relação aos seus serviços.

Castro (2012, p. 94) aduz que os direitos fundamentais sociais são garantidos pelos serviços públicos fornecidos pelo Estado. Portanto, constituem um mínimo existencial para a população poder usufruir dos demais direitos. Sendo assim, os direitos sociais transformam-se em instrumentos de direcionamento para o funcionamento da atividade administrativa pública.

Quando o Estado é insuficiente para atender à demanda de saúde, não raro justifica-se com base na teoria da reserva do possível, de origem alemã. Ela está atrelada a recursos orçamentários disponíveis do Estado. Todavia, o direito à saúde depender desses recursos públicos pode gerar efeitos não previstos pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, Canotilho (1998) sinaliza que parece inequívoco que a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais se caracteriza pela gradualidade, pela dependência financeira do Estado, pela tendencial liberdade de conformação do legislador às políticas públicas de realização desses direitos, e por fim pela insuscetibilidade do controle jurisdicional dos programas políticos-legislativos, a não ser quando estes se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando manifestamente suportam dimensões pouco 13 razoáveis.

Nessa mesma linha, Sarlet (2008) expõe que os recursos públicos para efetivação dos direitos sociais são limitados. A teoria da reserva do possível recorrente na defesa do Estado para a insuficiência de políticas públicas, trata exatamente da limitação de recursos para se efetivar os direitos humanos, em

especial os direitos sociais, como é o caso da saúde. Assim, o Estado utiliza a justificativa de recursos escassos para não efetivação do direito em comento.

Nesse contexto, Rios (2017, p. 148) aponta que diante dos recursos e orçamento limitados, a insuficiência do direito à saúde rompe com princípio base do ordenamento jurídico, uma vez que a não concessão de uma vaga de leito de UTI fere o indivíduo em sua existência e dignidade.

O que se quer demonstrar é que um país como o Brasil não atingiu o desenvolvimento da Alemanha, onde esta teoria foi desenvolvida. É importante elucidar que na Alemanha já estão satisfeitas as necessidades básicas e aplicar sempre a justificativa da teoria da reserva do possível ao direito à saúde estaria prejudicando o mínimo existencial, daquele cidadão que precisa de um atendimento digno.

“O Poder público é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõe, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição (SILVA, 2004, p. 75)”.

Diante dessa alegação, o SUS fica prejudicado em relação a todos os níveis de atenção oferecidos aos seus usuários, isso inclui o acesso a procedimentos e leitos de UTI. A insuficiência desses procedimentos e leitos é um assunto que demanda atenção de todos aqueles envolvidos na área da saúde e do poder público, que fornece a política pública para o seu exercício. Assim, diante da aparente justificativa do Estado pela Teoria da Reserva do Possível, por vezes cabe ao Poder Judiciário preencher as lacunas deixadas pelo poder público, especificamente quando o Executivo não cumpre a previsão legal e o planejamento da política pública, recaindo, assim, em ilicitude. Essa omissão ilícita é que pode vir a ser controlada pelo Poder Judiciário, a fim de garantir o direito não concretizado dos cidadãos aos procedimentos e leitos de UTIs no SUS.

Ainda que existam normas constitucionais e infraconstitucionais que assegurem a concretização do direito à saúde, sabe-se que nem sempre a aplicabilidade se dá conforme como que está expresso. Assim, a contradição entre a realidade e o que está previsto no texto constitucional exige que o cidadão venha fazer jus ao seu direito por meio do Poder Judiciário.

O fenômeno da judicialização, segundo Leal e Alves (2014), cresceu mundialmente após a segunda guerra, no qual o processo dos direitos fundamentais estava em curso para sua positivação nos textos constitucionais. Isto posto, a judicialização se refere ao novo regulamento dos direitos fundamentais e a ultrapassagem da separação dos poderes, o que enseja a ampliação de intervenção do Judiciário na competência dos Poderes Legislativo e Executivo. (MACIEL e KOENER, 2002, p.117). Desta forma, a judicialização tem o objetivo de promover o encontro do cidadão com o seu direito consagrado constitucionalmente.

Nessa lógica, de acordo com Ávila (2013) compete ao Judiciário um papel mais presente, de modo que não apenas julgue o certo e o errado convergente a lei, mas sobretudo verificar se o poder discricionário do legislativo está cumprindo a sua atribuição de realizar os resultados pretendidos pelo Estado Social. Ou seja, não compete ao Judiciário o poder de idealizar políticas públicas, mas sim o encargo de garantir a concretização daquelas já definidas em leis constitucionais ou ordinárias. Dessa forma, reivindica um Judiciário “intervencionista” que realmente possa reprimir a ineficiência das prestações dos serviços básicos e assegurar a realização de políticas sociais eficientes, não podendo as medidas da Administração Pública se afastarem dos fins idealizados pela Magna Carta.

Assim, no entender de Kurz (2007), a supervalorização dos direitos fundamentais pós guerra nos países ocidentais foi uma das maiores justificativas da crescente judicialização desses mesmos direitos. Passaram a ser exigidos de imediato, com a possibilidade de os indivíduos cobrarem sua concretização por meio de ações judiciais.

Em conformidade com o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o Poder judiciário é investido de competência para julgar as demandas que a ele chegam, diante do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, sendo obrigação do juiz proferir uma decisão sempre que provocado. Diante disso, a atividade jurisdicional se posiciona em levar o mínimo existencial à saúde no caso concreto.

Essa legitimidade do Poder Judiciário em atuar em rol dos direitos sociais fundamentais, como por exemplo, no caso do direito à saúde, advém do próprio texto constitucional para proteger e assegurar o respeito dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior de 1988. Assume então um papel importante na medida em que demonstra interesse jurídico em julgar a demanda para fazer valer o direito

assegurado na Constituição. Nesse sentido, sua legitimidade é própria da democracia e um reforço a garantia dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a judicialização possui atributos variados conforme cada país, possuindo suas próprias características. Assim, não é possível destacar que a judicialização da saúde no Brasil é a mesma em um país desenvolvido.

Entretanto, ressalte-se que os custos para adentrar o Poder Judiciário são altos e nem toda a população tem recursos financeiros e conhecimento para ir em busca de seus direitos. Conseqüentemente, a universalização do acesso à justiça, também direito fundamental expresso, se torna restrito e sem exercício. Enquanto isso, outra parcela de cidadãos com recursos e informações suficientes exercem plenamente este direito. Mais uma vez observa-se não existir isonomia entre todos.

Nesse contexto é importante mencionar que primeiramente o cidadão, deverá buscar a efetivação de seu direito via Poder Executivo que é o principal provedor. Tendo o acesso restrito pela insuficiência de leitos, que é o caso em análise do presente estudo, de forma secundária é que deve recorrer a via judicial. Pois cabe ao Poder Judiciário, nesse caso, corrigir as desigualdades ocorridas no direito ajuizado, examinando a ilicitude da execução insuficiente ou a ausência de políticas públicas.

Dessa maneira, não cumprindo a administração pública com sua competência de garantir o acesso a todos, há possibilidade de se recorrer ao Judiciário para se obter o direito de acesso, quando verificado no caso concreto sua viabilidade e respeito as normas sem prejudicar os outros indivíduos que merecem a mesma atenção pelos julgadores.

O poder judiciário ao compreender o direito á saúde como um direito individual e ilimitado em proporcionar a garantia do que é estabelecido em lei, o desconhecimento da política pública bem como o grupo em que está inserido, faz com que sua atuação seja deficiente diante do cenário que a política pública do SUS engloba. Isto posto, a visão parcial e limitada dos julgadores em relação ao SUS afeta todo o sistema quando deveria atender a todos indistintamente.

Com a decisão do Poder Judiciário em relação ao Estado tomar uma providência para viabilizar o exercício do acesso aos procedimentos, o Poder Executivo é obrigado a efetivar o acesso à saúde e, por conseguinte, desviar os recursos (já escassos) do planejamento original da política pública para proporcionar o atendimento a um indivíduo que provocou através da judicialização da questão.

Por isso, nesta seara, Mapelli Junior (2015) aduz que na maioria dos casos envolvendo o direito à saúde, o Poder Judiciário não está preparado para a judicialização, tendo em vista o seu aspecto de direito social. Nesse sentido, o Judiciário interpreta o direito à saúde como um direito individual e não coletivo.

Segundo Rios (2017, p. 93-94), no ordenamento jurídico brasileiro, há leis concretizadoras dos direitos fundamentais à saúde, desde medicamentos e vacinas até procedimentos de alta complexidade. Então, verifica-se que, ao falar em ausência de leis nesta área, estar-se-ia usando uma falácia, tendo em vista a diversidade de normas que dispõem sobre o direito à saúde. Significa dizer que juízes não deveriam justificar suas decisões no caso concreto sob o argumento da ausência de leis.

Ademais, faz-se necessário mencionar que os juizes se desprendem das leis, trazendo sérias consequências quando suas sentenças impactam na aplicação discricionária dos recursos na política pública. Exemplo dessa consequência desmedida é a visão parcial do caso concreto (individual) pelo juiz e os recursos disponíveis para a saúde, como por exemplo, os leitos de UTIs que precisam de alta tecnologia e insumos para o seu atendimento. Desta maneira, a saúde fica comprometida diante dos resultados dos processos individuais versus a coletividade.

É necessário que haja observância da lei e cuidado no momento de aplicação e interpretação do caso concreto pelo Judiciário, uma vez que a negativa do direito à saúde, assim como dos demais direitos sociais, é por vezes justificada pela já discutida teoria da reserva do possível. Como se trata de questão discricionária de alocação de recursos por parte dos outros Poderes, o Judiciário deve manter-se alerta para evitar a violação da separação de poderes.

Além disso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, onde constata-se que efetivar os direitos sociais, como por exemplo, o direito à saúde, alcança – se o inciso III, artigo 1º dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Assim, de forma a assegurar e concretizar o direito à saúde a todos por meio da política pública do SUS, os seus princípios, diretrizes e recursos disponíveis devem ser respeitados. Com isso, deve ser efetivada a universalidade ou igualdade material de atendimento. Contudo, ao analisar o fenômeno da judicialização no Brasil, como por exemplo, a inobservância de leis, a visão limitada que o Poder

Judiciário exerce sobre o direito à saúde e sua interpretação como direito individual ferem essa isonomia, que é base da política pública do SUS.

Diante de todo o exposto, o fenômeno da judicialização da saúde, embora tenha trazido mudanças com relação à estrutura dos países após segunda guerra mundial, é um fenômeno que traz consequências sérias no âmbito do SUS. Quando o Poder Judiciário interfere na efetivação do direito à saúde em todos os níveis de benefícios, do SUS aos usuários do sistema, podem na prática colidir com a separação de poderes.

O artigo 5º da Constituição Federal, parágrafo único, estabelece que o princípio da aplicabilidade imediata deve ser de máxima e efetiva concretização aos direitos e garantias fundamentais. Assim, este artigo é violado quando verificado pelo juiz que não há leis que concretizem o mencionado direito e quando os cidadãos que ajuízam tais demandas são beneficiados pelo acesso ao SUS pela via da judicialização. Entretanto, Rios (2017, p. 94) destaca que o juiz não pode ultrapassar os Poderes Legislativo e Executivo, afrontando ainda a isonomia entre os indivíduos e a alocação do orçamento estatal para o desenho de cada política pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos resultados da pesquisa bibliográfica e realizada em campo, obtivemos a confirmação do tema do nosso trabalho. Confirmou que “o Mandado Judicial não é obedecido de imediato, quando é impetrado na área de saúde”. Quando, ao entrevistar as pessoas responsáveis por dar andamento, das demandas judiciais, elas nos relatavam, que a demora no cumprimento dos mandados judiciais, não era inerente a vontade delas, que tentavam realizar o cumprimento de imediato, porém as unidades que realizam os procedimentos não tinham as vagas de imediato, pois a demanda dos mesmos são maiores que as ofertas de vagas para a realização do cumprimento da ordem de imediato.

“A Tese da reserva do possível”(utilizada nos argumentos do Ente Público) atende apenas os interesses do Estado quanto a gastos, é considerado uma afronta aos fundamentos constitucionais, pois sem balizamentos muitas vidas se perdem.

Dentro do que foi visto na pesquisa, chegamos à conclusão que as políticas públicas voltadas para área de saúde, deveriam criar mais locais apropriados para realização dos procedimentos, que foram constatados com maior demanda de mandados judiciais nas unidades de saúde, com intuito de atender as necessidades das pessoas que utilizam o SUS.

REFERÊNCIAS:

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.421130&seo=1> Acesso em: 07 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_par_a_Selecao.pdf Acesso em 29 nov. 2018.

BRASI. Ministério da Saúde. Portaria Ministerial nº1.101, de 12 de junho de 2002. Parâmetros assistenciais do SUS. Brasília (DF),2002. Disponível em: http://www.betim.mg.gov.br/ARQUIVOS_ANEXO/Portaria_1001;;20070606.pdf Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília (DF), 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 895, de 31 de março de 2017. Institui o cuidado progressivo ao paciente crítico ou grave com os critérios de elegibilidade para admissão e alta, de classificação e de habilitação de leitos de Terapia Intensiva adulto, pediátrico, UCO, queimados e Cuidados Intermediários adultos e pediátrico no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília (DF), 2017. Disponível em: http://www.sgas.saude.ms.gov.br/wpcontent/uploads/sites/105/2016/08/Portaria_895_2017_U TI_UCO.pdf Acesso em: 24 mai. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Ministerial nº 1.101, de 12 de junho de 2002. Parâmetros assistenciais do SUS. Brasília (DF), 2002. Disponível em:

http://www.betim.mg.gov.br/ARQUIVOS_ANEXO/Portaria_1001;;20070606.pdf. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº486, de 31 de março de 2005. Institui a Política Nacional de Procedimentos Cirúrgicos Eletivos de Média Complexidade e dá outras providências. Brasília (DF), 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt0486_31_03_2005.html Acesso em: 24 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “ fuzzi” y camaleones normativos enla problemática actual de losderechos econômicos, sociales e culturales. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano 3, n 6, p. 35, 1998.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário? 2012. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Elza AntoniaBoiteaux.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Editora Moderna, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Quem tem medo dos juízes (na democracia). Justiça e Democracia – Revista semestral de informações e debates, n. 01, 1996.

KURZ, Robert. O Fim da Economia Nacional (Perdedores Globais). Publicado em 01 de out. 1995. Disponível em <http://obeco.planetaclix.pt/rkurz39.htm>. Acesso: 04 mai.2019.

LEAL, Mônica C. H. e ALVES, Felipe D. A judicialização Da política e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens, Rio Grande do Sul, UNISC: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, n. 57, 2002.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

RIOS, Érica. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: interlocução entre os princípios da integralidade e isonomia. 1. ed. Salvador: CEALA, 2017. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

Wolfgang;TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

CNJ(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). RELATÓRIO ANALÍTICO PROPOSITIVO. JUSTIÇA PESQUISA. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER.

